

서 울 고 등 법 원

제 6 - 3 행 정 부

판 결

사 건	2022누32995	시정명령 및 과징금 부과처분 등 취소
원 고	1. A	
	2. B 유한회사	
	3. C	
피 고	공정거래위원회	
변 론 종 결	2023. 11. 8.	
판 결 선 고	2024. 1. 24.	

주 문

1. 원고들의 청구를 모두 기각한다.
2. 소송비용은 원고들이 부담한다.

청 구 취 지

피고가 2021. 12. 30. 의결 제2021-329호로 원고들에 대하여 한 별지 1 목록 기재 각 시정명령 및 과징금납부명령을 모두 취소한다.

이 유

1. 처분의 경위

가. 원고들의 지위 및 일반 현황

원고 A(이하 '원고 A' 또는 간단히 'A'이라 한다)는 스마트 기기의 운영체제(Operating System, 이하 'OS'라 한다)를 개발·배포하고, 원고 A의 OS인 E에서 작동하는 모바일 애플리케이션(Application, 약어는 'App'이며 '앱'이라 읽는다. 이하 애플리케이션을 가리켜 '앱'이라 한다)의 묶음인 D(이하 'D'라 한다)를 개발하여 모바일 기기 제조사들에게 D 라이선스를 제공하고 대한민국 소비자에게 E 기반 앱마켓인 F 서비스를 제공하는 사업을 영위하는 회사이다.

원고 B 유한회사(이하 '원고 B'라 한다)는 원고 A과 대한민국 기기 제조사들 간의 각종 계약체결 과정 조력, 사후 이행 관리, 기술 지원 등의 업무를 수행하는 회사이다.

원고 C(이하 '원고 C'라 한다)는 아시아·태평양 지역에서 앱 개발자와 사이에 개발자 배포 계약(Developer Distribution Agreement)을 체결하는 주체로서, 국내 소비자에게 앱을 배포하여 이를 사용할 수 있도록 하고 국내 소비자가 지출한 금액을 정산하는 역할을 수행하는 회사이다.

원고들의 일반 현황은 아래 [표 1] 내지 [표 3] 기재와 같다.

[표 1] 원고 A의 일반 현황

(단위: 미화 백만 달러1))

연도	자본금	매출액	영업이익	당기순이익
2015	36,307	74,989	19,360	16,348
2016	36,307	90,272	23,737	19,478
2017	40,247	110,855	26,178	12,662
2018	45,049	136,819	27,524	30,736
2019	50,552	161,857	34,231	34,343

[표 2] 원고 B의 일반 현황

(단위: 백만 원)

연도	자본금	매출액	영업이익	당기순이익
2015	165	232,959	16,595	12,011
2016	165	310,314	10,003	4,690
2017	165	477,641	14,712	20,289
2018	165	182,799	18,158	12,349
2019	165	212,380	10,185	997

[표 3] 원고 C의 일반 현황

(단위: 백만 달러)

연도	자본금	매출액	영업이익	당기순이익
2015	540	7,744	72	55
2016	540	11,132	419	366
2017	540	26,685	493	491
2018	540	20,214	707	641
2019	540	25,149	828	735

나. 관련시장의 현황과 구조

1) 스마트 기기 및 운영체제(OS)

가) 스마트 기기

(1) 스마트 기기의 개념

스마트 기기(Smart Device)란 '네트워크 기능이 탑재되어 인터넷 접속이 가능하고 OS를 통해 제공되는 다양한 기능 및 서비스를 이용할 수 있는 기기'를 의미한다. 스마트폰이나 태블릿 PC는 대표적인 스마트 기기이다. 스마트 기기의 주요 기능에는 이동통신, 인터넷 접속, 센싱(sensing, 시각 이미지, 음향, 위치, 방향, 속도 등을 감지하는 것) 등이 있다. 소비자는 기기에 탑재된 OS와 설치된 앱을 통해 스마트 기기를 사용할 수 있다.

1) 이하 달리는 미화를 말한다.

(2) 스마트 기기의 종류

스마트 기기에는 스마트폰, 태블릿 PC, 스마트 시계, 스마트 TV, 기타 사물 인터넷(Internet of Things, 이하 'IoT'라 한다) 기기 등 여러 종류가 있다. 스마트 기기는 최초 스마트폰과 태블릿 PC의 개발에서 출발하여 점차 시장의 영역이 확대되고 있다[이하 편의상 스마트폰과 태블릿 PC를 '스마트 모바일 기기'로, 그 외의 스마트 기기를 '스마트 비(非)모바일 기기'로 칭하기로 한다].

나) 운영체제(OS)

(1) 운영체제의 개념과 특징

운영체제(OS)는 사용자와 기기 하드웨어를 연결해 주는 소프트웨어로, 프로그램을 사용할 수 있는 환경을 조성하고 앱의 실행을 제어하는 역할을 한다.

스마트폰 등 스마트 기기는 기능 및 제약 조건이 컴퓨터와 상당히 다르므로, 스마트 기기 OS는 컴퓨터의 OS와는 다른 형태로 개발된다. 대체로 스마트 기기 OS는 컴퓨터 OS보다 덜 복잡하고 리소스를 덜 소모하도록 설계되나 컴퓨터 OS보다는 스마트 장치 요소(터치스크린, GPS, 카메라 등)를 더 잘 지원한다. 스마트 비모바일 기기에는 기존 스마트 모바일 기기 OS의 수정·변형 버전이 활용될 수 있다.

스마트 기기 OS의 핵심 기능은 앱의 실행이므로, 스마트 기기 OS 개발자는 앱 개발자들의 자사 OS 플랫폼 참여를 촉진하기 위해 앱 개발 인터페이스(Application Programming Interface, 이하 'API'라 한다)²⁾를 개방하거나 소프트웨어 개발 도구

2) API란 개발자가 앱을 보다 쉽게 제작할 수 있도록 도와주는 개발자용 인터페이스를 말한다. API는 일련의 앱 개발 도구와 앱이 실제 하드웨어에서 작동하도록 사전에 정한 규칙 또는 체계(프로토콜, 루틴)를 제공한다. 통상적으로 모바일 앱 개발자는 OS 개발자가 제시하는 API를 참조하여 앱을 제작한다. OS의 프로그래밍 언어에 맞춰 API가 제공되므로, OS의 베이스 코드(base code)가 다른 프로그래밍 언어로 작성된 경우 그에 맞춘 API 개발이 필요하다.

(Software Development Kit, 이하 'SDK'라 한다)³⁾를 제공하는 등 앱 개발을 위한 다양한 기술지원을 실시한다.

(2) 스마트 모바일 기기 OS의 종류

스마트 모바일 기기 OS(이하 '스마트 모바일 OS'라 하고, 스마트 비모바일 기기 OS는 '스마트 비모바일 OS'라 한다)는 기기 제조사 등 제3자에 라이선스를 하는지에 따라 '라이선스 가능한(licensable) OS'와 '라이선스 불가능한(non-licensable) OS'로 구분할 수 있다. 라이선스 가능한 OS에는 원고 A의 E, G사의 H, I의 J 등이 있다.

이 중 E는 원고 A이 2008. 9.경 출시한 OS이다. 원고 A은 모든 버전의 E를 오픈소스 라이선스 방식으로 출시해 왔다. 원고 A이 오픈소스 형태로 공개하는 순정 상태의 OS는 'K'라 불리며, K를 변형하여 개발한 OS 중 원고 A의 승인을 받은 OS를 통틀어 'E'라 부른다. E 탑재 기기에만 원고 A의 D 탑재가 허용된다. 반면 원고 A의 승인을 받지 못한 변형 OS들은 'L'라 한다. L는 비록 원고 A이 승인한 것은 아니지만 K의 소스코드를 변형하여 개발된 것으로서 소스코드가 E와 상당 부분 유사할 수밖에 없으므로, E 앱은 약간의 수정 작업을 거치면 L에서도 잘 작동할 수 있다.

라이선스 불가능한 OS에는 대표적으로 M가 있다. M는 'N'사(社)가 자사의 O을 위하여 자체적으로 개발한 OS로, 2007. 6. 출시 이후 O, P, Q 등에 활용되었다. M는 E와 달리 다른 사업자에게 라이선스를 하지 않기 때문에 제3자에게 소스코드가 공개되지 않는다.

2) 앱마켓

가) 앱마켓의 개념

3) 앱 개발자들이 특정한 OS에서 구동되는 앱을 만들기 위해 필요한 도구의 모음을 의미한다.

앱마켓(Application marketplace)이란 개발자가 앱을 포함한 모바일 콘텐츠 등을 등록·판매하고, 소비자가 모바일 콘텐츠 등을 구매할 수 있도록 거래를 중개하는 디지털 플랫폼을 말한다. 원고 A의 F나 N의 R은 모두 대표적인 앱마켓이다. 앱마켓의 운영주체는 OS 개발자(F, R 등), 기기 제조사(S 등), 통신사(T 등) 등으로 다양하다.

E 기기에서 소비자는 복수의 앱마켓을 이용할 수 있다. 예를 들어 E가 탑재된 I의 스마트폰을 이용하는 소비자는 원고 A의 F와 I의 S를 모두 이용할 수 있다. 반면 O에서는 N의 R만 이용할 수 있다.

나) 앱마켓의 특징

앱마켓에서 거래되는 앱은 특정 OS에서 구동되는 것이기 때문에 앱마켓은 OS 종속적이고 OS별로 앱마켓 시장이 분리되어 형성된다. 반대로 OS 역시 앱 없이는 아무런 의미가 없으므로, OS 시장과 앱마켓 시장은 서로의 활성화를 불러올 수 있다. E 기기에서 지원하는 다양한 앱마켓들 간에는 상호 대체가 가능하다. 앱마켓은 앱 개발자와 소비자를 이어주는 양면시장에 해당한다.

다. 피고의 처분

1) 피고의 원고들에 대한 조사와 처분

피고는 원고들에 대하여 조사를 실시한 결과, 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 독점적인 시장지배력을 보유하고 있는 시장지배적 사업자인 원고 A이 기기 제조사와 D 라이선스 계약⁴⁾을 체결하거나 E 사전접근권 라이선스 계약(U, 이하 'U'라 한다)⁵⁾을 체결하면서, 이와 결부하

4) 모바일 앱 유통 계약(Mobile Application Distribution Agreement, 이하 'MADA'라 한다) 등과 같이 원고 A이 기기 제조사에 F를 포함한 D 전부 또는 일부를 라이선스하는 계약을 가리킨다.

5) E 사전접근권 라이선스 계약이란, 원고 A이 기기 제조사에게 E 최초 버전 이후 버전들의 공식 출시 이전에 E 버전에 대한 사전접근권(early Vess)을 부여하는 계약이다. 원고 A이 U 이전 기기 제조사에

여 이른바 '파편화 금지 계약'(Anti-Fragmentation Agreement, 이하 'FA'라 한다) 또는 'E 호환성 약정'(V, 이하 'V'라 하고, FA와 함께 통칭하는 경우 '호환성 약정'이라 한다)을 함께 체결하여 기기 제조사들로 하여금 출시하는 모든 스마트 기기에 관하여 E 탑재 여부를 불문하고 원고 A이 요구하는 호환성 기준[호환성 정의 문서(Compatibility Definition Document, 이하 'AO'라 한다), 호환성 테스트(Compatibility Test Suite, 이하 'AP'라 한다)]를 만족시키거나 엄격한 요건 하에서만 이를 면제받도록 하고 앱 개발을 위한 SDK의 배포에 관여하지 못하도록 함으로써, 기기 제조사들이 원고 A의 경쟁자인 L OS 사업자가 개발한 OS 및 앱마켓 또는 기기 제조사가 스스로 개발한 L OS 및 앱마켓을 탑재하지 못하게 하였다고 판단하였다(이하 이와 같은 원고 A의 행위를 '이 사건 위반행위'라 한다).

피고는 이 사건 위반행위가 ① 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라 한다) 제3조의 2 제1항 제3호, 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2021. 12. 28. 대통령령 제32274호로 전부개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법 시행령'이라 한다) 제5조 제3항 제4호, 구 시장지배적지위 남용행위 심사기준(2021. 12. 30. 공정거래위원회고시 제2021-18호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 심사기준'이라 한다) IV. 3. 라. (3)의 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위(이하 이 부분 행위를 '시장지배적 사업자의 사업활동 방해행위'라 한다), ② 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단, 구 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제2호, 이 사건 심사기준 IV. 5. 나.의 부당하게 거래상대방이 경

게 E 최초 버전의 소스코드에 미리 접근할 수 있는 사전접근권을 부여하여 E 공식 출시 이전에 기기 출시를 준비할 수 있도록 한 계약은 E 라이선스 계약(W, 이하 'W'라 한다)이다.

쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위(이하 이 부분 행위를 '시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위'라 한다), ③ 구 공정거래법 제23조 제1항 제4호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제6호 라목의 불이익 제공(이하 이 부분 행위를 '불공정거래행위 중 불이익 제공행위'라 한다), ④ 구 공정거래법 제23조 제1항 제5호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제7호 가목의 배타조건부거래(이하 이 부분 행위를 '불공정거래행위 중 배타조건부 거래행위'라 한다)에 각 해당한다고 보아, 원고들에 대하여 구 공정거래법 제5조, 제24조에 따라 별지 1 제1항 내지 제5항 기재와 같이 시정조치를 명하고(이하 '이 사건 시정명령'이라 한다), 구 공정거래법 제6조, 제24조의2, 제55조의3, 구 공정거래법 시행령 제9조, 제61조 [별표 2], 구 과징금 부과 세부기준 등에 관한 고시(2021. 12. 29. 공정거래위원회고시 제2021-50호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 과징금 고시'라 한다)에 따라 별지 1 제8항 기재와 같이 원고 A과 원고 B에게 각 224,930,000,000원의, 원고 C에게 196,811,000,000원의 각 과징금을 납부할 것을 명하였다(이하 '이 사건 과징금납부명령'이라 하고, 별지 1 제1항 내지 제8항 기재 처분을 통틀어 '이 사건 처분'이라 한다).

2) 과징금의 산정 근거

가) 관련매출액

피고는, 이 사건 위반행위는 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장, E 기반 앱마켓 시장, 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 발생하였지만 원고들이 E를 무료로 라이선스하고 있는 점을 고려하여, E 기반 앱마켓 시장에서 발생한 매출액을 관련매출액으로 본 후,⁶⁾ 위반기간[원고 A의 중국을 제외한 라이선스 가능한

6) 원고들은 앱마켓 외 다른 D 프로그램을 통해서도 광고 수입을 얻고 있으나, 피고는 E 기반 앱마켓 시장에서 발생한 매출액만을 관련매출액으로 보아 과징금을 산정하였다.

모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장에서의 시장점유율이 50%를 초과한 시기에 근접한 2011. 1. 1.부터(다만 원고 C의 경우 이 사건 위반행위에 처음 관여하기 시작한 2015. 5.부터) 이 사건 위반행위에 대한 피고의 마지막 심의일인 2021. 9. 10.까지(구 과징금 고시 II. 6. 나.항 참조)] 동안 국내에서 F를 통해 얻은 앱 중개 수수료, 앱 개발자 등록비, 광고 수입 등 합계 7,119,696,605달러를 관련매출액으로 산정하였다.

나) 부과기준율 및 산정 기준

피고는, 이 사건 위반행위로 인해 경쟁사업자의 시장진입 및 안착이 저해되어 현저한 봉쇄효과가 나타나고 새로운 시장 창출 자체가 통제되어 관련시장에서 혁신경쟁이 현저히 저해된 점, 이로 말미암아 원고들의 시장지배력이 유지·강화된 점, 법 위반기간이 장기간이고 이 사건 위반행위가 전 세계적으로 이루어져 영향을 받은 관련시장도 전 세계적이며 위반기간 동안 원고들이 얻은 부당이득의 규모가 현저하다고 볼 수 있는 점 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 위반행위가 '매우 중대한 위반행위'에 해당한다고 보아 2.7%의 부과기준율을 적용하였다.⁷⁾ 부과기준율을 적용한 후의 산정기준은 192,231,808달러(= 7,119,696,605달러 × 2.7%)이다.

다) 1·2차 조정 및 부과과징금의 결정

피고는 1·2차 조정 사유는 없다고 보았다. 부과과징금은 위 각 산정기준에 이 사건에 대한 피고의 마지막 심의일인 2021. 9. 10. 기준 X은행의 최초 고시 매매기준율(과징금 고시 IV. 4. 사.항)인 1170.1원/달러를 적용한 금액에서 백만 원 미만을 절사

7) 구 과징금 고시 IV. 4. 라.의 규정에 따라 하나의 행위가 여러 개의 법령규정에 위반되는 경우 각 행위별 과징금 중 큰 금액을 기준으로 과징금을 부과하는바, 피고는 매우 중대한 위반행위의 부과기준율이 시장지배적 지위 남용행위는 2.3% 이상 3.0% 이하, 불공정거래행위는 1.6% 이상 2.0% 이하로 시장지배적 지위 남용행위의 부과기준율이 더 크다는 점을 고려하여 시장지배적 지위 남용행위의 부과기준율을 적용하였다.

한 금액으로, 원고 A 및 원고 B 각 224,930,000,000원, 원고 C 196,811,000,000원이다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증의 기재, 변론 전체의 취지

2. 관계 법령

별지 2 기재와 같다.

3. 원고들의 주장 요지⁸⁾⁹⁾

가. 이 사건 처분 상대방 지정의 위법

피고는 원고들 모두를 처분 상대방으로 삼아 이 사건 처분을 하였으나, 원고 B와 원고 C는 기기 제조사들과의 약정 체결 및 그와 관련한 원고 A의 의사결정에 관여하지 않았고 관여할 권한도 없어 이 사건 시정명령을 이행할 수 없다. 따라서 원고 B 및 원고 C에 대한 이 사건 처분은 위법하다.

나. 관련시장 확정의 위법 및 원고들의 시장지배적 지위 부존재

1) 스마트 비모바일 OS 개발 시장 관련

피고는 스마트 시계, 스마트 TV 등 시장이 이미 형성되어 있는 스마트 비모바일

-
- 8) 원고들은 소장에서 이 사건 처분의 절차적 하자를 주장한 바 있다. 즉, '피고는 조사 과정에서 원고들이 시장 정보를 포함한 필수적이고 중요한 서류를 열람·복사하는 것을 제한하거나 거부하였고, 기밀 데이터룸 절차에 접근할 수 있는 인원의 범위와 수를 지나칠 정도로 부당하게 제한하였다. 특히 피고는 특정 증거에 대해 접근할 수 있는 사람을 외부 변호사로 제한하면서(사내변호사와 외부경제자문사의 접근 거부), 그 증거를 열람할 수 있는 외부 변호사의 수조차도 과도하게 제한하였다. 이러한 피고의 제한적인 자료열람실 운영 절차와 심의 방침은 적법절차에 반하여 원고들의 방어권을 심각하게 침해하였다. 따라서 이 사건 처분은 절차적 하자가 있으므로 위법하여 취소되어야 한다'는 것으로, 원고들은 추후 소송 진행과정에서 별도로 의견을 개진하겠다고 밝혔으나, 이 사건 변론종결일에 이르기까지 이 사건 처분의 절차적 위법사유를 판단할 수 있는 추가적인 의견 개진 및 이를 뒷받침하는 자료를 제출하지 아니하였다. 따라서 원고들이 이 부분 주장은 사실상 철회한 것으로 보아 이에 대해서는 따로 판단하지 않는다.
- 9) 원고들은 또한 소장에서, 불공정거래행위와 시장지배적 지위 남용행위는 중복해서 적용할 수 없다는 취지로 주장한 바 있으나, 2023. 6. 19. 자 준비서면(11)을 통해 불공정거래행위와 시장지배적 지위 남용행위는 별개의 제도이고 대법원 역시 경합적용설의 입장에 있다고 밝힘으로써, 소장에서의 위 주장 또한 사실상 철회한 것으로 보아 따로 판단하지 아니한다(나아가 살펴보더라도, 불공정거래행위와 시장지배적 지위 남용행위는 상호간 일반법과 특별법의 관계에 있다고 할 수 없으므로 경합하여 적용할 수 있다고 보아야 한다).

OS와 관련하여 혁신시장 이론을 원용하며 '스마트 비모바일 OS 개발 시장'으로 관련시장을 확정하고 이 사건 처분을 하였다. 그러나 피고의 위와 같은 관련시장 확정은 관련상품시장 확정에 관한 법령의 규정 및 체계와 맞지 않고, 원고들은 스마트 비모바일 OS 시장에서 시장지배적 지위에 있지도 않다.

2) 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장 관련

피고가 N의 M 및 R를 고려하지 아니한 채 관련시장을 '라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장' 및 'E 기반 앱마켓 시장'으로 확정한 것은 위법하다. N의 M 및 R를 고려하면 '라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장' 및 'E 기반 앱마켓 시장'이 아니라 '스마트 모바일 OS 시장' 및 '스마트 모바일 앱마켓 시장'으로 관련시장이 확정되어야 한다. 그렇게 되면 위 시장에서 원고들의 시장지배적 지위가 인정되지 않으므로, 원고들의 시장지배적 지위 남용행위 역시 성립하지 않는다.

3) 시장지배적 사업자 추정 및 시장지배력 관련

원고들이 E 및 F를 무상으로 제공하고 있는 점, 시장지배적 사업자를 판단함에 있어 진입장벽의 존재 및 정도를 고려하여야 하는데 오픈소스인 E의 특성상 원고들의 시장지배력을 인정할 수 없는 점, 시장지배력은 매출액을 기준으로 판단하여야 함에도 피고는 앱 다운로드 수를 기준으로 시장지배력을 판단한 점, S와 R 등이 경쟁하는 국내의 특수한 경쟁상황이 고려되어야 하는 점, 원고들과 N의 경쟁관계는 시장지배적 지위 추정 복멸 사유에 해당하는 점 등에 비추어 보면, 단순히 시장지배적 사업자 추정 규정을 적용하여 원고들의 시장지배력을 인정할 수 없다.

다. 이 사건 위반행위의 부당성 관련

1) 경쟁제한의 의도·목적 및 효과의 부존재

가) 경쟁제한의 의도·목적 관련

E는 개방형 플랫폼을 기반으로 하기 때문에 파편화(OS 및 앱마켓의 난립)가 발생할 경우 앱 개발자들을 유치하지 못하는 약점이 있는데, 호환성 약정은 이를 극복하는 한편 N과 같은 폐쇄형 플랫폼과 경쟁하기 위한 방편으로서 도입된 것에 불과하다. 파편화 금지 의무를 부과하는 호환성 약정은 E 출범 이전부터 기기 제조사들이 자발적으로 동의한 것이므로, 원고들에게 경쟁제한의 의도나 목적이 있다고 볼 수 없다.

나) 경쟁제한의 효과 관련

피고는 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장에서 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 가격 상승, 산출량 감소와 같은 경쟁제한의 효과가 있었다는 점을 주장·증명하지 못하였다. 또한 원고들의 스마트 모바일 OS 시장에서의 시장지배력이 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 전이되었다고 볼 아무런 근거가 없다.

2) 시장지배적 지위 남용행위의 개별 요건 불충족

가) 시장지배적 사업자의 사업활동 방해행위의 불성립

(1) 기기 제조사들은 호환성 약정에 기반을 둔 원고들의 사업모델 하에서 더 많은 이익과 혜택을 얻었으므로, 원고들이 기기 제조사에 정상적인 거래관행을 벗어난 불이익을 강제한 것이라고 볼 수 없다.

(2) 기기 제조사들은 원고들과 대등한 지위에서 각자의 경제적 이익과 상업적 성공을 위하여 호환성 약정을 체결하였을 뿐, 원고들이 D 라이선스나 사전접근권을 이용하여 기기 제조사에 호환성 약정의 체결을 강제하지 않았다.

나) 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위의 불성립

원고들의 호환성 약정은 기기 제조사에 AO의 준수만을 요구할 뿐 '경쟁사와

거래하지 아니할 것'을 조건으로 하지 않으므로, 배타조건부 거래행위라고 볼 수 없다.

3) 불공정거래행위의 개별 요건 불충족

가) 불공정거래행위 중 불이익 제공행위의 불성립

(1) 원고들은 기기 제조사에 대하여 거래상 우월한 지위 또는 기기 제조사와의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있지 않다.

(2) 호환성 약정은 E 생태계에 참여하는 기기 제조사, 앱 개발자 등 여러 이해관계인들의 공동 이익을 도모하기 위한 것으로, 기기 제조사에 불이익 하지 않다.

(3) 원고들이 기기 제조사에 호환성 약정의 준수를 요구하는 행위가 정상적인 거래관행을 벗어난 것으로서 거래상대방에게 불이익을 제공하여 공정한 거래를 저해할 우려가 있다고 볼 수 없다.

나) 불공정거래행위 중 배타조건부 거래행위의 불성립

원고들은 기기 제조사에 대하여 호환성 약정을 통해 경쟁사업자와 거래하지 말 것을 요구하거나 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 거래를 요구하고 있지 않고, 실제로 기기 제조사들은 E 변형 OS를 개발한 경쟁사업자와 활발하게 거래하고 있다. 원고들의 행위는 E 생태계의 경쟁력을 강화하기 위한 조치로서 오히려 경쟁촉진적이므로, 원고들의 이 사건 위반행위가 배타조건부 거래행위에 해당한다고 볼 수 없다.

라. 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령의 위법

1) 피고가 해외에 공급되는 기기까지 이 사건 시정명령의 대상에 포함시킨 것은 구 공정거래법의 역외적용의 요건을 충족시키지 못한 것으로서 관할권을 벗어난 것이다. 또한 대만·러시아·튀르키예 등 해외 여러 경쟁당국이 자국 시장 내에 영향을 미치

는 호환성 약정의 경쟁제한성을 부정하였는바, 피고는 외국 법률과 외국 경쟁당국의 관할권을 존중하여야 한다. 그럼에도 피고가 국외에서 판매되는 기기에 대해 이 사건 시정명령을 한 것은 국제예양의 원칙을 위반한 것이다.

2) 피고는 이 사건 시정명령의 대상에 해외 공급 기기를 포함시켰으나 그 범위나 대상이 구체적으로 특정되지 않았고, 국내에서의 위반행위를 시정하는 데에 아무런 효과가 없다. 또한 외국의 판단과 상충되는 경우 이행가능성이 없고, 국내 소비자에게 영향을 미치지 않는 경우 이에 대하여 시정명령을 하는 것은 비례의 원칙에도 반한다.

마. 이 사건 처분 제2항, 제6항, 제7항의 위법

1) 이 사건 처분 제2항은 기기 제조사의 D 탑재 여부에 대한 사업적인 의사결정에 따라 시정명령의 범위가 달라지는 문제가 있고, 사전접근권을 사용한 경우 호환성 약정을 요구할 수 있다고 인정한 피고 스스로의 판단에 반하는 것으로서 내용이 명확하지 않으며, U와 아무런 관련이 없는 D 탑재 기기에 한해서만 예외를 허용한 것 역시 위법하다. 따라서 이 사건 처분 제2항은 처분의 명확성 및 특정성과 관련하여 하자가 있다.

2) 이 사건 처분 제6의 나.항에서 처분의 대상이 되는 '기기'에 대해 '기기 제조사가 제조, 유통 또는 판매하는 스마트폰 및 태블릿 PC를 포함한 모든 스마트 기기'라고 정의함으로써 이 사건 시정명령의 대상에 스마트 비모바일 기기를 포함시킨 것은 위법하다.

3) 이 사건 처분 제7항에서 '외국법원이나 경쟁당국의 구속력 있는 최종판단 또는 조치나 명령이 이 사건 시정명령과 상충되어 동시에 준수하는 것이 불가능한 경우 재검토를 요청할 수 있다'고 정하고 있는데, 이는 외국법원이나 경쟁당국의 판단에 의해

시정명령 이행 여부가 달라질 수 있는 것이므로, 그 자체로 명확성과 특정성을 갖추지 못하여 위법하다.

바. 이 사건 과징금납부명령의 위법

이 사건 과징금납부명령은 다음과 같은 독자적인 위법 사유가 존재하므로 취소되어야 한다.

1) D를 탑재하는 기기에 대해서는 피고도 원고들 행위의 적법성을 인정하여 이 사건 시정명령의 대상에서 제외하였으므로, D를 탑재하는 기기는 과징금 부과 대상에서 제외되어야 한다.

2) 과징금을 부과하더라도 원고들의 이 사건 위반행위와 관련된 매출액을 산정할 수 없으므로 정액과징금을 부과하여야 한다. 또한 기기 제조사들이 자신들의 기기에 원고들의 앱을 자발적으로 탑재하였으므로 F 매출액은 관련매출액의 산정 기준이 될 수 없고, 설령 F 매출액을 관련매출액으로 볼 수 있다고 하더라도 결제서비스 제공자 등 제3자에게 지급되는 수수료 등은 원고들에게 귀속되지 않으므로 관련매출액에서 제외하여야 한다.

3) 과징금을 부과하더라도 호환성 약정은 친경쟁적 목적에서 도입한 것이므로 과징금을 감경하여야 한다.

4. 인정사실

가. Z 결성과 E의 출시

1) Z 결성과 E 개발에 대한 Z의 기여

원고들은 2005. 7.경 E 사(E)를 인수한 후 E라는 새로운 모바일 OS 개발을 위해 관련 이해관계자 등으로 구성된 공동체의 결성을 모색하였다. 이는 원고들이 당시

수직계열화된 스마트폰 제조업체가 아니었을 뿐만 아니라 G, Y 등에 비해 시장에 뒤늦게 진입하였기 때문에 다른 사업자들과의 협업 없이는 새로운 모바일 OS를 성공적으로 개발·출시하는 것이 어려울 것으로 판단했기 때문이었다. 이러한 판단에 따라 원고들은 2007년 Z(Z 이하 'Z'라 한다)라는 조직을 설립하고 구성원을 모집하였다. Z에는 I, AA와 같은 기기 제조사, AB, AC, AD와 같은 이동통신회사, AE와 같은 하드웨어 제조업체 및 AF와 같은 앱 개발업체를 포함하여 34개 업체가 참여하였다.

원고들은 2007. 11. Z에 참여한 구성원들과 Z 마케팅 협력 계약(이하 'Z 계약'이라 한다)을 체결하였다. Z 계약의 대상 제품은 E 하에서 실행하기 위해 특화되어 개발된 모바일 기기(AG) 및 기기 제조사가 E 기기에서 사용하기 위해 개발한 소프트웨어 애플리케이션 및 서비스로, Z 계약은 E 최초 버전의 상업적 성공과 상용화를 위해 체결되었다.

이후 Z 구성원들은 아파치 오픈소스 라이선스¹⁰⁾ 하에서 배포될 지식재산권을 기여하거나, 플랫폼을 지원하는 칩셋을 제공하거나, 플랫폼을 기반으로 하는 핸드셋을 개발하거나, 전문 서비스 모델로 플랫폼을 지원할 수 있도록 업계와 협업하는 등으로 초기 E의 개발 및 출시를 지원하였다. 이를 기초로 원고들은 2008. 9. Z 구성원들과 함께 E 최초 버전인 E-1을 출시하였다.

2) 오픈소스 라이선스 방식에 의한 E 공급

원고들은 최초 버전 E를 출시할 무렵 E 오픈소스 프로젝트(K)의 출범을 선언하면서 E를 오픈소스 형태로 무료로 개방할 것을 선언하였고, 위 프로젝트에 따라 순정

10) AN 라이선스는 오픈소스에 포함된 저작권과 특허권을 영구적이고 비배타적으로, 무료로 수정·변형·사용·재배포할 권한을 부여한다. AN 라이선스는 수정·변형한 소스코드를 공개하지 않아도 되기에 많은 기업들이 선호하고 있다.

상태의 K를 출시하였다. 원고들은 K의 배포를 위해 AN 라이선스 방식을 선택하였는데, 이에 따르면 원고들과 별도로 계약을 체결할 필요 없이 누구든지 자유롭게 원고들 홈페이지에서 K를 다운로드 받아 활용할 수 있다. 즉, 기기 제조사들은 K를 어떠한 목적으로든 자유롭게 변형하여 이용할 수 있고, 변형한 K 버전을 다시 AN 라이선스로 배포할 수도 있다.

3) E 오픈소스 라이선스의 특징

가) 오픈소스는 'E('on E', 'ETM' 등 상표를 말한다)', 'A(A)' 등 원고들의 상표에 대한 라이선스를 포함하고 있지 않다. 이러한 원고들의 상표에 대한 라이선스를 제공받기 위해서는 원고들과 MADA를 체결하고 상표권 사용에 관한 별도의 승인을 받아야 한다.¹¹⁾

원고들과 I 간 MADA 계약서(2009. 4. 1.)

7.2 A 상표에 대한 라이선스. A의 상표를 사용할 때마다 A의 사전 서면 승인을 받고 본 계약 조건의 적용을 받는 것을 전제로 하여, A은 본 계약상 명시적으로 기재된 목적에 한해서만 본 계약상 사용이 명시적으로 사용이 승인된 A 상표를 표시할 수 있는 제한적이고, 비독점적이고, 서브라이선스 불가능한 라이선스를 계약기간 동안 회사에 허용한다.

나) E는 오픈소스 커뮤니티를 통해 누구나 소스코드 개발에 기여할 수 있는바, 실제로 E 오픈소스 커뮤니티에는 소스코드 개발에 기여하는 상당수의 기업 및 개인이 있다. 특히, E 소프트웨어 스택(stack)의 중요한 구성요소인 AH(AH)은 원고들이 독자적으로 개발한 것이 아니고, AH 조직(AH Organization)을 중심으로 개발한 운영체제를 원고들이 E 체제에 맞게 변형한 것이다. AI 재단이 발표한 '2017 AH Development

11) 다만 저작자 표시가 포함된 경우 E 로봇(디자인)은 무상으로 이용할 수 있다. 또한 저작권의 공정 이용 원칙(fair use doctrine)에 따라 'E 기반(based on E)', 'E 앱 실행(running E Apps)' 또는 'E 이용(using E)' 등의 표시는 허용될 수 있다.

Report'에 따르면, AH에 대한 회사·단체별 기여도는 AJ이 13.1%, AK이 7.2%, AL가 5.6%, AM이 4.1%, I이 3.2%, 원고 A이 3.0%이다.

다) 오픈소스로 배포된 E 버전으로는 앱 작동을 위해 필요한 기능인 API의 상당수를 사용할 수 없다. 상당수의 API 기능들은 오픈소스로 배포되지 않기 때문에 이를 사용하기 위해서는 원고들과 별도의 라이선스 계약을 체결하여야 한다. E 기기 대부분은 F와 호환 가능하도록 최적화되었기 때문에 원고들의 전유 API에 대한 의존도가 높다.

4) K, E, L

가) K는 원고들이 AN 라이선스로 배포하는 OS로, 누구나 원고들과 별도 계약을 체결할 필요 없이 K를 다운로드 받아 자유롭게 활용할 수 있다. K는 변형되지 않은 순정 상태의 OS이다. 스마트 기기에 K가 그대로 탑재되는 경우는 거의 없고 기기 제조사나 다른 OS 개발자는 K에 추가 기능을 더해 새로운 OS를 개발한다. 이처럼 K 변형 작업을 거쳐 탄생한 OS의 두 가지 유형이 E 및 L이다.

나) E는 K를 변형한 OS 중 원고들의 승인을 받은 OS를 말한다. 시중에서 일반적으로 사용되는 E 스마트폰은 대부분 E를 탑재하고 있다. K와 E의 차이점은 다음과 같다. ① K는 순정 상태의 OS로 F, A 플레이 서비스, A 지도 등 'D'를 비롯해 앱 구동에 반드시 필요한 API 일부가 빠져있다. 반면 E는 D와 같은 주요 앱 서비스와 기능을 포함하고 있다. 기기 제조사는 원고들과 별도의 계약인 MADA를 체결하여야만 자신의 기기에 D를 설치할 수 있다. 이러한 절차를 거쳐 D를 탑재하게 된 기기의 OS가 바로 E이다. ② E와 K는 'E' 상표 사용 가능 여부에서도 차이가 있다. 원고들은 MADA를 체결한 기기 제조사에게만 'E' 상표권 사용을 허락하므로, 기기 제조사가 'E' 상표를 사용

하기 위해서는 원고들과 별도로 MADA를 체결하여야 한다.

다) 'L'는 K를 변형하여 만든 OS 중에서 원고들의 승인을 받지 않은 것을 말한다. K는 AN 라이선스로 배포되고 있으므로 자율적인 변형 및 재배포가 가능하다. 따라서 매우 다양한 L가 출현할 수 있다. OS 개발 측면에서 K의 범용성이 매우 크기 때문에 L는 모바일 기기뿐만 아니라 스마트 TV, 스마트 시계 등 매우 다양한 비모바일 기기용으로도 개발이 가능하다. L는 K의 소스코드를 변형하여 개발되는 것이기 때문에 소스코드가 E와 상당 부분 유사하고, L와 E 둘 다 K에서 파생된 OS이기 때문에 스마트폰 기기, 부품 등 하드웨어와 앱 등 소프트웨어의 상호 전환이 용이하다. 특히 E 앱은 약간의 수정 작업을 거치면 L에서도 원활하게 작동할 수 있다.

나. W·U와 FA의 도입

1) Z 계약에 담긴 파편화 금지

원고들은 2007. 11.경부터 Z 구성원들과 Z 계약을 체결하였는데, Z 계약은 "E의 파편화를 방지하는 데 도움이 되도록 하기 위하여 (중략) E 파편화를 초래하거나 결과적으로 E가 파편화될 수 있는 조치를 취하지 아니할 것"을 규정하여 파편화 금지와 관련된 내용을 최초로 포함하고 있었다. 대표적인 사례로 원고들과 팬택 사이에 2010년 체결된 Z 계약 내용 일부는 다음과 같다.

원고들과 팬택 간 Z 계약서(2010. 5. 18.)	
2. Z 멤버십	
2.5 E의 파편화를 방지하는데 도움이 되도록 하기 위하여 회사는 E 또는 E 호환 제품으로부터 파생된 소프트웨어 개발 키트(SDK)에 대한 회사의 배포를 포함하되 이에 한정되지 아니하고 E 파편화를 초래하거나 결과적으로 E가 파편화될 수 있는 조치를 취하지 아니하며 회사는 제3자가 E 또는 E 호환 제품으로부터 파생된 소프트웨어 개발 키트(SDK)를 배포하는 것을 지원하거나 제3	

자가 이를 배포하는 것을 장려하지 아니한다. 회사는 (i) 하드웨어의 경우 E 호환 기기이거나 (ii) 소프트웨어의 경우 E 호환 기기에서만 배포되는 본건 제품만을 배포한다.

(중략)

8. 계약 기간

8.1 기간. 본 계약은 아래 명시된 효력발생일에 효력이 발생하고 본 계약이 아래 규정된 바와 같이 사전 해지되지 아니하는 한 효력발생일로부터 1년 동안 유효하게 존속한다. 본 계약의 최초 기간은 각 1년이 되는 날에 자동 갱신된다.

8.2 해지. 일방 당사자는 30일 전 서면 통지로서 임의로 본 계약을 해지할 수 있다.

8.3 해지의 효과. 해지 시 각 당사자는 본 계약에서 승인한 공동 마케팅 활동을 중지한다. 제6조, 제8조, 제9조, 제10조, 제11조, 제12조 및 제13조는 본 계약의 해지 후에도 존속한다.

최초로 파편화 금지를 포함하고 있던 Z 계약은 당사자 일방이 30일 전 서면 통지하여 임의로 해지할 수 있었고, 해지의 효과도 그저 공동 마케팅 활동을 중지하는 것에 그쳤다. 또한 Z 계약은 핸드셋(handset) 기기만을 대상으로 하는 계약이었다. 계약 명칭에 핸드셋이 명시되었고, 계약에 참여한 업체도 스마트폰 단말기 제조사, 이동통신사, 칩셋 제조사 등 핸드셋의 제조·판매와 관련된 사업자들이 주축을 이루었다.

2) 사전접근권 계약(W·U)의 부속 계약으로서 FA

원고들은 2008. 2.경부터 기기 제조사와 W(W)를 체결하였다. W는 기기 제조사에 E 최초 버전(E-1)의 소스코드에 미리 접근할 수 있는 사전접근권을 부여하여 E 공식 출시 이전에 기기 출시를 준비할 수 있도록 하는 계약이다. 원고들은 E-1 이후 E 후속 버전들에 대해서도 기기 제조사들과 W와 유사한 U(U)를 체결하였다. U는 W와 명칭만 다를 뿐 그 내용은 사실상 동일하다(이하 W와 U를 통틀어 가리킬 때에는 '사전접근권 계약'이라 한다).

최초 FA는 2008년경 기기 제조사와 체결된 W의 부속 계약(별첨 B)으로 포함되

어 있었는데, 이후 사전접근권 계약을 체결하여 원고들로부터 사전접근권을 제공받으려는 기기 제조사는 사전접근권 계약의 효력발생일 이전에 반드시 부속 계약인 FA를 체결하여야 했다.

원고 A과 I 간 W 계약서(2008)
<p style="text-align: center;">E 라이선스 계약</p> <p>1. 정의</p> <p>1.1 “E(E)”는 A이 단독 재량에 따라 소스 코드 및/또는 오브젝트 코드(object code) 형식으로 본 계약에 따라 수시로 제공하는 A의 모바일 폰 소프트웨어의 구성품을 의미한다.</p> <p>7. 파편화 방지</p> <p>회사는 E 파편화를 초래하거나 결과적으로 E가 파편화되는 조치를 취하지 아니한다. 회사는 본 계약의 효력발생일까지 별첨 B 형식의 파편화 방지 계약을 A과 체결한다.</p> <p style="text-align: center;">별첨 B</p> <p style="text-align: center;">파편화 방지 계약(Anti-Fragmentation Agreement)</p> <p>본 파편화 방지 계약(Anti-Fragmentation Agreement)(“본 계약”)은 A Inc.(“A”) 및 I주식회사(“회사”) 간에 체결된다.</p> <p style="text-align: center;">배 경</p> <p>A. 회사는 E(아래 정의됨)에 대한 조기 접근을 득하기 위하여 E 라이선스 계약을 체결하고자 한다.</p> <p>B. A이 회사와 상기 계약을 체결하는 조건으로 회사는 이에 본 계약을 체결한다.</p>
원고 A과 I 간 U 계약서(2018. 11. 8.)
<p style="text-align: center;">E 출시 전 소프트웨어 라이선스 계약(OEM 용)</p> <p>7. 파편화 방지/E 호환성 약정</p> <p>회사와 A은 본 계약 효력발생일까지 파편화 방지 계약(또는 E 호환성 약정 등 이를 승계하는 계약)을 체결하였다. 본 계약의 조건과 파편화 방지 계약(또는 이를 승계하는 계약)의 조건이 상충하는 경우 파편화 방지 계약(또는 이를 승계하는 계약)의 조건이 우선한다.</p>

3) FA의 주요 내용

FA는 기기 제조사에 '파편화 금지 의무' 3가지와 '면제기기' 조건 5가지를 모두 준수하도록 규정하고 있는데, 이는 E 모든 버전에 적용된다. 즉, 원고들과 FA를 체결한 기기 제조사는 그간 출시된 모든 버전의 E를 변형하여 사용할 수 없다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) 파편화 금지 의무의 내용

FA에 따르면, 기기 제조사는 다음과 같이 3가지 금지 의무를 부담한다. 첫째, 기기 제조사는 파편화를 초래하는 일체의 행위를 할 수 없다. 둘째, 기기 제조사는 L를 탑재한 기기를 출시할 수 없다. 셋째, 기기 제조사는 L용 앱 개발 도구(SDK)의 개발, 공급, 홍보 등에 관여할 수 없다.

원고들과 I 간 FA 계약서(2012. 5. 9.)

1. 정의

- 1.1 “E”란 A 및 Z(Open Handset Alliance)의 회원들이 개발한 것으로서 A 및 Z(Open Handset Alliance)의 회원이 수시로 공급하는 오픈 소스 소프트웨어 스택을 의미한다.
- 1.2 “E 호환 가능 기기”란 (i) E 호환성 웹사이트(생략 1)에서 입수할 수 있는 것으로서 수시로 업데이트되는 E 호환성 정의 문서에 부합하고 (ii) E 호환성 테스트에 합격한 E 플랫폼의 각 해당 버전용 E 기기를 의미한다.
- 1.3 “본건 제품”이란 (i) 명확하게 E에서 실행하기 위하여 개발된 기기(“E 기기”) 또는 (ii) 회사가 오로지 E 기기에서의 사용을 위하여 개발한 소프트웨어(명확하게 최종 사용자를 위하여 개발한 소프트웨어 애플리케이션 제외) 및/또는 서비스를 의미한다.

2. 파편화 방지(Anti-Fragmentation)

- 2.1 A이 서면으로 A이 독자적인 재량으로 명확하게 승인한 경우를 제외하고 다음 조건이 적용된다:

- (a) 회사는 E의 파편화(fragmentation)를 초래하거나 또는 결과적으로 E 파편화(fragmentation)가 발생할 수 있는 조치를 취하지 아니한다.
- (b) 회사는 (i) 하드웨어의 경우 E 호환 가능 기기이거나 (ii) 소프트웨어의 경우 E 호환 가능 기기로만 공급되는 소프트웨어인 본건 제품만을 공급한다.
- (c) 회사는 E 또는 E 호환 가능 기기로부터 파생된 소프트웨어 개발 키트(Software Development Kit, "SDK")를 공급할 수 없으며 회사는 E에서 파생되거나 또는 E 호환가능기기에서 파생된 제3자 SDK의 생성에 참여하거나, 이를 판촉하지 아니한다.

나) 파편화 금지 의무의 예외: 면제기기에 대한 추가 조건

FA는 위 제2.1항 (a) 및 (b) 규정을 적용하지 않는 기기를 '면제기기'로 규정하고, 이에 대해서는 E 호환성을 요구하고 있지 않다. 하지만 기기 제조사가 원고들로부터 면제기기를 승인 받고 이를 시장에 출시하기 위해서는 다음과 같은 5가지의 조건을 준수하여야 한다[아래 FA 제2.1항 (d)]. 구체적으로 ① 면제기기에는 F, A 지도 등 원고들의 다양한 A 앱들을 사전 탑재할 수 없고, ② 면제기기에는 이용자들이 제3자가 개발한 앱에 접근할 수 있도록 지원하는 연결점(앱마켓, 앱 배포 홈페이지 등)을 설치할 수 없으며, ③ 면제기기에 'A' 상표와 'E' 용어를 사용하여서는 안 되고, ④ 면제기기용 앱을 개발하는 데 이용 가능한 SDK나 API 등을 제3자에게 배포하여서는 안 되며, ⑤ 면제기기에서 제3자가 개발한 앱이 작동되도록 할 수 없고 본인이 직접 개발한 앱만을 탑재할 수 있다.

원고들과 I 간 FA 계약서(2011. 1. 1.)

2. 파편화 방지(Anti-Fragmentation)

2.1. A이 서면으로 A이 독자적인 재량으로 명확하게 승인한 경우를 제외하고 다음 조건이 적용된

다.

- (d) 본 계약상 반대되는 조항에도 불구하고, A은 별첨 A에 명시된 E 버전으로만 운송될 수 있는 것으로서 (첨부) 별첨 A에 표시된 E 기기(각, "면제 기기")는 상기 제(a)호 및 제(b)호에 기재된 요건에서 면제됨을 인정하고 이에 동의하며 이는 회사가 다음 요건을 준수하는 경우에 한한다.

(iii) 면제기기가 상기 (a)호 및 (b)호의 요건에 부합하지 않기 때문에, 회사는:

- a. 면제기기에 A 애플리케이션을 사전 탑재(pre-load)할 수 없다. (생략) 면제기기 사용자들로 하여금 제3자 E 기반 소프트웨어 애플리케이션을 설치할 수 있도록 하는, 제3자의 설치가 E 기반 소프트웨어 애플리케이션에 대한 액세스를 지원하는(promote) 배포점(distribution points)을 면제기기상에 설치할 수 없다(예: 애플리케이션 스토어, 또는 브라우저 홈페이지 없음).
- b. 면제기기상에서 A 상표를 사용해서는 안되며, 또한 "E"라는 용어를 사용하여 "E"라는 용어를 사용하는 면제기기를 판촉 또는 마케팅 하거나, 묘사해서도 안된다.
- c. SDK를 배포해서는 안되며, 또는 어떠한 API도 면제기기상에서 제3자가 애플리케이션을 개발하는데 이용가능 하도록 해서는 안된다.
- d. 면제기기는 제3자 애플리케이션이 작동되도록 하지 아니한다.

4) AO·AP의 주요 내용과 E 기기 승인 절차

가) AO·AP의 주요 내용

FA는 기기 제조사가 'E 호환 가능 기기'만을 출시해야 한다는 의무를 부과하고 있다. FA 제1.2항에 따르면, 'E 호환 가능 기기'는 AO에 부합하고 AP에 합격한 E 각 버전용 기기를 의미하므로, AO와 AP는 'E'와 'L' 기기를 구별하는 기준이 된다. 원고들은 AO와 AP를 모두 충족하는 기기에 대해서만 F 등 D를 탑재하여 E 기기로 출시할 수 있도록 승인한다.

AO는 원고들이 E 기기에 대해 반드시 갖추도록 요구한 소프트웨어 및 하드웨어 등에 대한 조건들을 열거해 놓은 문서로, 당초 E 초기 버전들에 대한 AO는 모바일

기기만을 대상으로 하였으나, 이후 원고들은 2017년경부터 'AQ(AQ)'를 도입하여 AQ에 별도 기준이 마련되어 있지 않은 기타 유형의 기기들이 반드시 갖추어야 하는 조건들을 제시하였다. 기타 유형의 기기들은 기존의 스마트폰, 스마트 TV 등 개별 기기의 AO 요건을 준수할 필요 없이 AQ만을 준수하면 원고들로부터 E 기기 인증을 받을 수 있었다.

AP는 무상으로 제공되는 상업용 수준의 도구 모음으로서 연결된 기기에 직접 테스트 케이스를 실행하도록 고안된 다운로드 가능한 소프트웨어인바, 특정 기기가 AO의 요구사항을 준수하고 있는지를 기기 제조사로 하여금 직접 검증할 수 있도록 해주는 프로그램이다. AP를 실행하면 수십만 개 이상의 테스트가 자동적으로 진행되고 기기 제조사는 AP 테스트 요약문(AP Test Summary) 및 AP 테스트 보고서(AP Test Report)를 제공받는다.

나) E 기기 승인 절차

기기 제조사는 FA를 위반하지 않고 기기를 출시하려면 AO의 모든 조건을 준수해야 한다. 원고들은 이를 검증하기 위해 기기 제조사가 기기를 출시하기 이전에 AP 보고서를 제출하도록 하고 있다. 만일 AP 보고서에 '실패(fail)' 항목이 있는 경우 기기 제조사는 해당 기기를 출시할 수 없다.

또한 원고들은 D를 탑재하지 않은 기기도 FA 계약상 AO를 충족하고 AP를 통과할 것을 요구한다. 이에 따라 기기 제조사들은 D를 탑재하지 않은 기기의 경우에도 출시 전에 원고들에게 AP 보고서를 제출하여 확인받는 절차를 거쳐야 한다. D 미 탑재 기기의 경우에도 AP를 통과하지 못하는 경우 면제기기 승인을 받지 않는 한 출시할 수 없다.

원고들이 I에 답변한 이메일 (2014. 10. 10.) 및 번역문

원문 생략 하단 번역문 참고

AR <생략 2> Fri, Oct 10, 2014 at 5:41 PM

To: AS <생략 3>

Mr. AS께,

아래 내용을 참조바랍니다.

On Fri, Oct 10, 2014 at 5:08 PM, Dan Jonghoon Kim <생략 3> wrote:

Guru,

귀하의 답변에 감사드립니다.

보다 정확한 이해를 위한 확인 차원에서 질문드립니다.

I이 승인을 위해 AP 결과를 제출한다는 FA 계약과 관련하여, 만약 I이 L12)을 가지고 K 박스를 개발하고 여기에 D가 탑재되지 않는다면, I은 TV 프로필을 사용하지 않고 AP 승인을 받을 수 있습니까?

[AR] AP 승인 절차는 I이 K를 쓰는지 아닌지에 달려있는 것이 아니라, FA 계약에 달려있는 것임. I은 A과 FA를 체결하였으며, 이는 I이 제작하는 모든 E 기기가 AP/AP 검증기 테스트를 통과하여야 한다는 것임. 추가적으로, E TV에 대한 하드웨어 요건은 E TV AO에 포함되어 있고 이는 AP/AP 검증기와 관련되어 있음. 따라서 I이 TV 프로필을 무시하는 것은 불가능함.

(이하 생략)

원고들의 기기 출시 검토 관련 내부 자료(2015. 3. 2.) 및 번역문

원문 생략 하단 번역문 참고

E AV 기기 리뷰 [3/2/2015]

■ AT Solutions

○ 소유자: AU

○ 일반 질문: FA 면제(과거 장치와 향후 장치 모두?) 및 인증 창에 대한 일반적인 질문이 있습니다.

- D가 아닌 장치는 승인 창을 따라야 합니까? (예: 향후 KitKat 장치는 향후 L 테스트를 통과합니다)
- 아니요. D 승인 창은 D 기기에만 적용됩니다. 버전의 AO/AP를 준수하려면 승인을 제출해야 할 수도 있습니다.

다. MADA와 FA에 따른 파편화 금지 의무의 연계

1) MADA에 파편화 금지 의무 도입

원고들은 2008. 10. E 최초 공개 당시 앱마켓인 E 마켓(2012. 3. F로 명칭을 변경하였다)을 출시하면서 기기 제조사와 사이에 E 마켓을 포함하여 A 검색, AW, A 지도 등 D를 한꺼번에 무료로 라이선스 하는 계약인 MADA를 체결하였다. 원고들은 사업 초기 MADA에 L 출현을 제한하는 파편화 금지 의무 관련 내용을 포함시키지 않았고, 단지 아래 사례와 같이 D가 탑재되는 기기가 AO를 충족하고 AP를 통과하는 E 호환가능 기기일 것만을 요구하였다.¹³⁾

원고들과 AA 간 MADA 계약서(2009. 6. 1.)

2.7 본건 기기에 A 애플리케이션을 유통할 수 있는 권한 부여 & 호환성.

- "E 호환가능 기기(E Compatible Device(s))"란 (i) E 호환성 웹사이트(생략 1)에서 입수할 수 있는 E 호환성 정의 문서(E Compatibility Definition document)(수시로 업데이트 됨)에 부합하고, (ii) E 호환성 테스트 스위트(E Compatibility Test Suite)를 성공적으로 통과한 본건 기기를 의미한다.
- "AP 보고서(AP Report)"란 AP가 완료된 후에 생성되는 보고서를 의미한다.
- 제2.1조에서 A 애플리케이션을 유통할 수 있는 라이선스는 본건 기기가 E 호환가능 기기가 될 것을 전제로 한다. 각 본 건 기기는 반드시 늦어도 최종 탑재일 30일 전까지 E 호환가능 기기

12) AX이라는 이름의 E 버전(E 운영체제)을 가리킨다.

13) 2009년경 체결된 MADA 계약서 제2.7항 (c)의 내용은 HTC, I, 모토로라(AT)와 체결한 계약서의 내용과 대동소이하다(갑 제98 내지 100호증 참조).

가 되어야 한다. 본 건 기기의 최종 소프트웨어 빌드는 반드시 출시 전에 호환성 테스트 스위트를 통과해야 한다.

하지만 원고들은 2009년 말부터 기기 제조사와 체결한 MADA에 파편화 금지 의무를 포함하였고, 이후 2010년 말 또는 2011년 초경 기기 제조사와 체결하는 모든 MADA에 파편화 금지 의무를 포함시켰다. 이에 따라 D 탑재 여부와 무관하게 원고들과 MADA를 체결하는 기기 제조사는 E 호환 가능 기기만을 배포·유통하여야 할 의무를 부담하게 되었다.

MADA-FA 연계 관련 원고들 내부 메일(2014. 7.) 및 번역문

원문 생략 하단 번역문 참고

From: AY <생략 4>

Date: 17 July 2014 17:31

Subject: Re: MADA obligation

To: AZ <생략 5>

Cc: BA <생략 5>

안녕하세요 AZ

제 최선의 이해를 바탕으로 코멘트를 달았습니다만, AZ이 법적 언어로 확인을 해주셔야 할 것 같습니다.

On 16 July 2014 14:18, AZ <생략 5> wrote:

안녕하세요 AY,

MADA/FA 관련 긴급한 질문이 있습니다. 오후에 조언이 필요합니다.

만약 하드웨어 파트너가 MADA/FA에 서명하는 경우에:

(중략)

6) E 비호환 기기를 출하할 수 있나요 (아닐 것 같습니다)

[AY] 아니요. FA는 언제나 MADA와 함께 서명되고 각 계약들은 명확하게 D 포함 여부와 상관없이 E 호환기기들만이 배포되어야 한다고 명시하고 있습니다.

2) MADA에 반영된 파편화 금지 의무의 주요 내용

가) MADA에 반영된 파편화 금지 의무는 표현에 일부 차이가 있을 뿐 FA와 내용이 유사하다. 구체적으로 FA와 비교해 보면 다음과 같다(아래 [표 4]).

(1) MADA 제2.2항 (g)는 FA 제2.1항 (a)와 마찬가지로 매우 포괄적이고 광범위한 수준의 파편화 금지 의무를 규정하고 있다. 기기 제조사는 E 파편화를 초래하거나 결과적으로 E 파편화가 발생할 수 있는 어떠한 행위도 할 수 없다.

(2) MADA 제2.2항 (h)는 FA 제2.1항 (b)와 마찬가지로 기기 제조사가 L 탑재 기기를 출시하는 것을 금지하고 있다. 구체적으로 ① 기기 제조사는 다른 OS 사업자로부터 L를 라이선스 받아 자신의 기기에 탑재해 출시할 수 없다. ② 기기 제조사는 자체적으로 개발한 L를 자신의 기기에 탑재하여 출시하거나 다른 사업자에게 라이선스할 수 없다.

(3) MADA 제2.2항 (g)는 FA 제2.1항 (c)와 마찬가지로 기기 제조사가 L용 SDK의 개발, 공급, 홍보 등에 관여하는 것을 전면 금지하고 있다. 기기 제조사는 L용 SDK를 직접 공급할 수 없고, 제3자의 포크용 SDK 공급을 지원하거나 권유할 수도 없다.

[표 4] FA 및 MADA의 파편화 금지 의무 비교

FA	MADA
2011. 1. 1. 원고들 - I 체결	2009. 12. 23. 원고들 - I 체결
1. 정의 1.2 “E 호환가능 기기”란 (i) E 호환성 웹사이트에서 입수할 수 있는 것으로서 수시로 업데이트되는 E 호환성 정의 문서에 부합하고 (ii) E 호환성 테스트조건(“AP”)에 합격한 E 플랫폼의 각 해당 버전용 E 기기를 의미한다.	1. 정의 1.15 “E 호환가능 기기”란 (i) E 호환성 웹사이트에서 입수할 수 있는 E 호환성 정의 문서 (수시로 업데이트 됨)에 부합하고, (ii) E 호환성 테스트 스위트(AP)를 성공적으로 통과한 본건 기기를 의미한다.

<p>2. 파편화 방지(Anti-Fragmentation)</p> <p>2.1. (생략)</p> <p>(a) 회사는 E 파편화를 초래하거나 또는 결과적으로 파편화가 발생할 수 있는 조치를 취하지 아니 한다.</p>	<p>2. A 애플리케이션</p> <p>2.2 라이선스 허여 제한. 회사는 아래와 같이 할 수 없고, (생략)</p> <p>(g) (생략) E 파편화를 초래하거나 또는 결과적으로 E 파편화가 발생할 수 있는 조치를 취하는 행위와 (생략) 아니하며</p>
<p>(b) 회사는 (i) 하드웨어의 경우 E 호환가능 기기이거나 (ii) 소프트웨어의 경우 E 호환 가능 기기로만 공급되는 소프트웨어인 본건 제품만을 공급한다.</p>	<p>(h) 회사는 (i) 하드웨어의 경우, E 호환가능 기기이거나, 또는 (ii) 소프트웨어인 경우, E 호환가능 기기에서만 유통된 E 제품만을 유통한다.</p>
<p>(c) 회사는 E에서 파생되거나 또는 E 호환 기기로부터 파생된 소프트웨어 개발 키트(SDK)를 공급할 수 없으며 회사는 E에서 파생되거나 또는 E 호환기기에서 파생된 제3자 SDK의 생성에 참여하거나, 이를 판촉하지 아니한다.</p>	<p>(g) 회사가 E에서 파생되거나 또는 E 호환가능 기기에서 파생된 소프트웨어 개발 키트("SDK")를 유통하는 것을 포함하되 이에 한정되지 아니하고 (생략) 회사는 제3자가 E에서 파생되거나 또는 E 호환가능 기기에서 파생된 소프트웨어 개발 키트("SDK")를 유통하는 것을 지원하거나 이를 권유하지 아니하며 (생략)</p>

나) 또한 아래 사례와 같이 기기 제조사가 파편화 금지 의무를 위반한 경우 MADA를 즉시 해지하도록 정하였다.

<p>원고들과 I 간 MADA 계약서(2011. 1. 1.)</p>
<p>2.2 라이선스 허여 제한. 회사는 아래와 같이 할 수 없고, 제3자가 아래와 같이 하도록 지원, 지시하거나 권유할 수 없으며, 또한 회사는 제3자가 E에서 파생되거나 또는 E 호환가능 기기에서 파생된 소프트웨어 개발 키트("SDK")를 유통하는 것을 지원하거나 이를 권유하지 아니할 것을 전제로 한다. (중략) (f) 회사가 E에서 파생되거나 또는 E 호환가능 기기에서 파생된 소프트웨어 개발 키트("SDK")를 유통하는 것을 포함하되 이에 한정되지 아니하고 E 파편화(fragmentation)를 초래하</p>

거나 또는 결과적으로 E 파편화(fragmentation)가 발생할 수 있는 조치를 취하는 행위

5.2 계약해지

(b) 전술한 사항에도 불구하고, 일방 당사자는 제2.2조(라이선스 허여 제한)에 명시된 내용의 위반이 발생하는 경우 서면 통지 후 본 계약을 즉시 해지할 수 있다.

다) 2017년 이전까지는 위와 같이 MADA 본문에 파편화 금지 의무를 직접적으로 규정하였다. 하지만 2017년 이후부터는 아래 사례와 같이 MADA 본문에서 파편화 금지 의무를 직접적으로 규정하는 대신 FA 또는 V를 체결하는 것을 조건으로 기기 제조사에 D를 라이선스하고 있다.

원고들과 AA 간 MADA 계약서(2017. 7. 1.)

전문:

A. A은 E 호환성 약정(V)을 체결한 E 기기 제조업체에게 비배타적이고 로열티가 면제되는 조건으로 모바일서비스 통합 스위트(integrated suite of mobile services)를 제공한다.

라. FA 적용 기기의 확대와 AV MADA의 도입

1) FA 적용대상 기기의 확대

원고들은 2010. 12.경부터 FA의 적용대상 기기를 확대하였다. 즉, 기존에는 '모바일 기기(mobile devices)'만이 FA의 적용대상이었으나, 2010년 말경부터는 '모바일'을 삭제하여 '모든 기기(all devices)'로 파편화 금지 의무가 확대되어 스마트 시계, 스마트 TV, IoT 기기, 로봇 등 모든 스마트 기기가 FA의 적용대상이 되었다. 원고들의 이러한 조치는 2010. 4.경 N이 P를 성공적으로 출시한 데 따른 것인데, 원고들은 기기 제조사가 E를 스마트폰뿐만 아니라 태블릿 PC를 비롯한 다양한 유형의 기기에 맞게 변형하여 활용할 수 있다는 점에 주목하여 스마트 모바일 기기뿐만 아니라 모든 스마트 기기

에 L를 탑재하여 기기를 출시하는 것을 금지하도록 하는 내용의 FA를 기기 제조사와 체결하였다.

[표 5] 원고들과 I 간 FA 계약서 비교 (2010년 및 2011년)

2010. 4. 21. ¹⁴⁾	2011. 1. 1.
<p>1. 정의</p> <p>1.3 “본건 제품(ProduAP)”이란 (i) 명확하게 E에서 실행하기 위하여 개발된 모바일 기기 (“AG”) (ii) I이 오로지 AG과의 사용을 위하여 개발한 소프트웨어 애플리케이션 및/또는 서비스를 의미한다.</p>	<p>1. 정의</p> <p>1.3 “본건 제품(ProduAP)”이란 (i) 명확하게 E에서 실행하기 위하여 개발된 기기(“E 기기”) 또는 (ii) 회사가 오로지 E 기기와의 사용을 위하여 개발한 소프트웨어(명확하게 최종 사용자를 위하여 개발한 소프트웨어 애플리케이션 제외) 및/또는 서비스를 의미한다.</p>

I 내부 결재 시스템 자료(2010. 12. 30.)

A社가 기존에 I Mobile Device에만 적용되던 FA(Anti-Fragmentation Agreement) 계약을 전자 소제품으로 확대할 것을 요청함에 따라 각 사업부와 의견 수렴을 완료한 후 무선사업부가 전사 대표 자격으로 하기와 같이 계약을 진행코자 하오니 재가 바랍니다.

- 하 기 -

☐ FA(Anti-Fragmentation Agreement) 계약 개요

- 당사는 A社가 지정하는 S/W 및 H/W Spec을 만족하고 호환성 Test를 통과한 제품만을 유통할 수 있음
- 상기 사항을 만족 못할시에는 A社의 예외 승인 후 유통이 가능함

항목	기존 FA 계약 (무선社와 既체결)	신규 FA 계약 (全社에 적용)
계약 기간	2년 (2010.4.1 – 2012.3.31)	5년 (2011.1.1 – 2015.12.31)
대상 제품	I Mobile Device 및 Mobile Device에 탑재되는 Software	I의 모든 Device 및 Software

14) 원고들과 I 간 U 계약서의 부속 계약 별첨 B 참조(을 제13호증).

Anti-fragmentation 조항 (유통조건)	1) Hardware 유통 조건 E Compatible Device 만을 유통 가능 2) Software 유통 조건 E Compatible Device에 공급되는 경우에만 유통이 가능 ** E Compatible Device: A社가 지정한 Spec을 만족하고 호환성 Test를 만족시키는 Device임	좌동
------------------------------	---	----

2) 사전접근권 부여 시 FA 효력 기간 연장 요구

원고들의 E 사업 초기인 2008년 FA는 사전접근권 계약의 부속계약으로 체결되었다. 그러나 원고들은 2011년경부터는 기기 제조사에 대하여 사전접근권 계약의 전제 조건으로 FA를 체결할 것을 요구하였다.

원고 A과 I 간 U 계약서(2018. 11. 8.)
<p>E 출시 전 소프트웨어 라이선스 계약(OEM 용)</p> <p>7. 파편화 방지/E 호환성 약정</p> <p>회사와 A은 본 계약 효력발생일까지 파편화 방지 계약(또는 E 호환성 약정 등 이를 승계하는 계약)을 체결하였다. 본 계약의 조건과 파편화 방지 계약(또는 이를 승계하는 계약)의 조건이 상충하는 경우 파편화 방지 계약(또는 이를 승계하는 계약)의 조건이 우선한다.</p>

사전접근권 계약상으로는 기기 제조사는 원고들과 FA를 체결한 상태이기만 하면 된다. 그러나 원고들은 2012년경부터는 기기 제조사에 사전접근권 계약 체결 전 FA의 효력기간이 4년 이상 남아있을 것을 요구하였다. 원고들은 기기 제조사와 사전접근권 계약 체결 시 현재 기준 FA의 효력기간을 확인하고, 효력기간이 4년보다 짧은 경

우 FA 수정계약을 체결하여 효력기간을 4년 이상으로 연장하였다. 이는 원고들이 아래 내부 문건에서 확인할 수 있는 바와 같이 스마트 기기의 제품수명주기를 4년으로 보고 그 기간 동안 FA의 효력을 지속시키고자 하였기 때문이다.

E L 사전접근권 관련 원고들 내부문건 (2014. 6.)	
<p style="text-align: center;">E L Partner Pre-release Plan</p> <p style="text-align: right;">30 Jun 2014</p> <p>30 Jun 2014 ~ 10 Jul 2014</p> <p>A will share E L source code with partners for collaboration on specific projeAP under these situations:</p> <p style="text-align: center;">(중략)</p> <p>In every case, the partner will need to:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Sign an E Pre-release Agreement for the specific E release (eg. "L") 2. Sign an E Anti-Fragmentation Agreement or have 4+ years left on an existing FA 	
E M버전 사전접근권 관련 원고들 내부 문건(2015) 및 번역문	
원문 생략 번역문 참고	
<p>E M용 플랫폼 개발 키트</p> <p style="text-align: center;">(중략)</p> <p>파트너들을 준비시키는 데 필요한 몇 가지 간단한 단계가 있습니다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 파트너가 파편화 방지 계약기간이 만료될 때까지 4년 이상 남았을 경우 확인하십시오. – 대부분 여기에 나열되어 있습니다 http:// (생략) <ol style="list-style-type: none"> a. 모든 FA는 5년 후에 만료되므로, 만약 1년 전에 체결한 경우 파트너는 새로운 FA를 체결해야 합니다. b. 그 이유는 우리가 새롭게 출시할 때마다 새롭게 출시된 것이 포함된 기기의 제품 수명 주기에 맞춰 FA의 기간이 재설정되기 때문입니다. 	

3) AV MADA의 도입을 통한 FA 체결 기기 제조사의 확대

원고들은 2014. 2.경부터 기존 MADA에 더해 AV MADA(Third Party Lab

MADA)를 도입하였다. AV MADA를 체결한 기기 제조사는 단순 MADA를 체결한 기기 제조사와는 달리 다른 기기 제조사에 D를 서브라이선스¹⁵⁾할 수 있는 권한이 존재한다.

원고들과 AV MADA를 체결하는 기기 제조사는 크게 두 가지 유형으로 구분된다. 첫 번째는 중간 규모의 회사로 자체 생산능력과 시설을 갖추고 있으나 그 규모가 I, AA 등과 같이 글로벌 상위 업체에는 미치지 못하는 기기 제조사이다. 두 번째는 원고들의 주문자 개발 생산 방식(Original Development Manufacturing, 이하 'ODM'이라 한다) 파트너사로, 원고들은 기술이 뛰어난 ODM 제조사를 ODM 파트너사로 인증하고 관리하였다. 원고들은 기기 제조사를 기기 제조 능력, 시장점유율 등을 고려하여 3개 그룹(Tier 1~Tier 3)으로 구분하고, 역량을 갖춘 기기 제조사를 AV 파트너사로 지정하고 중소 기기 제조사들이 FA를 준수하는지 간접적으로 검증하도록 하였다.

원고들과 AV MADA를 체결하기 위해서는 원고들과 FA를 체결하여야 한다. AV MADA를 체결한 업체에 대한 기기 호환성 검증 업무는 원고들이 직접 수행하지 않고 AV 파트너사에게 관련 업무를 위탁하였다. 원고들은 ODM 파트너사와 D 서브라이선스를 받으려는 주문자 상표 부착 생산(Original Equipment Manufacturer, 이하 'OEM'이라 한다) 제조사는 원고들과 반드시 FA를 체결하도록 하였다. 이에 따라 원고들과 MADA나 AV MADA를 직접 체결하는 기기 제조사뿐만 아니라 D를 서브라이선스 받는 소규모의 기기 제조사까지 원고들과 FA를 체결하여야 했고, 그 결과 원고들과 FA를 체결하는 기기 제조사는 5,000곳 이상으로 증가하였다.

마. EU 집행위원회의 조사 이후 V의 도입

1) E 호환성 약정(V)의 도입

15) 라이선스를 받은 자가 라이선스 권한 범위 내에서 제3자에게 다시 라이선스하는 것을 말한다.

가) E 호환성 약정(V)의 주요 내용

원고들은 EU 집행위원회(European Commission, 이하 'EC'라 한다)의 제재가 진행 중이던 2017년경 FA를 E 호환성 약정(V, V)으로 대체하였는데, 이에 따라 FA의 3가지 내용이 수정되었다. ① 원고들은 FA의 '과편화 방지' 표현을 V에서 '호환성 장려'로 대체하였다. ② FA와 달리 V는 계약체결 효력의 범위가 계약체결 당사자뿐만 아니라 그 계열회사들(Ffiliates)까지로 확대되어 기기 제조사가 원고들과 V를 체결하면 그 계열회사들도 과편화 금지 의무(호환성 확보 의무)를 준수해야 한다. ③ 원고들은 FA에는 없던 예외 항목 3가지를 V에 추가하였다.

(1) 호환성 확보 의무

V는 기기 제조사에 3가지 호환성 확보 의무를 부과하고 있는데, 그 의무는 다음과 같다(아래 [표 6]). ① V 제2.1항 A의 내용은 FA 제2.1항 (b)의 (i) 내용과 거의 동일한데, FA와 마찬가지로 기기 제조사의 하드웨어를 규율한다. V 제2.1항 A는 "기기 제조사가 제조, 배포 또는 판매하는 E 기반 모든 기기는 E 호환 가능 기기이다."라고 규정하고 있는바, 이에 따라 기기 제조사는 원고들이 운용하는 AO에 부합하지 않는 기기를 제조, 배포 또는 판매할 수 없다. ② V 제2.1항 B의 내용은 FA 제2.1항 (b)의 (ii) 내용과 거의 동일한데, FA와 마찬가지로 기기 제조사의 소프트웨어를 규율한다. V 제2.1항 B는 "기기 제조사가 제조, 배포 또는 판매하는 E 기반 모든 소프트웨어는 E 호환 가능 기기에서 작동하도록 설계된다."라고 규정하고 있는바, 이에 따라 기기 제조사는 E와 호환 가능하지 않은 기기용 소프트웨어를 제조, 배포 또는 판매할 수 없다. ③ V 제2.1항 C의 내용은 FA 제2.1항 (c)의 내용과 거의 동일한바, 기기 제조사는 L용 SDK에 관여할 수 없다.

[표 6] 원고들과 AA 간 FA·V 비교

FA (2011. 1. 1.)	V (2017. 6. 22.)
<p>파편화 방지 계약(Anti-Fragmentation Agreement)</p> <p>본 파편화 방지 계약(Anti-Fragmentation Agreement) ("본 계약")은 A Inc.("A") 및 AA주식회사("회사") 간에 체결된다.</p>	<p>E 호환성 약정(V)</p> <p>본 E 호환성 약정(V) ("본 계약")은 아래 최종서명 일("효력발생일") 현재 A Inc.("A")과 자신 및 그 계열회사를 위하여 AA주식회사 ("회사") 간에 체결된다.</p>
<p>1. 정의</p> <p>1.2 "E 호환 가능 기기"란 (i) E 호환성 웹사이트 (생략 1)에서 입수할 수 있는 것으로서 수시로 업데이트되는 E 호환성 정의 문서에 부합하고 (ii) E 호환성 테스트조("AP")에 합격한 E 플랫폼의 각 해당 버전용 E 기기를 의미한다.</p>	<p>1. 정의</p> <p>1.2 "E 호환 가능 기기"란 각 상용 가능한 버전의 E에 대하여, (i) 생략 1(또는 후속 사이트)에 게시되고 A이 회사 지원으로 수시로 업데이트하는 E 호환성 정의 문서("AO")의 내용을 준수하는 E 기기를 의미한다.</p>
<p>2. 파편화 방지</p> <p>2.1. (생략)</p> <p>(b) 회사는 (i) 하드웨어의 경우 E 호환 가능 기기만을 공급할 수 있고,</p>	<p>2. 호환성의 장려</p> <p>2.1 E 호환성</p> <p>A. E 호환가능 하드웨어. 회사가 제조, 배포 또는 판매하는 E 기반 모든 기기는 E 호환 가능 기기이다.</p>
<p>(ii) 소프트웨어의 경우 E 호환 가능 기기를 통해서만 공급할 수 있다.</p>	<p>B. E 호환 가능 소프트웨어. 회사가 제조, 배포 또는 판매하는 E 기반 모든 소프트웨어는 E 호환 가능 기기에서 작동하도록 설계된다.</p>
<p>(c) 회사는 E 또는 E 호환 기기로부터 파생된 소프트웨어 개발 키트(SDK)를 공급하여서는 아니되며, E 또는 E 호환기기로부터 파생된 제3자 SDK를 개발하는 데 관여하거나 어떠한 방법으로든 홍보하는 데에 관여하여서는 아니된</p>	<p>C. E 기반 SDK. 회사는 E 기반 SDK를 제3자에게 배포 또는 판매하거나 이러한 SDK 개발에 참여할 수 없다. 회사는 자신의 내부 사용을 위하여 E 기반 SDK를 자유로이 개발할 수 있다.</p>

다.	
----	--

(2) 면제기기에 대한 조건

V 제2.9항은 FA 제2.1항 (d)와 거의 동일하게 기기 제조사의 면제기기 출시를 허용하는 예외 조항을 두면서도 면제기기에 대해 5가지 추가 조건을 요구하고 있다 (아래 [표 7]).

[표 7] FA와 V의 비교

I 체결 FA (2011. 1. 1.)	AA 체결 V (2018. 3. 28.)
<p>2. 파편화 방지(Anti-Fragmentation)</p> <p>(d) 본 계약상 반대되는 조항에도 불구하고, A은 별첨 A에 명시된 E 버전으로만 운송될 수 있는 것으로서 (첨부) 별첨 A에 표시된 E 기기(각, "면제기기")는 상기 제(a)호 및 제(b)호에 기재된 요건에서 면제됨을 인정하고 이에 동의하며 이는 회사가 다음 요건을 준수하는 경우에 한한다.</p> <p>(중략)</p> <p>(iii) 면제기기가 상기 (a)호 및 (b)호의 요건에 부합하지 않기 때문에, 회사는:</p>	<p>2. 호환성의 장려</p> <p>2.9 면제기기. 회사가 면제기기를 출하하고자 하는 경우, 회사는 해당 면제기기에 대하여 본 계약 조건의 면제를 요청할 수 있으며 A은 재량에 따라 서면으로 면제를 제공할 수 있다. 면제가 허용되는 경우, 회사는 다음 요건을 준수하는 범위 내에서 본 계약에 따라 면제기기를 출하할 수 있다.</p>
<p>a. 면제기기에 A 애플리케이션을 사전 탑재할 수 없다.</p>	<p>A. 당사자들이 달리 별도의 계약을 통해 서면으로 합의하지 않는 한, 회사는 면제기기에 A 애플리케이션을 선탑재할 수 없다.</p>
<p>d. 면제기기는 제3자 애플리케이션이 작동 되도록 하지 아니한다.</p>	<p>B. A이 재량에 따라 서면으로 승인하지 않는 한, 회사는 면제기기에 설치 가능한 제3자 E 소프트웨어 애플리케이션을 선탑재할 수 없다.</p>

<p>a. (중략) 면제기기 사용자들로 하여금 제3자 E 기반 소프트웨어 애플리케이션을 설치할 수 있도록 하는, 제3자의 설치가능 E 기반 소프트웨어 애플리케이션에 대한 액세스를 지원하는 (promote) 배포점(distribution points)을 면제기기 상에 설치할 수 없다(예: 애플리케이션 스토어, 또는 브라우저 홈페이지 없음).</p>	<p>C. 회사는 면제기기에 설치 가능한 제3자 E 소프트웨어 애플리케이션에 대한 접근을 허용하지 아니한다(애플리케이션 스토어 또는 브라우저 홈페이지를 포함하되 이에 한정되지 않음).</p>
<p>b. 면제기기상에서 A 상표를 사용해서는 안되며, 또한 "E"라는 용어를 사용하여 "E"라는 용어를 사용하는 면제기기를 판촉 또는 마케팅 하거나, 묘사해서도 안된다.</p>	<p>D. 회사는 면제기기에 A 브랜드 특성을 사용할 수 없으며, 어떠한 방식으로든 "E"라는 용어를 사용하는 면제기기를 홍보, 판매 또는 설명하기 위하여 "E"라는 용어를 사용할 수 없다.</p>
<p>c. SDK를 배포해서는 안되며, 또는 어떠한 API도 면제기기상에서 제3자가 애플리케이션을 개발하는데 이용가능 하도록 해서는 안된다.</p>	<p>E. 회사는 면제기기의 애플리케이션을 개발하기 위해 SDK를 출시하거나 API를 제3자에게 제공할 수 없다.</p>

나) V의 적용 예외

V 제2.2항은 기존 FA에는 없던 내용으로, V 적용 예외의 3가지 경우로서 위탁 제조(Contract Manufacturing), 구성요소(또는 부품) 제조(Component Manufacturing), 앱 개발·배포·판촉을 들고 있다.

2) EC 시정명령 이후의 변화

원고들은 2018. 7. EC로부터 유럽 경쟁법 위반으로 시정명령 및 43억 유로 상당의 과징금납부명령을 받았다.¹⁶⁾ EC 시정명령 중 파편화 금지 의무와 관련된 사항의 요지는 '기기 제조사에 FA를 체결하는 것을 조건으로 F 및 A 검색을 라이선스 하는

¹⁶⁾ EC CASE AT.40099, A E (2018. 7. 18.)

행위를 하지 말아야 한다'는 것이다. 원고들은 이를 이행하기 위해 FA 및 V 내용을 일부 수정하고, MADA를 수정한 EMADA(European Mobile Application Distribution Agreement)를 도입하여 유럽경제지역에 공급되는 스마트폰과 태블릿 PC를 파편화 금지 의무 적용대상에서 제외하였으며, 이에 따라 기기 제조사들은 유럽경제지역에 공급하는 스마트폰과 태블릿 PC에는 L를 탑재할 수 있게 되었다. 그러나 기기 제조사는 유럽경제지역에 공급하는 기기라고 하더라도 스마트폰과 태블릿 PC가 아닌 기기에는 L를 탑재하여 출시할 수 없고, 유럽경제지역이 아닌 지역에는 스마트폰과 태블릿 PC를 포함한 모든 기기에 여전히 L를 탑재하여 출시할 수 없다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 98 내지 101호증, 을 제10 내지 17, 19, 20, 23 내지 26, 32, 33, 36, 39, 56, 85, 90, 94 내지 96, 132, 186, 223, 237, 238, 250호증(가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 변론 전체의 취지

5. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 이 사건 처분 상대방 지정의 위법 여부

1) 관련 법리

공정거래법상 과징금 부과는 비록 제재적 성격을 가진 것이기는 하여도 기본적으로는 같은 법 위반행위에 의하여 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 것이다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000두6206 판결 등 참조).

또한 과거의 위법상태를 해소하거나 가까운 장래에 법 위반행위와 동일한 위법행위가 반복되는 것을 막기 위해 시정명령을 하는 것이 필요하고도 유효·적절한 수단에 해당하는 경우에, 해외 사업자의 공정거래법 위반행위에 그 국내 자회사가 연관되어 있을 경우 그 국내 자회사가 해외 사업자의 법 위반행위에 있어 중요한 역할을 수

행하였거나 국내 자회사에 의하여 동일한 위법행위가 반복될 수 있다고 인정할 수 있다면 그 국내 자회사에 대해서도 피고가 행위금지명령 등 시정조치를 할 수 있다고 보는 것이 상당하다.

2) 판단

가) 원고 B

앞서 본 사실, 앞서 든 증거에다가 을 제48, 88, 92, 120, 125, 152, 157, 158, 240호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 피고가 원고 B를 이 사건 처분의 상대방으로 삼은 데에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 원고 B는 FA 등과 관련하여 국내 기기 제조사가 계약에 따른 파편화 금지 의무를 제대로 이행하고 있는지를 점검·관리하는 역할을 하였고, 이를 통해 기기 제조사들은 만약 호환성 약정을 위반할 경우 원고들로부터 제재를 당할 위험에 노출되어 있었다. 원고들이 호환성 약정을 통하여 기기 제조사로 하여금 E 이외의 L OS를 탑재한 기기를 출시하지 못하도록 한 것이 이 사건 위반행위의 핵심적인 부분인 점에 비추어 보면, 비록 원고 B가 호환성 약정의 계약 당사자는 아니라고 하더라도 이 사건 위반행위의 주체로서 중요한 역할을 수행하였다고 보는 것이 타당하다. 나아가 피고의 시정조치 명령은 실제 행위사실에 대해서 이루어지는 것이므로, 시정조치의 대상을 단순히 호환성 약정의 계약당사자로 한정할 것은 아니다.

(2) 원고 B는 I, AA 등 국내 기기 제조사를 중점적으로 관리하는 팀을 두면서, 국내 기기 제조사가 출시하려는 제품이 AO·AP를 충족하는지를 점검하고 기기 제조사와 면제기기 승인 여부를 협의하는 등의 업무를 담당하였다. 실제로 BB 차량용 태블릿

을 면제기기로 승인해달라는 I의 요청에 대해, 원고 B는 사이드 로딩¹⁷⁾을 통한 앱 설치 불가능하다는 점을 증명할 것을 요구한 바 있다.

원고 B가 I에 보낸 이메일(2018. 10. 16.) 및 번역문
<p>원문 생략 번역문 참고</p> <p>보낸 사람: BC <생략 6> 보낸 날짜: 2018-10-16 10:55 (GMT+9) 제목: Re:[Reminder]FW: RE: RE: Re: Re: RE: Re: Regarding BB Tablet</p> <p>안녕하세요 BD, BE와 저는 금요일에 BB 태블릿 이슈와 관련하여 통화했습니다. 저는 그에게 그 기기에 BF 런처를 실시한 후 그걸 기본 런처로 설정할 수 있는지 물어보았습니다. 만약 그게 기본 런처로 설정될 수 있다면, 어떠한 앱도 사이드로드될 수 있고 쉽게 구동될 수 있을 것입니다. 우리는 이 사안이 호환성에 충격을 줄 수 있을지 우려하고 있으며 따라서 이에 대한 확답을 먼저 받고자 합니다. I으로부터 피드백이 오기를 기다리겠습니다.</p>

(3) 원고 B가 I나 AA와 같은 국내 기기 제조사로부터 호환성 약정의 준수 여부나 면제기기 승인 등에 관해 질의를 받고 국내 기기 제조사가 계약을 제대로 이행하는지를 점검·관리하였음을 확인할 수 있는 자료들이 존재하고(을 제48, 91, 125, 157, 158호증 등), 원고 A와 I가 U를 체결하는 과정에서 원고 B가 I와 직접 연락하여 계약 관련 내용을 논의하거나 계약 문구의 수정을 먼저 제안하기도 한 사실도 확인된다. 이에 비추어 보면 원고 B는 가까운 장래에 이 사건 위반행위를 반복할 우려가 있다고 할 것이므로, 원고 B에 대해 이 사건 시정명령을 하는 것은 이 사건 위반행위와 같은 위법행위가 반복되는 것을 막기 위한 필요하고도 유효적절한 수단에 해당한다.

¹⁷⁾ 공식 앱마켓을 거치지 않고 앱을 설치하는 행위를 말한다.

(4) 또한 이 사건 위반행위의 관련매출액 중 하나인 F의 광고 수익 일부가 원고 B에 귀속되었는바, 이 사건 위반행위로 얻은 부당한 이익이 원고 B에게 귀속된 이상 원고 B도 함께 책임을 부담하는 것이 타당하다.

이에 대하여 원고들은, F의 광고 수익은 광고의 대가로 얻는 돈일 뿐 이 사건 위반행위가 원인이 되어 얻을 수 있는 성질의 것이 아니라는 등의 이유로 원고 B가 처분 상대방에서 제외되어야 한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 원고 B는 이 사건 위반행위 과정에서 일정한 역할을 담당하였을 뿐만 아니라 어느 시장에서의 광고 수익은 결국 그 시장의 규모나 활성화 정도에 상당 부분 비례하기 마련이므로, 이 사건 위반행위로 인해 경쟁 앱마켓의 출현을 차단한(이에 관하여는 뒤의 경쟁제한 효과 부분에서 살펴본다) 상태에서 원고 B가 F에서 얻은 광고 수익은 이 사건 위반행위의 관련매출액으로 평가할 수 있다(그 밖에 F의 운영권한이나 F 광고의 구체적인 방식에 관한 원고들의 주장은 모두 받아들일 수 없다).

나) 원고 C

앞서 본 사실, 갑 제1호증, 을 제2, 4, 33호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 피고가 원고 C를 이 사건 처분의 상대방으로 삼은 데에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다.

(1) 원고 C는 아시아 태평양 지역에서 앱 개발자와 개발자 배포 계약을 체결하는 주체로, 앱 개발자로 하여금 국내 소비자에게 앱을 배포하도록 하고, 원고 A 및 BH(BH)와 함께 수익 배분 계약(Revenue Share Agreement)의 당사자로서 담당 지역에서 발생한 전 세계의 광고 수익 또는 F 수익의 납부 책임을 부담하여 국내 소비자가 지출한 금액을 정산하는 역할을 수행하고 있다. 원고들의 관련매출액이 전액 앱마켓

시장에서 발생한 점을 고려하면, 원고 C는 이 사건 위반행위에서 중요한 역할을 담당하였다고 평가할 수 있다.

(2) 원고 C는 2015. 5.부터 현재까지 F에서 앱 개발자들이 얻는 매출에 대해 통상 30%의 중개수수료를 받고 있는바, 이 사건 위반행위로 인한 부당한 이익의 일부가 원고 C에 귀속되었다.

(3) 위와 같이 원고 C가 원고들의 사업에서 차지하는 위치나 비중에 비추어 보면, 원고 C 역시 가까운 장래에 독자적으로 이 사건 위반행위를 할 수 있는 지위에 있다고 볼 수 있다.

나. 관련시장 확정 및 원고 A의 시장지배적 지위 인정 여부

1) 판단의 전제: 이 사건 처분 중 스마트 비모바일 OS 개발 시장 부분에 관하여

원고들은, 피고가 스마트 비모바일 OS 개발 시장의 획정도 제대로 하지 아니하고 원고들이 위 시장에서 시장지배적 지위에 있음을 논증하지도 아니한 채 원고들이 시장지배적 지위 남용행위를 하였다고 본 것은 위법하고, 이 사건 시정명령의 대상에 스마트 비모바일 기기 부분까지 포함시킨 것 역시 위법하다는 취지로 주장한다. 그러나 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 피고는 원고들이 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 시장지배적 지위에 있음을 전제로 이 사건 처분을 한 것으로 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에서 하는 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

가) 피고는 이 사건 처분을 하면서 원고들에 대한 의결서에서 명시적으로 '시장 지배력의 전이'를 언급하며(104, 211, 212쪽 등) '원고들의 스마트 모바일 OS 시장에서의 시장지배력이 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 전이되었다'는 취지로 판단하였다.

피고가 만일 원고들이 스마트 비모바일 OS 개발 시장의 시장지배적 사업자에 해당한다고 보았다면 위와 같은 시장지배력의 전이를 언급할 이유가 없고, 대신 해당 시장에서의 지배적 지위가 더욱 공고해졌다는 점만 지적하였으면 되었을 것이다.

나) 피고 의결서 중 원고들의 행위에 대해 공정거래법 위반행위 유형을 적용하고 판단하는 부분(101쪽 '다. 시장지배적지위 남용행위 중 사업활동 방해행위' 이하)에서 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 관하여는 '원고들이 FA·V 적용대상 기기를 모바일 기기에서 모든 기기로 확대함으로써 스마트 비모바일 OS 분야에서도 L의 출시 가능성을 차단하고자 했다'는 경쟁제한 의도·목적에 관한 부분(176쪽 이하)에서 처음 등장하고(181쪽 이하), 경쟁제한 효과나 우려 부분(194쪽 이하)에서는 별도의 목차가 할애되어 있다(211쪽 이하). 그 앞의 부분(104쪽 이하 '시장지배적사업자 여부', 118쪽 이하 '거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위인지 여부', 167쪽 이하 '거래상대방에게 강제하였는지 여부')에는 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 관한 언급이 없다. 피고는 원고들이 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 시장지배적 사업자로서 시장지배적 지위 남용행위를 하였다고 본 것이 아니라, 스마트 모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장의 시장지배적 지위를 바탕으로 위 두 시장에서 시장지배적 지위 남용행위를 하였으며, 위 두 시장은 물론 인접시장인 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서의 경쟁 역시 저해할 의도로 그와 같은 행위를 하였고 그로 인해 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서도 경쟁제한의 효과나 우려가 발생하였다고 본 것으로 이해함이 타당하다.

다) 피고 의결서 96 내지 101쪽에 기재된 스마트 비모바일 OS 개발 시장 관련 부분은 해당 시장에서 원고들이 시장지배적 지위에 있다는 판단에서 기재된 것은 아니

다. 이는 피고가 87쪽 이하 '2) 관련 상품시장' 부분에서 '스마트 모바일 OS 시장' 다음에 '스마트 비모바일 OS 개발 시장' 대신 '앱마켓 시장'을 먼저 기재한 다음 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 관하여는 뒤에서 따로 기재한 점에 비추어도 알 수 있다.

라) 피고가 의결서 87쪽 이하 '2) 관련 상품시장' 부분에서 스마트 모바일 OS 시장은 그대로 그와 같이 지칭한 반면 스마트 비모바일 OS에 관하여는 스마트 비모바일 OS '개발' 시장이라고 지칭하며 굳이 구별한 것도, 스마트 비모바일 OS 개발 시장은 단지 경쟁제한 효과 내지 우려가 나타나는 시장으로서 소개하려는 것일 뿐 원고 A이 시장지배적 지위에 있는 시장으로 확정하려는 것이 아니고, 그러한 시장확정의 대상으로 삼기에는 아직 형성 초기 단계의 시장으로서 경계가 불분명하다는 점을 피고 스스로도 인지하고 있음을 표시한 것으로 볼 수 있다.

마) 원고들은, 피고가 의결서 85쪽에서 드는 '혁신시장' 이론은 공정거래법령에 아무런 근거가 없을 뿐 아니라 국내외 경쟁심사에서 받아들여진 적이 없는 실체가 불분명한 이론으로서 피고가 이를 적용하여 스마트 비모바일 OS 개발 시장을 획정한 것은 잘못이라는 취지로 주장한다. 그러나 위에서 살핀 사정에 의하면 피고는 원고들의 행위가 형성 초기로서 아직 시장 점유구조가 뚜렷하게 고착화되지 않은 시장인 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서까지 경쟁제한 효과 내지 우려를 발생시켰다는 점을 원고들 행위의 부당성을 판단하는 하나의 근거로 삼았다고 보이고, 다만 지속적인 기술의 발전과 산업의 변화로 아직은 그 시장의 경계가 다소 불분명하다는 의미에서 '새로운 상품에 관한 연구·개발이 이루어지는 시장'으로서 혁신시장을 언급한 것으로 보일 뿐이다. 이 사건에서 스마트 비모바일 OS 개발 시장은 시장지배적 지위 유무가 문제되는 시장도 아니고, 과징금 산정의 근거가 되는 관련매출액이 발생하는 시장도 아니므

로, 이들 시장의 획정에서 요구되는 정도의 엄격한 시장획정이 반드시 요구되는 것은 아니라고 보아야 한다. 그와 같이 보지 않으면 새로운 연구·개발이 이루어지고 비로소 경쟁이 태동하고 있는 형성 초기 시장에서의 경쟁제한에 대해 적절히 규율하기 어렵게 되어 부당하다.

바) 2023. 1. 12. 공정거래위원회예규 제418호로 제정되어 같은 날 시행된 「온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침」은 II. 3. 가. (4)에서 "온라인 플랫폼 분야는 상품 및 서비스의 융합 추세, 급격한 시장의 변화 속도 등으로 인해 시장 간의 경계가 불분명해지는 경우도 발생할 수 있다. 일정한 거래분야는 이미 경쟁관계에 있는 분야뿐만 아니라 향후 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야까지 포함하여 획정할 수 있으므로 시장획정 시 기술발전의 속도, 새로운 상품 및 서비스의 연구·개발 상황 및 시장 출시 가능성 등 동태적 특성도 충분히 감안해야 한다."라고 정하고 있다. 이 사건에서 뒤에서 보는 바와 같이 원고 A의 시장지배적 지위 남용행위가 행하여진 스마트 모바일 OS 시장과 앱마켓 시장은 온라인 플랫폼 분야의 시장으로서 전통적인 형태의 시장과 달리 그 시장에서의 시장지배적 지위 남용행위의 경쟁제한 효과가 인접 시장에까지 미칠 여지가 크므로, 그러한 인접시장으로서 스마트 비모바일 OS 개발 시장을 설정하고 이 사건 위반행위의 경쟁제한 효과 내지 우려를 논한 피고의 판단에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.

사) 원고들은 또한, 피고의 이 부분 논리는 원고들이 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서의 시장지배력을 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 전이하었다는 것으로서 이른바 시장지배력의 전이 이론에 기초하고 있는데, 위 시장지배력의 전이 이론은 현행 법령상 인정할 수 없고, 국내 판결로도 받아들여진 바 없으

며, 외국에서도 그와 정확히 동일한 논의는 찾아볼 수 없는 피고의 독자적인 주장에 불과하므로, 그에 따른 이 사건 처분은 위법하다고도 주장한다. 그러나 어느 한 시장에서 시장지배적 지위에 있는 사업자의 시장지배적 지위 남용행위가 해당 시장은 물론 그와 인접한 다른 시장에서까지 경쟁제한 효과 또는 우려를 낳는 것은 얼마든지 가능한 일로서, 뒤에서 보는 바와 같이 시장지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과 또는 우려가 발생하는 시장이 반드시 같아야 한다고 볼 수는 없으며, 이 경우 마치 그 사업자가 시장지배적 지위에 있는 시장에서의 시장지배력이 다른 시장에까지 전이되는 양상을 띠게 되고, 당초 시장지배적 지위에 있는 시장에 한하여 경쟁제한 효과가 발생하는 경우보다 규제의 필요가 더 크다고 할 수 있으므로, 피고가 '시장지배력의 전이'를 언급한 것은 원고 A의 시장지배적 지위 남용행위로 인해 원고 A이 본래 시장지배적 지위에 있었던 스마트 모바일 OS 시장에서뿐 아니라 그 인접시장인 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서까지 경쟁제한 효과나 우려가 발생하였고 따라서 제재의 필요성이 더 크다는 점을 강조하기 위한 것으로 볼 여지가 있고, 독자적인 견해에 따라 법률에 근거하지 않은 처분을 한 것으로 볼 것은 아니다.

아) 원고들은, 피고가 원고 A의 이 사건 위반행위가 시작된 2010년 말경 또는 2011년 초경을 기준으로 스마트 비모바일 OS 개발 시장이 형성 초기의, 경계가 불분명한 시장이라고 인정한 다음 이 사건 위반행위의 위법성을 판단하였으나, 한편 이 사건 위반행위의 기간을 2011. 1. 1.부터 2021. 9. 10.까지로 보았는바, 위 기간 동안 이미 다양한 스마트 비모바일 기기가 출시되어 상용화되었으므로, 이러한 사정변경을 전혀 반영하지 않은 이 사건 처분은 위법하다는 취지로도 주장한다. 그러나 시장지배적 지위 남용행위가 인정되기 위해서는 위반행위자의 경쟁제한의 의도나 목적, 위반행위

로 인한 경쟁제한의 효과나 우려가 인정되어야 하는바, 원고 A이 이 사건 위반행위를 시작할 당시 관련 시장의 상황이 어떠하였는지를 기준으로 원고 A의 경쟁제한의 의도나 목적, 이 사건 위반행위로 인한 경쟁제한의 효과나 우려 등을 판단한 피고의 이 사건 처분에 어떠한 위법이 있다고 할 수 없고, 단순히 그 뒤로 실제 일부 스마트 비모바일 기기가 출시되어 상용화되었다는 점만으로 경쟁제한의 의도나 목적, 경쟁제한의 효과나 우려가 달라졌다고 보기도 어렵다. 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다.

자) 또한 뒤에서 보는 바와 같이 원고 A의 이 사건 위반행위로 인해 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장뿐 아니라 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서의 경쟁제한 효과나 그 우려가 인정되는 이상, 피고가 이 사건 시정명령을 하면서 이 사건 위반행위의 핵심인 호환성 약정의 조항을 그대로 반영하여 시정명령의 대상을 '모든 스마트 기기'로 표현한 것에 어떠한 위법이 있다고 할 수도 없다.

차) 원고들은 그 밖에, 피고가 ① 스마트 모바일 OS와 스마트 비모바일 OS는 모두 스마트 기기 OS로서 상호 간 공급대체성이 인정되나 ② 실제로 개발된 스마트 비모바일 OS 상호 간에는 공급대체성이 없다고 하여 그 주장 자체에 모순이 있다고도 주장하나, 피고의 의결서 중 원고들이 드는 ② 부분은 '만약 OS 개발자가 애초부터 특정 기기만을 염두에 두고 그에 한정된 OS를 개발하는 경우에는 다른 기기의 OS와 공급대체성이 인정되기 어렵다'는 내용에 불과하므로, 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 아니한다.¹⁸⁾

18) 원고들은 그 밖에, 피고는 원고들이 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서도 불공정거래행위를 하였다고 보면서도 불공정거래행위의 개별 성립요건에 관한 구체적인 판단은 생략한 채 단지 시장지배적

2) 시장 확정

가) 관련상품시장

이 사건 위반행위는 원고들이 거래상대방인 기기 제조사에 스마트 모바일 OS 및 앱마켓인 F를 공급하면서 모바일 앱 유통 계약(MADA) 또는 사전접근권 계약(W·U)과 결부하여 FA·V를 체결하여 파편화 금지 의무를 부과한 것으로서, 위와 같은 위반행위가 이루어진 거래단계와 거래대상인 상품 및 그 밖의 요소들에 의한 경쟁압력 등을 고려할 때, 이 사건 위반행위의 관련상품시장은 '라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장' 및 'E 기반 앱마켓 시장', 그리고 '라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장'으로 확정하는 것이 타당하다.

(1) 스마트 모바일 OS 시장: 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장

이 사건 위반행위의 거래단계와 관련하여 직접적인 수요자인 기기 제조사와 공급자인 스마트 모바일 OS 개발자, 그리고 스마트 모바일 기기 이용자 및 앱 개발자의 특성에 따른 간접적인 경쟁압력 등을 모두 고려하면, 스마트 모바일 OS 시장에서 이 사건 위반행위의 관련상품시장은 '라이선스 가능한' 스마트 모바일 OS 시장으로 확정하고, 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS는 관련상품시장에서 제외하는 것이 타당하다.

(가) 스마트 모바일 OS의 수요자인 기기 제조사의 수요대체성 측면에서 보면, 기기 제조사는 E 외에 L 및 기타 라이선스 가능한 각종 OS의 탑재가 가능한 모든 스마트 모바일 기기를 생산할 수 있으므로, 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 간에는

지위 남용행위 부분을 인용하는 데 그쳤다고 주장하나, 이 부분 주장은 스마트 비모바일 OS 개발 시장에만 관련된 주장이라기보다는 원고들의 불공정거래행위 전반에 관한 주장으로 봄이 타당하므로, 뒤의 해당 부분에서 함께 본다. 한편 원고들은 피고가 특히 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서의 경쟁제한효과에 관해서는 실증적인 근거를 바탕으로 한 증명을 전혀 하지 못하였다는 주장도 하는데, 이에 관하여는 뒤의 경쟁제한 효과 또는 우려 부분에서 살펴본다.

대체가능성이 인정된다. 예를 들어 I는 E가 탑재된 기기를 주로 생산하지만, E 계열 OS가 아닌 'J'을 탑재한 스마트폰을 출시한 바 있다. E와 L의 경우에는 기본적으로 K에서 파생된 것으로서 동일한 소스코드에 기반하고 있기 때문에 대체가능성을 더욱 쉽게 인정할 수 있다. 그러나 라이선스가 불가능한 OS를 운영하는 N이나 BK의 경우 M 및 BK OS를 기기 제조사에 라이선스하지 않으므로, 기기 제조사는 이러한 OS를 자신의 기기에 탑재할 수 없다. 따라서 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS는 수요대체성 면에서 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS와 분명하게 구별된다.

(나) 공급 측면에서 보면, 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 개발자는 OS를 공급하는 데 있어 기술적인 장애가 없고, 대부분의 OS 개발자는 스마트 모바일 OS 시장의 특성을 고려하여 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS를 필요로 하는 기기 제조사에 이를 무료로 라이선스함으로써 네트워크 효과의 극대화를 추구한다. 반면 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS 개발자는 다른 사업자에 OS를 공급할 유인이 없고, N이나 BK 등 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS 개발자들이 자신들의 OS를 타에 라이선스한 바도 없다. N의 M는 외부에 라이선스 하는 것을 상정하지 않고 설계되었기 때문에, 이를 탑재할 기기에 요구되는 하드웨어 및 소프트웨어는 E 기기의 그것과는 차이가 있으며, N 자신을 제외한 다른 기기 제조사는 그 구체적인 내용을 알 수도 없고 알 필요도 없다. 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS는 공급대체성 면에서도 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS와 다르다.

(다) 원고들은, 앱 개발자들이 E용 앱인지 M용 앱을 만들지 불문하고 모든 스마트 모바일 기기용 앱을 개발할 수 있는 이상 스마트 모바일 OS가 라이선스 가능한지에 따라 시장획정을 달리할 수는 없다고 주장하나, 앱 개발자들은 스마트 모바일 OS

의 직접적인 수요자나 공급자가 아니라 인접시장의 공급자에 불과하므로, 스마트 모바일 OS와 앱마켓 간의 상호작용을 고려하더라도 원고들이 드는 사정만으로 앞선 판단을 뒤집기에 부족하다.

(2) 앱마켓 시장: E 기반 앱마켓 시장

이 사건 위반행위의 거래단계와 관련된 직접적인 수요자인 기기 제조사와 공급자인 앱마켓 개발자, 그리고 양면시장의 관련자로서 소비자와 앱 개발자까지 아울러 고려하면, 앱마켓 시장에서 이 사건 위반행위의 관련상품시장은 'E 기반 앱마켓 시장'(여기서 E는 원고들의 승인을 받은 E뿐 아니라 그와 동일한 소스코드에 기초한 E 계열의 OS, 즉 L를 포함하는 의미이다)으로 확정하고, N의 R나 G의 윈도우폰 스토어와 같은 그 외 스마트 모바일 OS용 앱마켓은 관련시장에서 제외하는 것이 타당하다.¹⁹⁾

(가) 기기 제조사의 수요대체성 측면에서 보면, 라이선스 가능한 A E OS를 선택한 기기 제조사의 경우 E 기반 앱마켓들 사이에는 호환성이 있기 때문에 서로 다른 E 기기용 앱마켓 중에서 자신의 기기에 탑재할 앱마켓을 선택하거나 쉽게 대체할 수 있다. 또한 기기 제조사는 일단 OS를 선택하면 그와 호환되는 앱마켓만을 탑재하게 되는데, 여기에는 원고들의 F 외에 L 기반 앱마켓이 포함된다. 따라서 수요 측면을 고려할 때, E 기기용 앱마켓 및 L 기기용 앱마켓을 포함하여 E 기반 앱마켓은 하나의 시장으로 확정하는 것이 타당하다. 반면 N의 R나 G의 윈도우폰 스토어 등 E 계열 OS와 호환되지 않는 앱마켓은 애초에 E 계열 OS가 탑재된 기기에는 설치될 수 없으므로 기기 제조사 입장에서 수요대체성이 있다고 보기 어렵다.

19) 원고들은 스마트 기기 OS와 앱마켓의 각 다면 플랫폼으로서의 특성과 상호작용 등을 고려할 때 둘을 별개의 상품시장으로 볼 수 없다고 주장하나, 스마트 기기 OS와 앱마켓은 상품의 종류와 기능, 시장의 수요자와 공급자가 명백히 다르므로 인접시장에는 해당할 수 있을지언정 동일한 시장에 속한다고는 볼 수 없다.

(나) 앱마켓 개발자의 공급대체성 측면에서 보면, E 기반 앱마켓들은 서로 대체 가능하다. E와 L는 소스코드가 유사하므로 E용 앱마켓 개발자는 L용 앱마켓도 비교적 쉽게 개발할 수 있고 그 반대도 마찬가지이다. 반면 E 계열이 아닌 다른 OS들의 경우에는 E 계열 OS와 소스코드 언어나 체계가 서로 다르므로, 앱마켓 개발자 입장에서 이들 사이의 전환은 E 계열 내에서의 전환에 비해 용이하지 않다.

(다) 앱 이용자인 소비자 측면에서 보면, 일반적으로 구매한 스마트폰에 탑재되어 있는 앱마켓을 수동적으로 이용하는 것이 대부분이고, 해당 기기의 OS와 호환이 불가능한 앱마켓을 다운로드 받아서 사용하는 이용자는 상정하기 어렵다. 예를 들어 F를 통해 다운로드 받은 앱 내에서 결제하는 경우 원고들이 결제 수수료를 인상하여 그 비용이 고스란히 앱 이용자인 소비자들에게 전가되더라도, 앱 이용자인 소비자들 E 기반 앱마켓이 아닌 N의 R와 같이 호환되지 않는 다른 OS용 앱마켓으로 전환하기 위해서는 일반적으로 기기 자체를 변경하는 것 외에 달리 방법이 없다. 따라서 E 기반 앱마켓이 아닌 그 외 스마트 모바일 OS용 앱마켓은 관련시장 획정에서 제외되어야 한다.

(라) 앱 개발자 입장에서 보면, E 기반 앱마켓에서 완전히 이탈하여 다른 계열의 OS용 앱마켓으로 이동할 가능성이 매우 낮다. N의 M를 포함한 전체 스마트 모바일 OS 중 E의 점유율이 약 80%인 상황에서, 앱 개발자들이 E 기반 앱마켓의 품질이 약간 하락하거나 앱마켓 수수료가 조금 인상된다고 하더라도 E 기반 앱마켓에 공급되는 앱 개발 자체를 포기하는 것은 현실적으로 쉽지 않기 때문이다.

(3) N의 M 및 R를 관련시장 획정에서 고려하여야 한다는 주장에 관하여

(가) 관련 법리

특정 사업자가 시장지배적 지위에 있는지 여부를 판단하기 위해서는 경쟁 관계가 문제될 수 있는 일정한 거래 분야에 관하여 거래의 객체인 '관련 상품에 따른 시장'과 거래의 지리적 범위인 '관련 지역에 따른 시장' 등을 구체적으로 정하고 그 시장에서 지배가능성이 인정되어야 한다. 여기서 '관련 상품에 따른 시장'은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격, 기능 및 효용의 유사성, 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태는 물론 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 형태, 사회적·경제적으로 인정되는 업종의 동질성 및 유사성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 그 외에도 기술발전의 속도, 그 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 그 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 한다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 등 참조).

(나) 판단

앞서 본 사실, 앞서 든 증거, 갑 제51호증, 을 제244 내지 247, 258호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 위반행위의 관련상품시장에서 N의 M 및 R를 제외하는 것이 타당하므로, 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

① 원고들은, E 플랫폼과 N의 M 플랫폼이 실질적인 경쟁관계에 있는 점,

소비자와 앱 개발자 입장에서 E 및 F와 M 및 R는 얼마든지 대체가능한 관계에 있는 점 등을 고려하면 N의 M 및 이를 기반으로 하는 R까지 포함하여 관련시장을 확정하여야 한다고 주장한다.

관련상품시장은 문제된 법 위반행위가 이루어진 거래단계에서 그 거래 대상이 된 상품을 기준으로 그와 대체 가능한 상품의 범위를 고려하여 확정하는데, 이 사건 위반행위는 원고들이 거래상대방인 기기 제조사에 대하여 '스마트 기기 OS' 및 앱마켓인 'F'를 공급하면서 이에 관해 모바일 앱 유통 계약(MADA) 또는 사전접근권 계약(W·U)과 연계하여 FA·V를 체결하여 파편화 금지 의무를 부과하는 방식으로 L 및 그 기반 앱마켓의 출현을 막은 것으로서 이 사건 위반행위의 관련상품인 스마트 모바일 OS 및 앱마켓의 직접적인 수요자인 기기 제조사의 입장에서 수요대체성을 중심으로 시장을 확정하는 것이 타당하다. 또한 스마트 모바일 OS의 다면 플랫폼적인 특성에 따라 앱 개발자, 그리고 스마트 모바일 기기 및 앱마켓 이용자들의 선호에 따른 경쟁 압력까지 고려하더라도, 이 사건 위반행위와 관련된 관련상품시장은 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장으로 확정하는 것이 타당하다는 점은 앞서 본 바와 같다.

② 원고들은, 주상품(OS)과 부상품(앱마켓)을 인위적으로 구분하는 시장 확정은 다면시장의 특성을 제대로 반영하지 못하고, 피고 주장과 같이 OS별로 앱마켓이 분리되어 형성된다고 보는 경우 OS 사업자가 구축한 각 플랫폼 내에서만 경쟁이 이루어지게 되므로, 플랫폼을 제공하는 OS 사업자는 모두 앱마켓 시장에 있어 독점적인 지위에 있을 수밖에 없다는 부당한 결론에 이르게 된다고 주장한다.

앱마켓은 특정 OS에서 구동될 수 있는 앱만 공급하므로 앱마켓은 OS에

종속적인 특징을 갖고 있고, 앱마켓은 그것이 탑재되는 기기의 스마트 모바일 OS와 호환되어야 하는 것이 기본적인 성질인 점에 비추어 보면, OS별로 앱마켓 시장이 분리되어 형성될 수밖에 없는 것은 당연하다. 같은 전제에서 모바일 OS가 N의 M와 같이 라이선스가 불가능한 폐쇄형인 경우에는 N과 O를 제조하는 기기 제조사 사이에 형성되는 앱마켓 공급시장은 N이 독점할 수밖에 없다. K와 같이 오픈소스를 기반으로 하는 경우 원고들 외에도 E OS와 호환 가능한 앱마켓을 공급할 수 있는 사업자가 다수 존재할 수 있고, 실제로 F 외에도 T 등 이동통신사가 개발한 앱마켓이나 I의 S 등 기기 제조사가 개발한 앱마켓이 존재한다. 그럼에도 원고들 주장과 같이 마치 E 기반 앱마켓 시장에서 원고들이 이를 독점하는 것과 같은 현상이 나타난 이유는, 관련상품시장의 획정이 잘못되었기 때문이 아니라 오히려 원고들이 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과하는 방식으로 호환 가능한 다른 L 앱마켓을 설치하지 못하도록 경쟁을 제한한 결과라고 보는 것이 타당하다.

③ 원고들은, BI(BI)와 N 사이의 소송²⁰⁾에서의 시장 획정을 예로 들면서 피고의 관련상품시장 획정이 위법하다고 주장한다.

위 사건은 BI가 N R의 30% 수수료에 반발하여 N 측의 인앱 결제 시스템을 무시하고 자체 결제 시스템을 도입하자, N이 그에 대해 R의 규정 및 약관을 위반하였다고 보아 BI의 M용 포트나이트 게임을 R에서 퇴출시킨 행위에 관하여 BI가 N을 상대로 독점금지소송을 제기한 사안이다. 위 사건에서는 양면시장 이론을 따라 앱마켓과 앱 개발자 간의 거래관계뿐 아니라 앱마켓과 이용자 간 거래관계까지 포함하여 모바일 게임 시장 전체를 하나의 시장으로 획정하였는데, 앱 개발자 입장에서 앱을 공

20) BI v. N Inc., 559 F. Supp. 3d 898, 1021-27 (N.D. Cal. 2021)

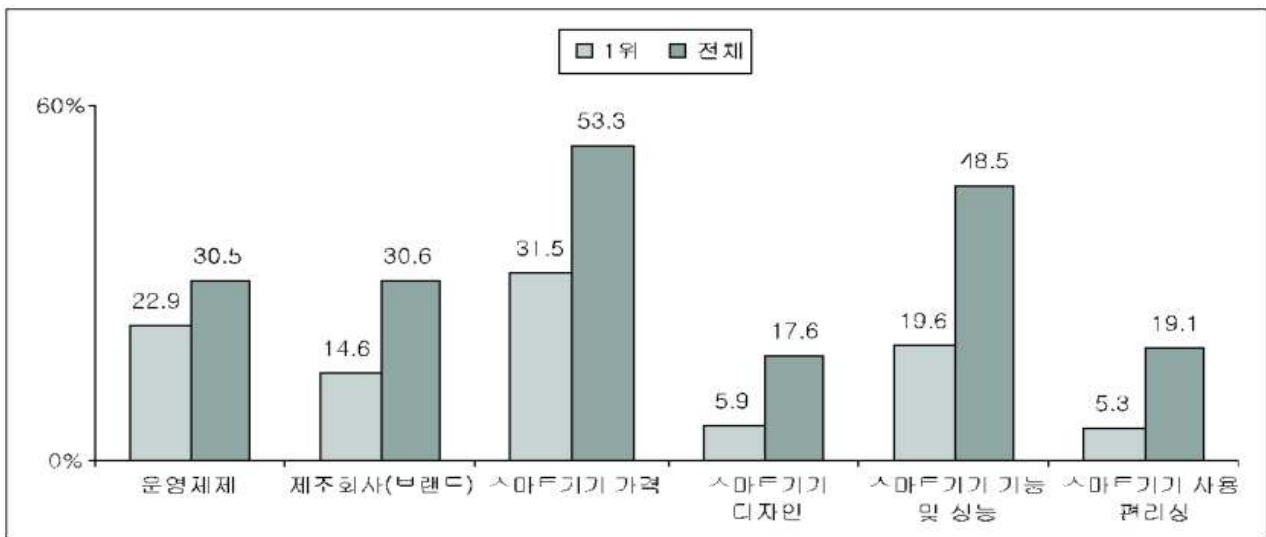
급함에 있어 N의 R 외에 이를 대체할 다른 앱마켓(예를 들어 E의 F)이 존재하므로, 굳이 앱마켓을 OS별로 구분하지 않고 전체 모바일 앱마켓 시장을 하나의 시장으로 획정한 것은 수긍할 수 있다. 그러나 이 사건 위반행위의 경우 OS의 직접적인 수요자인 기기 제조사 입장에서는 N의 M를 라이선스 받아 생산하지 않는 이상 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS와 폐쇄형 플랫폼으로서 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS 사이에 수요대체성이 있다고 보기 어렵고, 앱마켓은 해당 OS와 호환되어야 하는 것이 기본적인 성질이기 때문에 OS에 종속적일 수밖에 없는 점 등을 고려해보면, 이 사건 위반행위의 시장 획정이 위법하다고 볼 수 없다.

④ 원고들은, 2013년 정보통신정책연구원 설문조사 결과를 들어 이용자들 사이에 E 기기와 N의 M 기기 사이에 얼마든지 전환이 이루어질 수 있고, 이용자들이 스마트 기기 구매 시 고려요인으로 '기기 가격(31.5%)' 다음으로 '운영체제(22.9%)'를 고려한다는 점을 제시하면서 이용자들의 OS에 대한 고려가 기기 제조사와 OS 개발자들에게 경쟁압력으로 작용한다는 취지로 주장한다.

원고들이 들고 있는 위 설문조사는 아래 [그림 1]과 같이 스마트폰뿐만 아니라 '스마트 기기'에 관한 것으로서, 여기에서 고려요인으로 응답된 '운영체제'는 스마트 모바일 OS를 고려하여 스마트 비모바일 기기를 포함한 스마트 기기를 구매하겠다는 의향의 표시로 보는 것이 타당하다. 정보통신정책연구원의 위 설문조사에서 구매자들의 '스마트폰 구매 시 고려요인 및 만족도'는 단말기 가격이 50%, 제조회사 브랜드 이미지가 12.6%이고, 운영체제 및 R는 12.5%에 불과한 것으로 나타났고, OS 플랫폼 전환 의향에 관하여는 M 이용자의 경우 68.6%가, E OS 이용자의 경우 90.6%가 각 향후에도 동일한 모바일 OS를 선택하겠다고 답하고 있는 점 등을 고려할 때, 원고들의

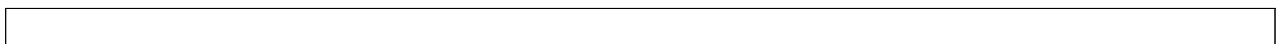
주장과 같이 E와 M 사이에 유연한 대체관계가 존재한다고 보기 어렵고, 오히려 위와 같은 사정은 기기 이용자들의 경우 OS에 관하여 이른바 '고착효과(lock-in effect)'가 나타난다는 점을 뒷받침한다고 보는 것이 타당하다.

[그림 1] 스마트 기기 구매 시 고려요인

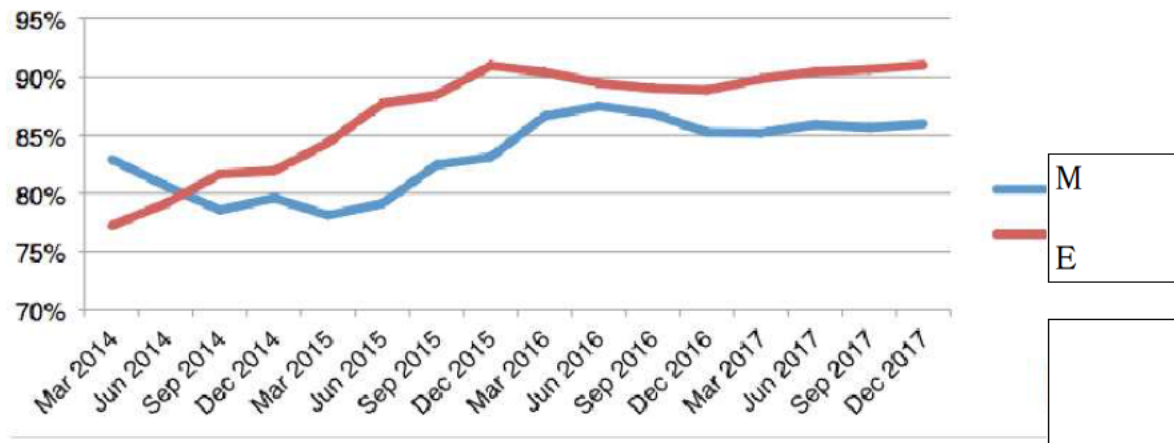


위와 같은 고착효과 현상은 비단 국내에서만 나타나고 있는 것은 아닌 바, 2018년 BJ(BJ)가 미국 소비자를 대상으로 한 조사 결과에 따르면, E와 M에 대한 소비자 충성도(새로운 휴대전화를 구매할 때 기존 스마트폰의 운영체제를 탑재한 기기를 선택하는 비율)는 2015년 이래 꾸준히 증가 추세에 있었고, 2016. 1.부터 2017. 12.까지 E에 대한 소비자의 충성도는 89~91%이었으며, M에 대한 소비자의 충성도는 85~88%이었다(아래 [그림 2]).

[그림 2] 미국 소비자 모바일 OS 충성도

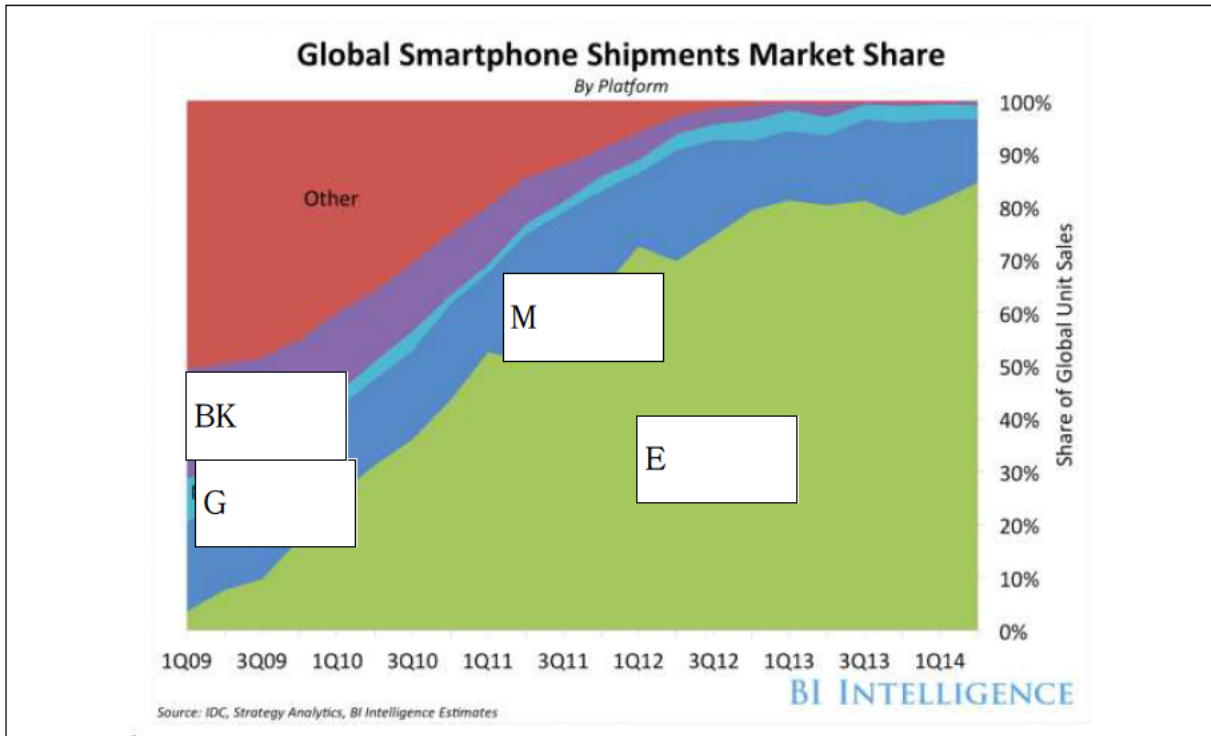


또한 원고들이 들고 있는 위 설문조사는 2013년경 이루어진 것으로서 스마트폰이 출시된 초기 조사에 해당하는데, 미래창조과학부 산하 BM의



2015년 조사에서도 스마트폰 구매 시 단말기 외형(디자인)을 고려하는 경우가 56.0%로 가장 많았고, 단말기 가격 44.1%, 이동통신사 34.5%, 단말기 화면 크기 34.5%인 데 반하여 운영체제를 고려하는 경우는 10.6%에 불과했던 점, 라이선스 가능한 다른 스마트 모바일 OS는 대부분 E로 대체된 점(아래 [그림 3]) 등을 종합해 보면, 스마트폰 시장의 형성 초기인 2013년 이전에는 소비자 선호의 불확실성과 비교적 낮은 전환비용으로 인해 OS가 다른 스마트 기기 사이에 구매 전환이 비교적 활발했을 수도 있으나, 자신의 선호에 맞는 기기를 상당 기간 사용하여 전환비용이 커진 후에는 OS가 다른 기기로의 구매 전환 의향이 낮아졌다고 보는 것이 타당하다.

[그림 3] 전 세계 스마트폰에 탑재된 OS 시장점유율 변화 추이



이는 앱마켓의 경우도 마찬가지로, 2018년 BJ의 조사에 따르면 소비자의 스마트폰 구매 전환에 영향을 미치는 여러 요인 중 앱마켓이 차지하는 비중은 1.7%에 불과한 것으로 나타나고 있는바(아래 [그림 4]), 앱마켓에 대한 최종 소비자의 선호도라는 간접적인 경쟁압력만으로 관련상품시장 획정을 달리 할 것은 아니라고 보아야 한다. 따라서 기기 이용자들의 OS 선호 및 대체가능성에 따른 경쟁압력으로 인하여 N의 M 및 이에 기반을 둔 R까지 고려하여 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장 전체로 관련시장을 획정하여야 한다고 보기는 어렵다.

[그림 4] 스마트폰 이용자의 이전-현재 다른 브랜드 사용 이유

■ 이전-현재 다른 브랜드 사용 이유				
(Base: 이전-현재 다른 브랜드 사용자, N=295, 단위 %)				
	전 체	현 보유 브랜드		
		삼성	애플	엘지
(사례수)	(295)	(151)	(56)	(66)
단말기 가격, 보조금 지급, 통신요금, 사은품 제공 등 거래조건이 좋아서	27.5	25.2	3.6 ▼	40.9 ▲
성능/사양/스펙이 좋아서 (카메라, 화질, 배터리, CPU, 저장 용량 등)	23.7	28.5	23.2	21.2
단말기 크기/디자인(모양, 재질, 색상 등)이 마음에 들어서	13.6	8.6 ▼	30.4 ▲	13.6
해당 브랜드를 선호해서	9.8	9.3	17.9 ▲	6.1
A/S 등 사후 서비스가 우수/편리해서	5.4	7.9	1.8	4.5
외부 버튼(전원/볼륨/홈 버튼), 스마트 펜 등 조작 방식이 편리해서	4.4	5.3	0.0	6.1
스마트폰 조작환경(키보드 자판 입력, 화면 및 메뉴 구성, 앱 배치 및 실행 방식 등)이 편리해서	4.1	5.3	3.6	3.0
구글플레이/원스토어에 좋은 앱이 많고, 사용하고 싶은 앱이 있어서	1.0	2.0	0.0	0.0
앱스토어에 좋은 앱이 많고, 사용하고 싶은 앱이 있어서	0.7	0.0	3.6	0.0
기타	9.8	7.9	16.1 ▲	4.5 ▼

⑤ 원고들은, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2007두25183 판결(이하 '티브로드 사건'이라 한다)을 들어, 위 사건에서 지역별 유료방송 가입자는 해당 지역의 유료방송사업자와만 거래하고 방송 프로그램 공급자는 각 지역의 유료방송사업자들과 중복해서 거래하는 상황에서 프로그램송출서비스 시장의 관련지역시장 범위를 전국이라고 본 것을 예로 들면서, 앱 개발자들이 여러 앱마켓에 멀티호밍(multi homing)하고 있어 A E와 N의 M를 아우르는 하나의 스마트 모바일 OS 시장으로 관련시장을 확정하여야 하고, 플랫폼의 양면시장적 성격을 고려하면 스마트 모바일 기기 시장에서는 기기와 OS 및 앱마켓이 하나의 단일한 플랫폼으로 경쟁하고 있으므로, N의 R 또한 포함하여 앱마켓 시장으로 관련시장을 확정하여야 한다고 주장한다.

그러나 티브로드 사건에서는 유료방송사업자인 개별 종합유선방송사업자가 권역별로 구분되어 소비자에게 프로그램을 송출하더라도 방송 프로그램 공급자 입장에서는 개별 종합유선방송사업자를 선택하는 것이 가능하여 전국 단위의 프로그램

송출서비스 시장이 관련시장으로 확정된 것이다. 원고들이 OS의 1차적인 수요자로서 거래상대방인 기기 제조사에 대한 관계에서 파편화 금지 의무를 강제한 이 사건 위반 행위가 시장지배적 지위 남용행위에 해당하는지를 판단하는 이 사건에서, 문제된 거래 단계와 관련하여 이 사건 위반행위의 거래상대방인 '기기 제조사'가 아니라 '앱 개발자'들이 A E와 N의 M에 멀티호밍을 하고 있고, 설령 M를 더 선호한다고 하더라도 기기 제조사들이 라이선스 불가능한 스마트 모바일 OS인 M를 자신들의 선호와 의사에 따라 선택할 수 없다는 것을 고려해보면, 티브로드 사건이 원고들의 '기기 제조사'에 대한 이 사건 위반행위에 관한 관련상품시장 확정의 적법 여부에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다.

⑥ 원고들은, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결(BL의 온라인 동영상 콘텐츠 광고제한 관련 시장지배적 지위 남용행위 사건)을 들어, 플랫폼이 가진 양면시장의 성격을 고려하면 스마트 모바일 기기 시장에서는 기기와 OS 및 앱마켓이 하나의 단일한 플랫폼으로 경쟁하고 있으므로, N의 R가 포함된 앱마켓 시장으로 관련 시장을 확정하여야 한다는 취지로도 주장한다.

위 사건은 BL가 온라인 동영상 콘텐츠 공급업체와 동영상 콘텐츠에 대한 색인 데이터베이스 제공계약을 체결하면서 BL에 제공하는 동영상에 BL와 협의 없는 광고를 게재할 수 없도록 한 행위가 문제된 것으로, 위 행위가 BL의 검색 서비스를 통하여 동영상 콘텐츠 공급업체와 이용자를 중개하는 과정에서 이루어진 점을 고려하여 관련시장을 인터넷 포털서비스 시장이 아닌 동영상 콘텐츠 중개시장으로 좁게 판단한 사안이다. 이는 결국 시장지배적 지위 남용행위가 이루어진 행위의 거래단계 및 거래상대방을 고려하여야 한다는 취지로서 앞서 본 이 사건 위반행위에 관한 관련상품

시장 획정에 반한다고 보기 어렵고, 앱마켓의 플랫폼으로서의 특성을 고려하여 앱 이용자 및 앱 개발자까지 고려하더라도 E 기반 앱마켓으로 시장이 확정되어야 한다는 점 역시 이미 살펴 본 바와 같다.

⑦ 원고들은, N과 같은 수직결합 기업이 최종재 시장에서 경쟁하는 경우 해당 기업의 시장점유율을 반영하여 시장지배력을 판단하여야 하고, 만약 N과 같은 수직결합 기업을 배제하고 스마트 모바일 OS 시장을 '라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장'으로 확정할 경우 E의 시장지배력이 과대평가될 수 있다고 주장하면서 BN(BN, 이하 'BN'라 한다)과 BOBO)의 기업결합 사건을 그 예로 들고 있다.

그러나 최종재 시장에서 앱 개발자 및 이용자들을 고려하더라도, 원고들의 거래상대방인 기기 제조사에 대한 이 사건 위반행위가 시장지배적 지위 남용행위에 해당하는지를 판단함에 있어 관련상품시장은 '라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장' 및 'E 기반 앱마켓 시장'으로 확정되어야 함은 앞서 본 바와 같다. 또한 BN와 BO의 기업결합 사건의 경우, 항공기 제조사 4개사 중 3개사는 BN의 엔진을 사용할 수 있고 나머지 1개사는 BO의 제품만 사용할 수 있던 상황에서, 그와 같이 엔진을 사용하는 회사가 달랐던 이유는 N과 같이 두 회사 중 1개사가 자사 비행기를 위한 엔진만 제조하는 폐쇄형 사업모델을 갖고 있었기 때문이 아니라, BN의 엔진은 2엔진 항공기에 사용하기에 적합하지만 BO의 엔진은 4엔진 항공기에만 사용할 수 있었기 때문으로, 최종재인 항공기에 대한 수요처인 항공사의 선호가 달라질 경우 항공기 제조사로서는 얼마든지 다른 기술사양의 항공기를 도입할 수 있고 그에 따라 다른 엔진을 구매할 수 있기 때문에 하나의 시장으로 판단된다는 것이다. 따라서 이 사건과는 사안을 달리하므로 이를 그대로 원용하기는 어렵다.

(4) 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장 획정은 위법하다는 주장에 관하여

(가) 관련 규정 및 법리

경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다(위 대법원 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2023. 4. 13. 선고 2020두31897 판결 등 참조). 한편 구 공정거래법 제2조 제8호는 '일정한 거래분야'를 '거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야'라고 규정하여 '경쟁관계가 성립될 수 있는 분야' 또한 일정한 거래분야의 개념에 포함시키고 있다.

(나) 판단

앞서 본 사실, 앞서 든 증거, 을 제234, 262호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 피고가 이 사건 위반행위의 관련상품시장에 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장을 포함시킨 것은 타당하다.

① 구 공정거래법 제2조 제8호는 '일정한 거래분야'에 대해 '거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야'라고 규정하여, 이미 경쟁관계가 성립된 분야뿐만 아니라 향후 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야 또한 일정한 거래분야에 포함될 수 있다고 명문으로 규정하고 있다. 이에 비추어 보더라도 상품화되기 전 단계이나 장차 경쟁관계가 성립될 수 있는 연구·개발 분야 또

한 일정한 거래분야로 파악할 수 있다고 봄이 타당하다.

② 위 대법원 2002두8626 전원합의체 판결 및 이후 선고된 대법원 판결에서도 실시한 바와 같이, 시장지배력을 지닌 시장지배적 사업자가 속한 시장뿐 아니라 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장의 경우에도 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장이 될 수 있다. 시장획정은 문제가 된 행위가 일어난 시장을 중심으로 하는 것이 원칙인데, 원고들은 모바일 분야에 관하여 계약을 체결하면서 그 범위를 그와 직접적인 관계가 없는 비모바일 분야까지 확대하였고, 이로 인해 당시 형성 초기 단계에 불과하였던 스마트 비모바일 OS 전체의 연구·개발 활동까지도 방해하였다. 따라서 기기 유형별로 OS 시장을 개별적으로 획정할 것이 아니라, 스마트 비모바일 OS 개발 시장을 인접시장으로서 하나의 시장으로 획정하는 것이 타당하다.

③ 스마트 비모바일 기기에 탑재되는 OS의 공급대체성을 고려하더라도, 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장을 하나의 시장으로 획정하는 것이 타당하다. 원고들을 비롯한 스마트 OS를 개발하는 사업자는 스마트 기기 전체를 아우르는 OS를 개발할 수도 있고, 기존 모바일 스마트 OS를 변형하여 다양한 기기에 사용되는 OS를 개발할 수도 있으며, 이러한 호환성이 해당 OS의 경쟁력을 좌우하기 때문이다.

④ 원고들은 스마트 TV, 스마트 시계 등의 일부 스마트 기기의 시장이 이미 형성되었다고도 주장하나, 이는 현재 시점을 기준으로 본 것으로, 원고들이 FA의 적용 대상 기기를 모든 스마트 기기로 확대한 2010년 말 또는 2011년 초경에는 스마트 비모바일 기기 자체가 거의 존재하지 않았던 점을 고려하면 위반행위 당시를 기준으로 관련시장을 획정하는 것이 타당하다.

⑤ 원고들은 제품화되지 않은 시장까지 통제하였고, 이 경우에는 그 제품에 대한 수요를 확인할 수 없기 때문에 수요대체성에 대한 평가가 불가능하다고 할 것인데, 피고는 이처럼 개발 단계에서 발생하는 혁신 활동²¹⁾에 대하여 공급대체성을 중심으로 시장을 획정하고 경쟁관계를 분석하는 방법론 중 하나로서 혁신시장 접근법을 활용하였다.

(5) U에 관한 시장획정은 위법하다는 주장에 관하여

원고들은, 기기 출하에 사용될 수 없는 미완성 소프트웨어에 대한 사전접근권이 거래대상이 되는 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS가 될 수는 없으므로, 출시 전 원고 A의 전유 E OS에 대한 사전접근권은 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에 속한다고 볼 수 없고, 이에 관한 시장획정 및 이를 전제로 한 원고 A의 시장지배력에 대한 판단은 위법하다고 주장한다.

관련시장 중 관련상품시장은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품들의 범위를 말하는 것인바(대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결 등 참조), 이 사건 위반행위는 원고들이 기기 제조사와 MADA, 사전접근권 계약을 체결하면서 이와 결부하여 호환성 약정을 함께 체

21) 피고가 이처럼 상품에 대한 구체적인 수요가 발생하기 이전의 상품의 연구·개발 단계에서 이루어지는 경쟁관계의 활동에 대하여 혁신시장 또는 연구·개발 시장 접근법을 원용하여 규제하게 된 이유는, 스마트 기기 시장과 관련하여 존재하는 네트워크 효과와 양의 피드백, 그리고 수익체증에 따라 승자독식 현상이 나타나는 경우가 많고, 원고들이 위와 같은 효과를 누리기 위해 스마트 비모바일 OS가 본격적으로 개발 및 출시되기 이전부터 경쟁자인 E 기반 포크 OS 개발 사업자들을 배제하고자 '모든 스마트 기기'에 파편화 금지 의무를 부과하는 이 사건 위반행위를 하였기 때문이다. 또한 이 사건 처분에서 '모든 스마트 기기'라고 표현된 것은 원고들이 기기 제조사와 호환성 약정을 체결하면서 MADA 및 U를 연계하고, 그와 동시에 기기 제조사에 대하여 파편화 금지 의무의 부과 범위를 '모든 스마트 기기'로 정한 것이 원고들의 이 사건 위반행위의 내용이기 때문으로, 이 사건 처분 제1항 가목 내지 바목은 이 사건에서 문제되는 원고들의 부당한 파편화 금지 조항의 내용을 그대로 인용한 것에 불과하다.

결함으로써 사실상 기기 제조사가 L OS 및 그에 기반을 둔 앱마켓을 탑재하지 못하게 한 것으로, 원고들이 E의 출시 버전과 무관하게 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 경쟁사업자의 포크 OS 및 앱마켓의 탑재와 시장 형성을 저해하고자 한 이상, 출시 전 E 버전은 시장이 형성되어 있을 수 없어 사전접근권에 관하여 별도로 시장을 획정하여야 한다거나 시장 획정 자체가 불가능하다고 볼 수는 없다. 원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

나) 관련지역시장

관련지역시장은 일반적으로 서로 경쟁관계에 있는 사업자들이 위치한 지리적 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 다른 모든 지역에서의 가격은 일정하나 특정 지역에서만 상당 기간 어느 정도 의미 있는 가격 인상 또는 가격 인하가 이루어질 경우 그 지역의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 지역 전체를 의미한다. 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품의 가격과 특성 및 판매자의 생산량, 사업능력, 운송비용, 구매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매자들의 구매지역 전환행태, 판매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영 의사결정 행태, 시간적·경제적·법적 측면에서의 구매지역 전환의 용이성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 그 외에 기술발전의 속도, 관련 상품의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 및 관련 상품을 기초로 생산되는 다른 상품에 관한 시장의 상황 등도 함께 고려하여야 한다(대법원 2019. 1. 31. 선고 2013두 14726 판결 등 참조).

스마트 기기 OS 및 앱마켓은 스마트 모바일 OS 시장이 가지는 낮은 지리적·언어적 장벽의 특성으로 인하여 전 세계 대부분의 지역에서 제약 없이 통용되고 있고,

스마트 기기 OS 사업자 및 앱마켓 사업자와 기기 제조사 사이의 계약은 일반적으로 지역별로 구분되지 않고 전 세계를 단위로 하여 적용된다. 스마트 기기 OS 사업자 및 앱마켓 사업자는 세계 대부분의 지역에 특별한 제약 없이 자신들의 OS 또는 앱마켓을 공급하고 있고, 기기 제조사 또한 전 세계 대부분 지역에서 동일한 OS와 앱마켓을 탑재한 기기를 제조·유통·판매하고 있다. 다만 중국에서는 F, A 검색, AW 등 대부분의 A 앱을 활용할 수 없는 점, 중국의 기기 제조사가 중국에 출시하는 기기에 대해서는 호환성 약정이 실효성 있다고 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 관련지역시장은 중국을 제외한 전 세계 시장으로 확정하는 것이 타당하다.

3) 원고 A의 시장지배적 지위의 인정 여부

가) 관련 규정

구 공정거래법 제2조 제7호에 의하면, '시장지배적 사업자'란 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 말하며, 시장지배적 사업자에 해당하는지 여부는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 구 공정거래법 제4조에 의하면 한 사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상이거나(제1호) 셋 이하의 사업자(시장점유율이 100분의 10 미만인 사업자는 제외)의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상인 경우(제2호) 그 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원 미만인 사업자는 제외)는 제2조 제7호의 '시장지배적 사업자'로 추정된다. 구 공정거래법 시행령 제4조 제2항에 의하면 여기서 '시장점유율'이라 함은 시장지배적 지위 남용행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 국내에서 공급 또

는 구매한 상품 또는 용역의 금액 중에서 당해 사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 차지하는 비율을 말하며, 시장점유율을 금액 기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량 또는 생산능력을 기준으로 산정할 수 있다.

이 사건 심사기준 Ⅲ.에 의하면, 당해 사업자가 시장지배적 사업자인지 여부는 시장점유율, 진입장벽의 존재 여부 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

나) 전 세계(중국 제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장

(1) 인정사실

(가) 시장조사기관 IDC에 따르면, 원고 A은 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 시장점유율이 2011년 50%를 초과한 이래 계속하여 50%를 초과하였으며 2019년에는 무려 97.7%의 시장점유율을 차지하였다(아래 [표 8]).

[표 8] 전 세계(중국 제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장점유율(IDC)

(단위: %)

OS 유형	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
E	38.0	72.0	87.4	91.8	93.2	94.2	96.4	97.0	97.7	97.7
BP	48.6	18.9	4.3	0.4	0.3	0.2	0.1	0.0	0.0	0.0
H	7.1	2.8	4.0	5.7	5.1	4.6	1.9	1.1	1.0	0.9
BQ/BR	0.4	0.2	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
BS	3.7	1.1	0.5	0.3	0.3	0.1	0.1	0.0	0.0	0.0
BT	1.1	2.7	1.3	0.2	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
J	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.2	0.2	0.1	0.1	0.0
BU OS	0.0	1.6	2.4	1.5	0.4	0.6	1.3	1.8	1.3	1.4

BV OS	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
기타	1.1	0.6	0.0	0.1	0.8	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0
합계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

(나) EC가 위에서 본 바와 같이 원고 A에 대하여 제재를 가하면서 조사한 원고 A의 전 세계(중국 제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장점유율은 2011년 72.0%를 기록한 이래 지속적으로 증가하였다(아래 [표 9]).

[표 9] 전 세계(중국 제외) 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장점유율(EC)

(단위: %)

OS 유형	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
E	0.0	0.7	7.2	38.0	72.0	87.4	91.8	93.3	94.2	96.4
BP	73.0	63.5	67.2	48.6	18.9	4.3	0.4	0.3	0.2	0.1
H	12.5	17.8	14.4	7.1	2.8	4.0	5.7	5.0	4.5	1.9
BQ/BR	0.0	0.0	0.1	0.4	0.2	0.1	0.0	0.0	0.0	0.0
J	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.2	0.1
BU OS	0.0	0.0	0.0	0.0	1.6	2.4	1.5	0.4	0.6	1.3
BW	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.1	0.1	0.1	0.0
AI	12.3	15.4	9.0	4.8	4.2	1.8	0.6	0.3	0.1	0.1
BX OS	2.2	2.6	0.5	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
BY OS	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
BZ	0.0	0.0	1.6	1.0	0.3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
기타	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
합계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

(다) BK(BK)에 의하면, BK는 BK OS와 BK10 모바일 OS를 개발하기 위해 수십억 달러와 수천 명의 인력을 투입하였다. CA(CA)는 'Y(Y)와 AJ(AJ)은 2011년 중반까지 AI(AI) 기반의 차세대 모바일 OS 개발에 누적 수억 유로를 투자하였고 연간 수천 명의 인원을 투입하였다'고 밝혔고, G(G)는 'CB와 RT 운영체제를 개발하기 위한 연구개발에 수백만 달러를 투자하였다. 개발 기간은 버전에 따라 다르며 보통 1년에서 3년 사

이이다. 2013. 6. 말경까지 최신 Windows Phone 플랫폼의 총 개발 비용은 수백만 달러이다. 이러한 비용은 다양한 지출로 충당된다. G의 최신 스마트폰 OS의 첫 출시작인 CC를 개발하는 데 오랜 시간이 걸렸다'고 밝혔다.

(라) CP)는 E OS를 당사 서비스에 실행하기 위한 최초 개발 비용을 약 5,000만 유로로, 소요기간을 1.5~2년으로 추정한 바 있다.

(마) BJ(BJ)가 2018년 미국 소비자를 대상으로 한 조사에서, E와 M에 대한 소비자 충성도는 2015년 이래 꾸준히 증가 추세에 있었고, 2016. 1.부터 2017. 12.까지 E에 대한 소비자 충성도는 89~91%이었으며, M에 대한 소비자 충성도는 85~88%이었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제234, 237, 247, 248, 250호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

(2) 판단

위 인정사실을 앞서 본 관련 규정에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하면, 원고 A은 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 시장지배적 사업자에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(가) 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 원고 A의 시장점유율은 2010년 38.0%에서 2011년 72.0%로 큰 폭으로 증가한 이래 2012년 87.4%, 2013년 91.8%, 2014년 93.2% 등으로 계속 증가하여 2019년에는 무려 97.7%의 시장점유율을 기록함으로써 2011년 이후 계속하여 50% 이상의 시장점유율을 차지하였다. 따라서 구 공정거래법 제4조 제1호에 의할 때 원고 A은 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 2011년부터 시장지배적 사업자로 추정되며(한편 2010년부

터 원고 A을 포함하여 셋 이하의 사업자의 시장점유율 합계가 75%를 초과하므로, 구 공정거래법 제4조 제2호에 따르면이라도 원고 A은 2010년부터 이미 시장지배적 사업자 이었던 것으로 추정된다), 다른 경쟁사업자의 시장점유율은 매우 미미한 수준에 불과하다.

(나) 스마트 모바일 OS의 개발에는 많은 비용과 시간이 소요된다. 또한 스마트 모바일 OS를 시장에 출시하기 위한 초기 연구·개발 비용과 이후 OS의 업데이트 및 후속 버전 출시를 위해서도 많은 비용이 지출된다. 이처럼 OS 개발에 드는 막대한 비용과 시간은 신규 사업자의 진입을 어렵게 하는 장벽으로 작용한다.

(다) 스마트 모바일 OS 시장은 강한 네트워크 효과가 나타나는 특징이 있고, 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 원고 A의 높은 시장점유율로 인하여 앱 개발자들은 우선적으로 E용 앱 개발에 집중할 것으로 보인다. 앱 개발자들이 라이선스 가능한 다른 스마트 모바일 OS를 위한 앱을 개발·공급하지 않게 되면, 소비자들 역시 보다 다양한 앱을 이용할 수 있는 E를 선호하게 된다. 이와 같은 네트워크 효과의 순환구조는 신규 사업자의 시장진입을 어렵게 하는 요인으로 작용한다. 실제로 2010년 이후 시장에 진입한 스마트 모바일 OS 중 시장점유율이 1% 이상인 OS는 BU OS 하나밖에 없고, 그 시장점유율은 2019년을 기준으로 1.4%에 불과하다.

(라) 기기 제조사의 경우에도, 기기에 탑재할 OS를 라이선스 가능한 다른 스마트 모바일 OS로 전환하고자 하는 경우 그 비용이 막대하고 많은 시간이 소요되기 때문에 OS 전환을 쉽게 선택하기 어렵게 된다. 이러한 사정 역시 신규 사업자의 시장진입에 장애요인으로 작용한다.

(마) 스마트 모바일 기기 이용자들의 경우 이른바 고착효과에 따라 시간이

지날수록 기존에 사용하던 OS에 대한 높은 충성도를 보인다. 이러한 사정은 기기 제조사로 하여금 E가 아닌 다른 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS를 탑재하고자 할 유인을 낮추는 효과가 있다.

다) 전 세계(중국 제외) E 기반 앱마켓 시장

(1) 인정사실

(가) EC 자료에 의하면 원고 A은 전 세계(중국 제외) E 기반 앱마켓 시장에서 앱 다운로드 수 기준 시장점유율이 2011년 50%를 초과한 이래 계속하여 50%를 초과하였고, 2019년에는 96.9%의 시장점유율을 차지하였다(아래 [표 10]).

[표 10] 전 세계(중국 제외) E 기반 앱마켓 시장점유율

(앱 다운로드 수 기준, 단위: %)

OS 유형	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
F	90~100	96.8	98.0	98.1	98.5	98.6	99.0	98.6	96.9
I S	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
CE	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
CF	5~10	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
CG	-	-	-	-	-	-	-	0~5	0~5
CH R	-	-	-	-	-	-	0~5	0~5	0~5
T	-	-	-	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
합계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

(나) EC 자료에 의할 때, E 기반 앱마켓별 스마트 모바일 기기에서의 선택재 비율은 아래 [표 11]과 같다.

(다) 원고들은 2019년경 I의 S가 이용시간, 다운로드 가능한 게임 앱 수 등

[표 11] E 기반 스마트 모바일 기기 앱마켓 선택재 비율(EC)

(중복 선택재 가능, 단위: %)

앱마켓	2011	2012	2013	2014	2015	2016
F	90~100	90~100	90~100	90~100	90~100	90~100
I S	30~40	40~50	40~50	30~40	30~40	30~40
AA CE	5~10	5~10	5~10	0~5	0~5	0~5
CF	0~5	0~5	0~5	0~5	5~10	5~10
CI	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
CJ	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5
CK	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5	0~5

을 고려할 때, F에 대한 수익잠식효과가 미미하다고 평가하기도 하였다.

I 관련 원고들 내부 자료(2019. 7.) 및 번역본	
원문 생략	
S의 F에 대한 수익 침식은 제한적	<ul style="list-style-type: none"> • 저희는 S로 인한 F 수익의 침식이 없거나 무시할만한 수준으로 생각합니다. <ul style="list-style-type: none"> ◦ 2018년 소비자 지출 기준 상위 50개 F 게임 중 4개만 S에 존재하며, 상위 100개 F 게임 중 7개가 존재합니다. 이러한 숫자는 최근 변하지 않았습니다. ◦ 저희의 추정과 가정에 따르면, 해당 스토어는 여전히 순수실 상태로 운영될 것으로 예상됩니다. ◦ S에서 '독점적인 히트작'의 부재 역시 (스토어의 수익이) 적자일 것으로 예상하게 한다. ◦ I폰 사용자가 F에서 60분을 보낼 동안 그들은 S에서 2분만을 보내고 있다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제141, 234, 237, 248, 250호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

(2) 판단

위 인정사실과 을 제242, 249, 259호증의 각 기재, 변론 전체의 취지에 의하

여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합하면, 원고 A은 중국을 제외한 전 세계 E 기반 앱마켓 시장에서 시장지배적 사업자에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(가) 원고 A의 중국을 제외한 전 세계 E 기반 앱마켓 시장점유율은 2011년 이래 줄곧 90% 이상을 차지하였고, 2019년에는 무려 96.9%의 시장점유율을 기록하였다. 따라서 원고 A은 구 공정거래법 제4조에 의하여 시장지배적 사업자로 추정된다.

(나) E 기반 스마트 모바일 기기에 원고들의 F가 선택재되는 비율은 2011년 이래 줄곧 90% 이상이었고, 이는 I S의 탑재 비율에 비하면 2배 이상이다.

(다) 앱의 수나 앱 개발자의 수를 비교해 보더라도 원고들의 F가 압도적인 지위를 차지하고 있다. F가 보유한 앱은 2015. 11. 150만 개, 2020. 3. 287만 개인데, 이는 CF의 2015. 9. 37만 개, 2020. 3. 49만 개를 크게 초과한다. 또 2016년 앱 개발자 수는 F의 경우 약 72만이었던 반면, CF는 약 6.9만에 불과하였다.

(라) 스마트 모바일 OS 시장과 마찬가지로 양면시장 내지 다면시장인 앱마켓 시장에서도 강한 네트워크 효과가 존재하고, 앱마켓 개발과 그 상용화에 막대한 비용과 시간이 소요된다. 이러한 높은 시장 진입장벽으로 인해 신규 사업자의 시장 진입이 어렵다.

(마) 원고들은 상당기간 동안 F에서 앱 사용자 등에게 인앱 결제를 강제하고 있는데(을 제242, 249, 259호증), 이는 원고들이 E 기반 앱마켓 시장에서 사실상 독점적인 지위를 누리고 있기 때문에 가능한 것이라고 보아야 한다.

라) 시장지배적 사업자 추정 및 시장지배력 관련 주장에 관하여

(1) 원고들은, 구 공정거래법 제4조는 일정한 거래분야에서 매출액 40억 원 미만인 사업자는 시장지배적 사업자로 추정되는 사업자에서 제외하고 있어 무료 상품에

대해서는 시장지배적 지위 남용행위에 관한 규정이 적용되지 않는다고 할 것인데, 원고들은 기기 제조사에 E 및 F를 모두 무상으로 제공하고 있으므로, 원고들을 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장에서 시장지배적 사업자로 추정할 수 없다고 주장한다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

(가) 을 제252, 253호증의 각 기재에 의하면, 원고들이 앞서 본 EC의 의결 이후 D에 대해서 2019. 2.부터 과금을 시작한 사실이 인정된다. 그런데 구 공정거래법 시행령 제4조는 구 공정거래법 제4조의 '연간 매출액 또는 구매액'의 의미에 관하여 '해당 사업자가 시장지배적 지위 남용금지 위반혐의가 있는 행위를 종료한 날이 속한 사업연도의 직전 사업연도의 1년 동안에 공급하거나 구매한 상품 또는 용역의 금액'이라고 정하고 있는바, 원고 A이 2020년 한 해에만도 62억 달러를 E 생태계에 투자한 점 등에 비추어 보면 원고들의 이 사건 위반행위 종료일이 속한 사업연도의 직전 사업연도(이 사건 위반행위가 종료되지 않았다고 볼 경우 피고의 처분이 있는 사업연도 또는 그 직전 사업연도)의 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 및 E 기반 앱마켓 분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원에 이르지 못할 것이라고는 결코 보이지 않는다.

(나) 원고들이 기기 제조사에 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무를 부담시키고 각종 앱을 기기에서 가장 유리한 위치에 독점적으로 탑재하도록 하는 의무를 부과함으로써 해당 앱의 사용과 관련된 매출이 발생하고 있으므로, 사실상 E 및 F를 무상으로 제공하고 있다고 보기 어렵다. 또한 구 공정거래법 제4조가 '일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원 미만인 사업자는 제외한다'고 정하는 취지는, 연간 매출액 또는 구매액이 40억 원 미만인 상대적으로 소규모인 사업자는 시장점유율

과 무관하게 충분한 시장지배력을 행사할 만한 자금력이나 진입장벽이 없다고 보아 시장지배적 사업자 추정에서 배제한다는 것인데, 원고들은 OS 및 앱마켓의 무상 배포로 상당한 수익을 얻고 있는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 매출액 40억 원 미만의 사업자로서 시장지배력 추정 규정의 적용이 배제된다고 볼 수 없다.

(다) 상품의 가격이 없는 시장에서 시장지배적 지위 또는 시장지배적 지위 남용행위의 존재를 인정하더라도 공정거래법의 문언에 반드시 반한다고는 볼 수 없다. 공정거래법 어디에도 시장지배적 지위 또는 시장지배적 지위 남용행위가 인정되기 위해 해당 시장의 상품에 가격이 있어야 한다는 명시적인 규정은 없다. 구 공정거래법 제2조 제7호 제1문은 시장지배적 사업자를 '일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자'로 정의하고 있는데, 여기서 가격은 수량이나 품질과 함께 시장지배적 사업자가 결정·유지 또는 변경할 수 있는 거래조건의 하나일 뿐, 위 조항을 반드시 가격이 존재해야 한다는 의미로 해석할 수는 없다. "시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다."라고 정하는 구 공정거래법 제2조 제7호 제2문 역시 반드시 상품이나 용역에 가격이 있을 것을 전제로 하고 있다고 보기 어렵다. 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제1호가 '상품의 가격이나 용역의 대가를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위'를 시장지배적 지위 남용행위의 하나로 들고 있고 위 시장지배적 지위 남용행위가 성립하기 위해서는 상품이나 용역에 가격이 존재해야 함이 문언상 분명하나, 이 사건에서 피고가 문제 삼은 원고들의 위반행위는 위행위가 아니다. 그 밖에 원고들이 드는 헌법 조항이나 입법 경위 등은 가격이 없는 상

품의 경우에는 어떠한 경우에도 공정거래법의 조항이 적용될 수 없다는 근거가 되기는 어렵다.

(라) 원고들이 드는 독일 사례와 같이 상품이나 용역의 가격이 없는 경우에도 시장이 형성될 수 있다는 적극적인 법률의 규정을 둘 것인지는 입법기술상의 문제로서, 반드시 위와 같은 명문의 규정이 있어야만 무료 상품에 대해서도 시장을 확정하고 시장지배적 지위 남용행위가 존재한다고 판단할 수 있다고 볼 것은 아니다. 무료 상품에 대한 과도한 규제 우려는 상정하기 어려울 뿐 아니라, 그러한 우려는 유료 상품과 마찬가지로 시장지배적 지위 남용행위의 요건 해당 여부를 신중하게 판단함으로써 불식시킬 수 있는 것이므로, 법률의 규정과 충돌하지 않는 이상 명문의 근거가 없더라도 무료 상품에 대해서도 시장지배적 지위 남용행위를 적용할 수 있다고 봄이 타당하다.

(마) 공정거래법의 입법 목적은 '공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형있는 발전을 도모'하는 데 있다(제1조). 공정거래법의 규율 대상이 될 수 있는지, 규율 대상으로 삼는 것이 타당한지 여부는 위와 같은 입법 목적을 기준으로 판단하여야 하고, 법률이 요구하지 않는 가격의 유무를 근거로 판단할 수는 없다. 가격이 없는 상품이나 용역의 경우에도 만약 위와 같은 입법 목적에 비추어 규제의 필요성이 인정된다면 공정거래법을 적용할 수 있다고 봄이 타당하다.

(바) 이 사건에서 원고 A이 제공하는 E OS에 가격이 없는 것은, 원고 A이 이윤을 추구하지 않는 기업이어서가 아니라 단지 원고 A이 K는 무료로 제공하는 대신 앱마켓의 수익을 통해 이윤을 얻는 것을 사업모델로 삼고 있기 때문이다. 스마트 모바

일 OS 시장과 앱마켓 시장은 위에서 본 바와 같이 거래되는 상품 또는 용역이 다르고 수요대체성과 공급대체성이 있다고 할 수 없다는 점에서 다른 시장으로 확장함이 타당하기는 하지만, 모든 앱은 특정 OS가 탑재된 기기에 설치되어 그 OS를 소프트웨어로 하여 작동할 수밖에 없으므로 그러한 앱이 판매되는 앱마켓과 OS는 불가분의 관계에 있고, 여기에 원고 A의 사업모델이 가능한 이유가 있다. 원고들은 스마트 모바일 OS 시장에서뿐만 아니라 앱마켓 시장에서도 시장지배적 사업자의 사업활동 방해행위와 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위를 하였고 이로써 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장에서 경쟁이 제한되는 효과를 낳았으므로, 이러한 원고들의 이 사건 위반행위에 대하여는 공정거래법의 시장지배적 지위 남용행위를 적용할 수 있다고 봄이 타당하고, 그중 스마트 모바일 OS 시장에서의 행위 부분에 관하여는 단지 원고 A이 K를 무료로 제공한다는 이유로 해당 부분만 떼어내어 시장지배적 지위 남용행위가 성립할 수 없다고 볼 것은 아니다.

(사) 원고들은, 설령 무료상품에 대한 시장지배력 개념을 인정할 수 있다고 하더라도 원고 A은 품질을 저하할 유인이 없고 실제로 품질을 저하시킨 바도 없으므로 여전히 스마트 모바일 OS 시장에서 원고 A의 시장지배력은 인정되지 않는다고 주장한다. 즉 사업자가 가격을 인상시킬 수 없다면 품질을 저하시킴으로써만 초과이윤을 얻을 수 있는데, 경쟁이 치열한 스마트 모바일 OS 시장의 환경상 원고 A이 E OS의 품질을 저하시킬 아무런 이유가 없고 실제로 저하시킨 바도 없으므로, 원고 A의 시장지배력을 인정할 수 없다는 것이다. 그러나 이는 어디까지나 원고 A이 오로지 스마트 모바일 OS 시장에서만 이윤을 얻고자 한다는 잘못된 전제에 선 주장이고, 앞에서 본 바와 같이 원고 A은 K를 무료로 제공하는 대신 앱마켓을 통해 이윤을 얻고 있으므로, 원

고들의 이 부분 주장도 타당하지 않다.

(2) 원고들은, E가 오픈소스로서 갖는 특성상 스마트 모바일 OS 시장에서의 진입장벽이 낮기 때문에 원고들이 공개된 E로 시장지배력을 보유하고 이를 행사하는 것을 불가능하다고 주장한다. 그러나 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장의 네트워크 효과와 스마트 모바일 OS 및 앱마켓 개발에 소요되는 막대한 시간과 비용으로 인하여 신규 사업자의 진입이 어렵다는 점은 앞서 본 바와 같고, K가 오픈소스 형태로 제공된다고 하더라도 이에 기초한 각종 E 계열의 OS가 서로 완전히 동일하지 않고 상호 경쟁관계에 있는 이상 해당 시장에서 경쟁의 촉진이나 저해, 시장지배적 사업자의 등장 모두 가능하다고 할 것인데, 앞서 살펴본 시장점유율에 의하면 원고들은 관련상품시장에서 지배적 지위에 있음을 알 수 있다.

(3) 원고들은 앱마켓 시장에 관하여, 시장지배력의 판단은 매출액을 기준으로 하여야 하고 앱 다운로드 수를 기준으로 할 수 없다고 주장한다. 구 공정거래법 시행령 제4조 제2항은 '시장점유율'을 금액 기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량 또는 생산능력을 기준으로 산정할 수 있다고 정하고 있고, 원고들과 같은 플랫폼 사업자들은 네트워크 효과에 따른 이익을 누리기 위하여 무료로 스마트 모바일 OS 및 F를 제공한 후 앱마켓에서의 매출 및 무료로 다운로드 되는 일부 앱²²⁾의 광고 수익 등을 통하여 수익을 얻고 있으므로, 앱 다운로드 수를 기준으로 점유율을 판단하는 것이 위법하다고 보기 어렵다.²³⁾ 원고들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

(4) 원고들은, S 및 T가 탑재되는 국내의 특수한 경쟁상황을 고려하면 원고들

22) 원고들의 F의 2020년 기준 무료 앱의 비중은 96.4%, N R의 무료 앱의 비중은 90.8%이다(갑 제57호 증).

23) 매출액을 기준으로 시장점유율을 판단하더라도 원고들의 시장점유율은 90% 이상으로 구 공정거래법 제4조에 따라 시장배적 사업자로 추정된다(갑 제1호증 117쪽).

의 시장지배력을 달리 평가하여야 하고, 국내에서의 S 및 T의 선택재 비율에 비하여 원고들의 F 선택재 비중이 37~39%에 불과하므로, 원고들의 시장지배적 지위를 인정할 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 S나 T를 포함하여 중국을 제외한 전 세계 E 기반 앱마켓 시장에서 원고들의 시장점유율에 기초한 시장지배력이 넉넉히 인정되는 점, 심지어 N의 R까지 포함하더라도 2021. 9. 기준 원고들의 국내 앱마켓 점유율이 71.9%에 달하는 데 반해, N의 R는 13.6%, T는 14.5%에 불과한 점(을 제259호증), 원고들의 F와 달리 S는 I의 기기 외에는 탑재될 수 없어 원고들의 앱마켓과는 경쟁 상황이 전혀 다른 점, T 등의 위 점유율만으로는 원고들의 F에 기초한 시장지배적 지위를 부정할 수 없고, 오히려 T가 F에 비해 낮은 수수료로 앱을 제공하였음에도 불구하고 원고들과의 경쟁에서 뒤처지게 된 점 등을 고려하면, 원고들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

(5) 원고들은, 원고들과 N 사이의 경쟁관계의 존재는 시장지배적 지위 추정 복멸 사유에 해당하여 원고들의 시장지배력을 인정할 수 없다고 주장한다. N의 M를 포함한 스마트 모바일 OS 점유율은 2011년 E가 47.0%, N의 M가 23.4%, BP이 14.3%를 기록한 이래 E의 점유율이 꾸준히 증가하여 2019년 E의 스마트 모바일 OS 점유율은 82.6%, N의 M 점유율은 15.9%를 기록하였는바, N의 M 및 N의 R를 고려하더라도 원고 A은 시장지배적 사업자로 추정된다.²⁴⁾ 시장지배적 사업자 개념이 독점시장에서만 인정되는 것이 아닌 이상, 경쟁사업자의 존재를 이유로 시장지배적 사업자가 아니라고 볼 수는 없다.

마) U에 관한 시장지배력 판단은 위법하다는 주장에 관하여

원고들은, 사전접근권에 대한 관련시장 획정 및 시장지배력 판단이 가능하다고

24) 원고들 역시 N M 및 R를 포함하더라도 시장지배적 사업자로 추정된다는 점 자체는 인정하고 있다 [2023. 2. 3.자 원고 준비서면(7) 79쪽].

고 하더라도 2019~2020년 전 세계 상위 30개 E 기기 제조사 중 사전접근권 계약 체결 비중은 30%에 불과하고, 특히 E 10을 출시한 뒤 8개월이 지난 시점에도 해당 E 버전을 탑재한 비율도 8%에 불과하여 어떠한 시장지배력도 상정할 수 없고, 나아가 피고가 주장하는 U를 통한 호환성 약정 강요는 스마트 모바일 OS와 관련된 것일 수밖에 없다고 할 것인데, 스마트 비모바일 기기 분야에서 원고들의 점유율은 5~10%에 불과하여 시장지배력이 있다고 볼 수 없는데도 피고가 사전접근권에 관한 관련시장 획정 및 시장지배력 판단을 일체 생략한 채 이 사건 처분을 하였다면서 이 사건 처분 중 U에 관한 부분은 위법하다고 주장한다.

앞서 본 바와 같이 원고들의 E 출시 버전과 무관하게 원고들의 이 사건 위반 행위와 관련된 상품시장은 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장이고, 원고들의 시장지배적 지위는 적어도 시장점유율이 단독으로 50%를 초과한 2011년부터로 추정되며, 이를 기초로 피고가 시장지배력을 판단하고 이 사건 처분을 한 이상 U에 관하여 시장지배력을 상정할 수 없다는 원고들의 주장은 받아들일 수 없다.

또한 이 사건 처분에서 스마트 비모바일 기기에 관한 부분은, 그 기기에 관한 시장이나 OS에 관한 것이 아닌 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS의 연구·개발이라고 하는 혁신 활동이 저해되는 효과가 발생하였다는 것이고, 이는 원고들이 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 시장지배적 지위와 시장지배력을 가지고 있음을 전제로 한 것이 아니라 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 시장지배적 지위를 가지고 있는 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 경쟁제한의 효과나 우려가 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 발생하였다는 것이다. 이와 다

른 전제에서 하는 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

다. 이 사건 위반행위의 부당성 판단

1) 인정사실

가) 원고들의 사업모델 설정

원고 A의 임원인 CL(CL)의 2010년 이사회 발표 자료 중 일부(특히 시장에서의 주도권 확보와 기기 제조사에 대한 통제에 관한 내용)는 아래와 같다.

원고 A의 임원(CL)의 이사회 발표 자료(2010. 10. 8.) 및 번역문

우리가 넘겨줘 버린 것에 대한 통제권을 어떻게 되찾을 수 있을까요?

- E의 빠른 채택은 오픈 소스 라이선스로 제공했기 때문이라고 생각합니다.
 - AN 라이선스 모델 덕분에 플랫폼을 통제하지 않는다는 강력한 신호를 보냈습니다(GPL 또는 이중 라이선스 모델과 비교).
 - A은 역사적으로 사업자에게 위협적인 존재로 여겨졌기 때문에, 통제권을 포기하는 것은 사업자가 E를 채택하는 데 있어 핵심적인 요소였습니다.
 - 이것이 E가 가장 상업적으로 성공한 AI 배포판 중 하나로 꼽히는 이유 중 하나입니다.
- 결론: 오픈 소스는 마찰을 줄입니다.**

만약 우리가 무언가를 넘겨주었다면, 어떻게 우리가 그 혜택을 확실히 누릴 수 있을까요?

표준을 주도할 수 있는 정책 만들기

- 우리가 만든 표준의 선도자가 되십시오 - 우리가 앞서 나가기 때문에 우리는 선두에 있습니다. 속도를 유지하는 것이 우리의 선두를 보장합니다.
- 공개적으로 개발하지 마세요. 대신 혁신이 완료된 후 소스 코드를 공개하세요.
- 선도적인 디바이스 개념: 당사 사양에 맞게 디바이스를 제작 및 배포하는 파트너 (예, AT 및 CM)에게 소프트웨어에 대한 조기 접근 권한을 부여합니다. 파트너는 비계약적 시장 출시 기간

의 이점을 얻고 그 대가로 당사의 표준을 준수합니다.

- 우리는 최초의 E용 앱 스토어를 만들었고 이 스토어는 빠르게 임계치를 달성했습니다. 이제 스토어는 가치를 인정받고 있으며 사용가능한 앱의 수가 많아 파트너가 스토어에 접근하기를 원합니다.
- 우리가 활성화한 생태계를 소유하세요: 앱 스토어를 발전시키세요. 규칙을 설정하세요. 개발자의 수익 창출 기회를 정의합니다. 개발자에게 API를 교육하세요. 개발자가 폭넓게 배포할 수 있는 한 곳을 제공합니다. 글로벌 기회 & 결제 시스템을 제공합니다. 개발자가 운영자와의 수익 공유를 통해 배포할 수 있도록 지원합니다. 다른 기기 및 다른 시장 부문(예: A TV)으로 앱 스토어를 확장합니다.

결론: 인센티브 제공 - 채찍이 아닌 당근 제공

당근은 건강에 좋지만, 채찍을 들고 다니는 것은 생명을 구할 수 있습니다

파편화방지계약

- 파트너가 파편화를 초래하는 행위를 하지 못하도록 방지합니다
 - E와 호환되지 않는 HW 또는 SW의 배포
 - 경쟁 SDK 제작 및 배포

D 계약

- A 서비스 배포를 통해 인센티브를 조정합니다
 - A 마켓 플레이스 및 앱에 대한 액세스 제공
 - 특정 서비스에 대한 수익 공유 가능
 - 본 계약의 일부로 체결된 파편화 방지

기기 프로그램 주도

- 선도적 기기를 구축하는 데 도움이 되는 OEM을 위한 E 소스 코드에 대한 사전 접근권을 제공
 - E 프로그램 참여 장려
 - A 서비스 설치 보장

파트너와 경쟁업체가 L를 개발하고 단독으로 가는 것을 막습니다

(이하 생략)

나) 호환성 약정 준수 요구로 인한 기기 제조사의 거래상대방 제한

원고들은 2010년 말경부터 수립된 위와 같은 E 내 경쟁사업자의 배제 및 기기 제조사에 대한 통제의 유지·강화라는 목적을 달성하기 위해 기기 제조사에 대하여 호환성 약정의 준수를 요구하는 방식으로 기기 제조사가 경쟁사업자와 거래하는 것을

제한하였다. 구체적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

(1) CN(CN)은 K를 변형하여 BU OS를 개발하였다. CN은 2013년경 'CO'라는 이름 아래 자신들의 BU폰 출시 외에도 기기 제조사에 BU OS를 라이선스 하는 방식으로 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에 진입하고자 하였다. 당초 CN은 CG(CG), AA, CP) 등 다양한 OEM 사업자들에게 접근하였으나, 이들은 원고들이 CO 참여에 대해 파편화 금지 의무 위반으로 볼 것을 우려하여 CN의 위 프로젝트에 참여하지 않았고 이에 CN은 HTC와 협의하게 되었다. 그러나 HTC가 CN의 BU OS를 탑재한 기기를 출시할 예정이라는 소식을 접한 원고들은 BU OS를 탑재한 스마트폰 출시가 FA 위반인지 여부를 검토하였고, 2013. 10. 19. 원고들 및 HTC 임원 회의에서 HTC에게 FA상 파편화 금지 의무에 관하여 지적하였다. 이에 HTC는 CN에 원고들의 호환성 테스트를 진행할 것인지를 확인하였고 진행 계획이 없음을 알게 되자 CN과의 협업 중단을 검토하기에 이르렀고, 결국 CN은 HTC에 BU OS를 라이선스하는 계획을 철회하였다.

(2) CQ는 2011. 7. L인 BV OS(BV OS)를 개발하였다. 중국 내수 시장을 넘어 세계에 진출하고자 한 CQ는 당시 전 세계에 기반을 둔 기기 제조사인 CR(CR)와 협력하여 BV OS를 탑재한 스마트폰을 출시하고자 하였다. CQ와 CR는 2012. 9. 14. BV OS 스마트폰 모델 CS을 출시하려는 계획을 수립하고 그 전날인 2012. 9. 13. 상하이에서 기자 설명회를 준비하였으나, 이를 인지한 원고들이 CR에 FA에 따라 E 호환 기기만을 출시하여야 한다면 BV OS를 탑재한 스마트폰을 출시할 경우 MADA를 해지할 수 있다고 고지하였고, 이에 CR가 BV OS 스마트폰 출시를 포기하여 위 기자 설명회는 결국 취소되기에 이르렀다.

다) 호환성 약정 준수 요구로 인한 기기 제조사의 L 기기 출시 제한

원고들은 2010년 말경부터 수립된 위와 같은 목적을 달성하기 위해 기기 제조사에 대하여 호환성 약정의 준수를 요구하여 기기 제조사가 K를 기초로 한 L를 탑재한 기기를 직접 출시하는 것 역시 제한하였다. 구체적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

(1) CT(CT)는 L OS인 'CU'를 개발하여 2010. 5.경 이를 탑재한 스마트폰인 'CV(CV)'을 중국시장에 출시한 후, 2011. 3. CU를 탑재한 태블릿 PC 'CW(CW)'를 중국 시장을 비롯한 세계시장에 출시하고자 하였다. 2010. 7.경 CT와 FA를 체결한 원고들은 위 소식을 접하고 CT에게 CU를 포기하고, CU용 앱 개발 도구(SDK)의 운용 또한 포기할 것을 요구하였다. 원고들은 CT가 CW에 당시 인기를 끌던 게임인 'CX'까지 선택재하려고 한다는 사실을 알게 되자, CX 게임 개발자에게 CT와 협조하지 말 것을 요구하기도 하였다. 그 결과 CT는 세계시장에 출시하는 기기에서 CU의 사용을 포기하게 되었다.

(2) 앞서 본 바와 같이 원고들은 면제기기 승인 요건으로 '면제기기용 앱 개발에 필요한 SDK 배포 금지, 면제기기용 앱마켓 설치 및 제3자 개발 앱 탑재 금지' 등을 요구하여 해당 기기 제조사가 직접 개발한 앱만을 탑재할 수 있게 하였다. 이로 인해 기기 제조사가 면제기기 승인을 받은 L 탑재 기기를 출시하는 것 역시 상당 부분 제한되었는데, 대표적으로 I는 2013년 K를 변형한 스마트 시계용 OS를 개발하여 이를 탑재한 스마트 시계인 'CZ'를 출시하고자 하였으나, 원고들의 FA에 따른 파편화 금지 의무 준수 요구로 인해 결국 K 기반 OS가 아닌 J을 탑재하여 2014. 2. DG를 출시하고, 이후 2014. 5. 30. 펌웨어 업데이트 방식으로 CZ의 OS를 J으로 변경하였다.

라) MADA를 이용한, 기기 제조사의 L 기기 출시 제한

원고들은 앞서 CR가 CQ의 BV OS를 탑재한 기기를 세계시장에 출시하려던 것을 MADA 계약 해지와 연결하여 압박함으로써 철회시킨 것과 같이, D 라이선스 계약인 MADA를 활용하여 기기 제조사에 파편화 금지 의무 준수를 요구하였다. 구체적인 사례는 다음과 같다.

(1) DB(DB)는 CQ의 L OS인 BV OS를 탑재한 기기를 제조하였다가 원고들의 요구를 수용하여 BV OS를 탑재한 기기를 출시하지 않을 것을 약속하였다. 그러나 원고들은 2016년 DB가 여전히 BV OS를 탑재한 기기를 출시하고 있다고 보고 MADA의 갱신을 보류하였고, DB가 더 이상 BV OS를 유통하고 있지 않다는 것을 확인한 후에야 비로소 MADA 연장계약을 체결하였다.

(2) CG는 2011년 L 기기인 셋톱박스(Set-Top Box)와 사전액자를 출시하고자 하였는데, CG가 위 기기에 제3자 앱을 탑재하고 면제기기 승인을 받으려고 하자 원고들은 CG의 이러한 행위가 파편화 금지 의무 위반에 해당한다고 보아 CG에 대하여 D를 탑재할 권한을 박탈하는 것까지 검토하였고, 이에 따라 CG는 제3자 앱을 탑재하는 것을 포기하였다.

(3) CQ는 2011. 8. DC(DC)와 협력하여 BV OS를 탑재한 스마트폰 DD을 출시하였는데, 원고들은 DC가 FA를 위반하였다고 보아 2012년경 DC와 사이에 MADA를 해지하였다.

마) 사전접근권 계약을 통한, 기기 제조사의 L 기기 출시 제한

원고들은 E 소스코드에 대한 사전접근권을 이용하여 기기 제조사를 통제하기도 하였는데, 구체적인 사례는 다음과 같다.

(1) 원고들은 2011. 2.경 DE가 '면제기기'를 E 기기로 홍보하고 E 로고를 사용하여, 제3자의 앱 스토어를 홍보하자 이러한 행위가 FA 위반에 해당한다고 보아 DE와의 사전접근권 계약 체결을 의도적으로 지연하였다.

(2) CN은 기기 제조사인 DF(DF)에 BU OS를 탑재한 태블릿 PC인 킨들 BU(BU) 1세대의 제조를 위탁하였고, 2011. 11. 15. DF가 제조한 기기를 출시하였다. 원고들은 킨들 BU 제조가 FA 위반이라고 판단한 후, 2011. 12. DF에 대하여 킨들 BU가 AP를 통과하여야 하고 그렇지 않을 경우 DF에 대하여 E 소스코드 사전접근권을 박탈하는 등의 조치를 취할 것이라고 밝혔다. 사전접근권 박탈의 위험에 직면한 DF는 CN에게 BU OS 탑재 기기 제조에 따르는 위험을 CN이 부담할 것을 요구하였고, 이에 CN은 DF와 사이에 DF가 사전접근권을 박탈당하거나 E 기술에 관한 특허 분쟁을 겪을 경우 발생하는 비용을 모두 부담하기로 하는 약정을 체결하였다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1호증, 을 제30, 41, 51, 52, 59, 60, 62 내지 66, 68 내지 70, 109, 174, 175, 183, 188, 196, 198 내지 200, 221, 231, 232, 237, 250호증의 각 기재, 변론 전체의 취지

2) 경쟁제한의 의도·목적과 경쟁제한의 효과 발생의 우려

가) 관련 법리

시장지배적 사업자의 사업활동방해행위가 그 지위 남용행위에 해당한다고 주장하려면, 그 사업활동방해행위가 상품의 가격상승, 산출량 감소, 혁신 저해, 유력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 증명하여야 한다. 사업활동방해행위로 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 사업활동방해의 경위 및 동기, 사업활동 방해행위의 태양, 관련시장의 특성, 사업활동방해로 인하여 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사업활동방해행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다. 그리고 이때 경쟁제한의 효과가 문제 되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다(위 대법원 2020두31897 판결 등 참조).

이러한 법리는 시장지배적 지위 남용행위로서 배타조건부 거래행위에 관해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 다만 시장지배적 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래행위는 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래상대방과 거래하는 경우이므로, 통상 그러한 행위 자체에 경쟁을 제한하려는 목적이 포함되어 있다고 볼 수 있는 경우가 많다(위 대법원 2013두14726 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 호환성 약정을 통한 경쟁제한의 의도·목적

앞서 본 사실, 앞서 든 증거, 을 제53, 87, 103호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 기기 제조사에 불이익이 되는 거래 또는 조건인 호환성 약정을 통하여 사실상 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 요구함으로써 시장에서 원

고들의 경쟁사업자를 배제하여 경쟁을 제한하고자 하는 의도나 목적이 있었다고 보는 것이 타당하다.

(가) 원고들은 E를 오픈소스로 공개하여 기기 제조사로 하여금 E OS를 채택하도록 한 후, K 오픈소스를 기반으로 구축된 E 생태계 내에서 형성된 원고들의 독점적인 지위를 바탕으로 기기 제조사들을 통제하고자 하였다. 이는 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장이 형성되고 스마트 비모바일 OS에 대한 연구·개발 활동이 이루어지던 초기인 2009년 또는 2010년경 원고들의 내부 문건을 통해 확인할 수 있다. 앞서 본 원고 A의 임원인 CL(CL)의 2010년 이사회 발표 자료(을 제51호증)에서도 볼 수 있듯이, 원고들은 E를 오픈소스로 배포하여 시장에서 빠르게 표준 OS로 채택되도록 한 후 이에 대한 통제력을 확보하여 수익을 창출하는 방안을 모색하였고, 그 방법으로 기기 제조사로 하여금 자신들의 표준을 지키도록 요구하고 위 표준의 준수를 조건으로 기기 제조사에 이익을 제공하고자 하였다. 특히 원고들이 기기 제조사들을 통제하고 L 기기의 출현을 막기 위하여 선택한 방법 중 대표적인 것이 바로 FA와 D, 그리고 E 소스코드에 대한 사전접근권이었다.

(나) 원고들과 기기 제조사가 체결한 FA는 그 내용이 모두 대동소이하다. 앞서 본 바와 같이 FA 제2.1항 (a)는 파편화를 초래할 수 있는 일체의 행위를 금지함으로써 포괄적이고 광범위한 의무를 기기 제조사에 부과하고 있다. FA 제2.1항 (b)의 (i)는 하드웨어는 E 호환 가능 기기만 공급할 수 있다고 정하고, 위 조항 (b)의 (ii)는 소프트웨어는 E 호환 가능 기기만 공급할 수 있다고 정한다. 원고들은 2010년경 내부 이메일(을 제53호증)에서 "우리는 파편화를 정의하지 않을 것이고 정의할 수도 없습니다. 앤디가 그것의 의미를 정의하기를 원하지 않는 한(저는 그렇지 않을 것이라고 생각

하지만), 우리는 그것을 그 단어 그대로 놔둘 필요가 있습니다[We will not and cannot define fragmentation. Unless Andy wants to define it(which I doubt), we need to leave the languaBN as is]."라고 한 바 있는데, 원고들은 의도적으로 '파편화'의 의미를 모호하고 추상적인 상태로 둠으로써 경쟁사업자의 출현을 저지하는 도구로 활용하고자 하였던 것으로 보인다.

(다) FA 제2.1항 (c)는 기기 제조사로 하여금 E 또는 E 호환 가능 기기로부터 파생된 SDK를 공급해서는 안 되고, E 또는 E 호환 가능 기기로부터 파생된 제3자 SDK를 개발하는 데 관여하거나 어떠한 방법으로든 홍보하는 데 관여해서는 안 된다고 정하고 있는데, 위 조항으로 인하여 기기 제조사들이 L를 직접 개발하거나 또는 라이선스 받아 이를 탑재한 기기를 출시하는 경우 L OS용 앱 개발에 필요한 SDK를 앱 개발자들에게 제공하거나 이에 관여할 수 없게 되고, 이는 L OS용 앱마켓에 다양한 앱들이 공급되지 못하게 하여 원고들의 F와 경쟁하는 경쟁사업자의 앱마켓이 성장하는 것을 결정적으로 저해하게 된다. 그리고 원고들의 내부 이메일(을 제87호증)에서도 원고들 스스로 인정한 바와 같이, 이는 원고들이 직접 의도한 것이다.²⁵⁾

(라) 원고들은 2010년 말경부터 E를 오픈소스로 배포하여 구축한 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서의 지위를 토대로 FA와 D, 그리고 E 소스코드에 대한 사전접근권을 활용하고자 하였고, 그에 따라 FA·V 등 호환성 약정과 D를 라이선스하는 계약인 MADA, W·U와 같은 E 소스코드에 대한 사전접

25) "제3자 SDK 배포 금지 조항과 같은 AO와 결부된 FA/V는 E 앱의 파편화를 방지하는 것이 핵심 포인트로, 우리는 파트너사들이 제3자 개발사들(CN Fire OS를 생각하시면 됩니다)에게 배포하기 위하여 그들만의 고유한 SDK를 개발(가령 K 포크를 만드는 것과 같은)하는 것을 원하지 않습니다[3P SDK, the whole point of FA/V which ties back to AO is to prevent fragmentation of the E apps. So we don't want the partners to go developing their own SDK (i.e. forking K) to distribute to 3P developers (think CN Fire OS).]."

근권 계약을 활용하여 기기 제조사들이 원고들의 경쟁사업자와 함께 또는 단독으로 L를 탑재한 기기를 출시하려고 하는 경우 기기 제조사에 압박을 가하는 등의 방식으로 기기 제조사의 사업활동을 방해하였다. 아울러 기기 제조사들에 파편화 금지 의무를 부과하고 이를 준수하는 기기 제조사에만 D를 라이선스하고 E 소스코드에 대한 사전 접근권을 부여함으로써 원고들의 경쟁사업자와 거래하지 못하도록 사실상의 강제력 또는 구속력을 행사하여 경쟁사업자를 배제하였다.

(마) 원고들은 경쟁사업자가 L를 개발하여 자신들의 경쟁자로 등장하는 것을 막기 위하여 FA 준수 여부를 신뢰하기 어렵다고 판단한 통신사나 소매업자와는 MADA를 체결하지 않기로 결정하기도 하였는데, 특히 소매업자의 경우 FA를 준수하기 위하여 원고들의 경쟁사업자인 CN이 개발한 OS를 탑재한 기기의 출시를 포기하지는 않을 것이라고 판단하기도 하였다(을 제103호증). 이러한 사정 역시 원고들이 FA와 MADA를 연계하여 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 경쟁을 제한하고자 하는 의도나 목적이 있었다는 것을 뒷받침한다.

(바) 원고들의 기기 제조사에 대한 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무 부과에 대해 기기 제조사들 또한 원고들의 시장을 통제하려는 의도에서 비롯된 것이라고 판단한 바 있고(을 제196호증), 원고들의 경쟁사업자였던 CN 역시 원고들이 파편화라는 개념이 명확하게 정의되지 않은 것을 이용하여 기기 제조사들로 하여금 다른 경쟁자들과 함께 사업을 하고자 하는 유인을 감소시키고 있다고 지적한 바 있다(을 제175호증). 이처럼 기기 제조사나 경쟁사업자들도 원고들이 파편화 금지 의무를 부과함으로써 경쟁사업자의 경쟁 OS 및 앱마켓 시장 진입을 방해하고, SDK 배포를 금지하여 경쟁사업자의 독자적인 앱 생태계 구축을 방해하고자 하며, 기기 제조사에 대한 규율

과 통제를 추구한다고 인식하고 있었다.

기어 1 프로젝트 관련 I 메일(2013. 7. 23.)
<p>제목 : Re:[B과제 FA] >> Re: Re: (Biscotto FA 예외승인 완료) Re10: Watch project-feedback from A and questions ; including biscotto</p> <p>A은 Fragmentation을 우려하고 있는 것입니다.</p> <p>A은 조만간 A Platform이 나오면 그 Platform 기반의 eco-system을 만들어 나갈 계획인데, 그전에 당사가 독자적으로 별개의 platform을 만들어서 open SDK/API를 publish하고 그 기반의 eco-system을 구축하게 되면 Watch 시장이 fragmented 되는 것이고 이것을 우려하는 것입니다.</p> <p>특히 당사의 platform이 E를 사용하고 있으니 더더욱이 우려하는 것입니다.</p> <p>(물론 이런 이유를 내세워서 시장을 control 하려는 의도도 있겠지요...)</p>
CN 답변서(2019. 2. 1.)
<p>5-1. A은 파편화방지협약(이하 "FA"라 합니다) 또는 E 호환성 협약사항(이하 "V"라 합니다)에 따라 제조업자들로 하여금 A이 승인하지 않은 E OS의 파편화된 버전을 개발, 이용 및 판매하지 못하도록 금지하고 있는 것으로 알려져 있습니다. 이와 같은 A의 호환성 정책이 귀사의 사업(예: 스마트폰 사업 및 모바일 OS 사업)에 어떠한 영향을 미쳤는지 상세히 설명하여 주시기 바랍니다.</p> <p>(전략) A의 FA상의 파편화라는 개념은 명확하게 정의된 개념이 아니며, 따라서 A이 그 해석에 있어 전적인 재량을 가질 수밖에 없습니다. 이처럼 FA는 그 적용범위도 넓고 내용도 모호하여, A이 이를 통해 자신의 뜻대로 분기금지정책을 실행할 수 있는 것입니다. 이와 같은 사실이 A과 사업을 하고 있는 OEM 사업자들과 이동통신사업자들로 하여금 다른 경쟁자들과 함께 사업을 하고자 하는 유인을 감소시키고 있습니다.</p>

(사) 원고들이 N의 M 및 R, 그리고 2010년경 출시된 P와 경쟁할 목적으로 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과한 것이라고 하더라도, 그러한 사정만으로는 원고들의 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서의 경쟁

제한의 의도나 목적이 부정될 수는 없다. 원고들이 N과의 경쟁을 위해 파편화 금지 의무를 부과한 것이라는 주장은, 오히려 원고들이 E 생태계 내에서 다른 L 개발 사업자를 배제함으로써 E 생태계 내에서의 경쟁을 제한하고자 하는 의도나 목적이 원고들에게 있었음을 보다 더 뒷받침하는 사정에 해당한다고 보는 것이 타당하고, 원고들이 N과 경쟁하고자 하였다는 점이 이를 위해 다른 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS의 등장 및 성장을 어렵게 한 것을 정당화하는 근거가 될 수는 없다(E와 M가 동일한 시장에 있다는 원고들의 주장에 의하더라도, 원고들의 행위는 2위 사업자와 경쟁하기 위해 3위 이하 사업자는 도태시키고 그 점유율을 자신이 흡수하였다는 것으로 요약할 수 있다).

(아) N과 달리 원고들이 짧은 기간 내에 스마트 모바일 OS를 개발할 수 있었던 것은 오로지 원고들의 연구·개발에 따른 것이 아니라 Z 구성원들의 기여가 작용한 결과이다.²⁶⁾ K라고 하는 오픈소스 프로젝트 하에서 원고들을 비롯한 다양한 구성원들이 E 개발에 참여하여 이를 출시하는 데 기여하였고, 따라서 이는 집단지성의 결과물로서 단지 원고들만의 전유물이 아니고 E 개발에 참여한 각 기업들이 그에 따른 이익을 향유할 수 있어야 마땅하다. 그러나 원고들은 오픈소스로 OS가 공개된 상황에서 기기 제조사를 통제하고 자신들의 시장 선도적 지위를 공고히 하고자 FA, D, E 소스코드에 대한 사전접근권을 활용하였다. 이처럼 원고들이 E 생태계 내에서 독점적인 지위를 유지하고자 다른 L 개발 사업자들과 기기 제조사의 거래를 방해하고 이로써 경쟁사업자를 배제한 행위가 경쟁촉진적이라거나 경쟁제한의 의도나 목적이 인정되지 않는 행위에 해당한다고는 볼 수 없다.

26) 앞서 본 바와 같이 E의 기반을 이루는 AH에 대한 원고들의 기여 수준은 2017년 기준 3%에 불과하다.

(자) '호환성'이란 기본적으로 'A E 탑재 기기에서 F를 통해 다운로드 받은 앱이 잘 작동하는 것'을 의미한다.²⁷⁾ 그런데 원고들의 사업모델 하에서는 원고들의 승인을 받은 A E 기기가 아닌 한 F를 포함한 앱 패키지인 D를 설치할 수 없고, A E가 아니라 L를 탑재한 기기에는 애초에 F를 탑재할 수도 없으며, 이를 통해 앱을 다운로드 받을 수도 없으므로, L 탑재 기기에서는 F를 통해 다운로드 받은 앱의 호환성 문제라는 것이 발생할 여지가 없다. 그럼에도 D를 탑재할 수 없는 L 탑재 기기에 대해서까지 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무를 부과하는 것은 '파편화 방지'라는 명목 하에 E에 기반을 둔 경쟁 포크 OS의 개발을 막고 나아가 이를 탑재한 기기의 판매를 저지하려는 경쟁제한의 의도 내지 목적에서 발현된 행위라고밖에는 달리 생각하기 어렵다. E가 아닌 다른 OS를 탑재한 기기에서 F의 앱이 원활하게 작동하지 않는다고 하여 E에 대한 평판이 저해될 이유는 없으므로, 원고 A의 기업 이미지를 위해 모든 기기에 대해 파편화 금지 의무를 부과하였다는 것도 설득력이 없다(EC 또한 같은 취지에서 D 미탑재 기기는 원고 A의 평판과는 무관하므로, D 미탑재 기기를 판매하지 못하도록 방해하는 것은 정당화될 수 없다고 판단한 바 있다²⁸⁾).

27) EC 의결서에서도 원고들이 밝힌 FA의 명시적인 목적은 개발자들이 만든 제3자 앱이 잘 구동되도록 E 실행의 기초를 정의하는 것이라고 설명되어 있다[The stated objective of the FAs "is to define a baseline implementation of E that is compatible with third-party apps written by developers." EC CASE AT.40099, A E, (2018. 7. 18.) 문단 (159)].

28) "A은 그 명성을 보호하기 위해 파편화 금지 의무가 필요하다는 점을 입증하지 않았다. A은 L를 판매하지 않기로 약속한 OEM 업체와만 MADA를 체결한다는 점을 감안할 때, L를 실행하는 기기 사용자들은 A 전용 앱에 접근할 수 없다. 따라서 L를 구동하는 장치가 어떠한 A 상표권도 관련되지 않은 상황이므로 사용자들이 해당 장치의 기술적 실패에 대한 책임을 A에게 돌릴 까닭이 없다. 따라서 A이 사용자 경험의 품질, 통일성, 그리고 독점 앱의 정확한 기능을 보장하기 위한 관점에서 D장치 검증을 위한 합리적이고 공정하며 객관적인 프로그램을 마련해야 한다는 객관적인 정당성은 있을 수 있지만, A 전용 앱을 미리 설치하지 않은 L를 기반으로 한 기기를 판매할 OEM의 자유를 A이 간섭하는 것이 정당화될 수는 없다."["...A has not demonstrated that the anti-fragmentation obligations are necessary to protect its reputation. In the first place, users of devices running Ls cannot Vess A proprietary apps, given that A only enters into MADAs with OEMs that commit not to sell Ls. As such, in the absence of any A trademark associated with devices running Ls, there

(차) 원고들은, 원고 A이 E를 오픈소스로 제공한 이상 파편화의 위험은 피할 수 없었고, 이에 원고 A의 경쟁력을 강화하고 E 생태계를 유지하기 위해 부득이 파편화 금지 계약을 체결한 것일 뿐 거기에 어떠한 경쟁제한 의도가 있었던 것은 아니라고 주장한다. 그러나 원고들의 말마따나 OS를 오픈소스로 제공하는 데는 이른바 파편화의 위험이 수반될 수밖에 없고, 그럼에도 E를 오픈소스로 제공하기로 선택한 것은 원고 A 자신이다. 원고 A이 이처럼 의도적으로 불리할 수 있는 선택을 한 것은 자신의 이익을 희생하고자 하는 어떤 이타적인 의도에서가 아니라, 장기적인 관점에서 시장점유율을 확보할 목적으로 우선 E 코드를 오픈소스 형태로 제공함으로써 자신이 OS를 통제하지 않는다는 점을 홍보하여 사업 초기 이용자들을 유인한 다음, 관련시장에서 어느 정도 영향력을 가지게 된 다음에는 파편화 금지계약을 체결함으로써 포크 OS의 출현을 차단하고 경쟁사업자를 배제하고자 하는 의도에서 비롯된 것으로 봄이 자연스럽다.

(카) 원고들은, 피고 주장에 의하더라도 원고 A이 2011년에야 시장지배적 지위를 취득하였는데, 원고들이 FA의 적용대상 기기를 스마트 모바일 기기에서 모든 스마트 기기로 확장한 시기는 원고 A이 시장지배적 지위를 취득하기 이전인 2010. 8. 경이므로, 원고들에게는 경쟁제한 의도가 없었다고 주장한다. 그러나 피고는 원고 A이 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 시장점유율이

is no basis for users to attribute to A the responsibility for any technical failures of those devices. Thus, while there may be an objective justification for A to have in place a reasonable, fair and objective programme for the verification of D devices, with a view to ensuring the quality and uniformity of the user experience and the correct functioning of its proprietary apps, there is no such justification for A's interference with the freedom of OEMs to sell devices based on Ls that do not pre-install A proprietary apps.], EC CASE AT.40099, A E, (2018. 7. 18.) 문단 (1172, 1173)

2011년 시장지배적 사업자 추정 시장점유율인 50%를 초과한 이래 계속하여 50%를 초과하였다고 판단하였을 뿐이고, 원고 A은 2010년에 이미 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 38%의 점유율을 보유하여, 1위 사업자인 BP (시장점유율 48.6%)과의 시장점유율 합계가 100분의 75 이상인 86.6%에 달하였으므로, 구 공정거래법 제4조에 따라 2010년경부터 이미 시장지배적 사업자에 해당하였던 것으로 추정되는바, 원고 A이 2010년 당시에는 시장지배적 사업자에 해당하지 않았음을 전제로 하는 원고들의 위 주장도 받아들일 수 없다.

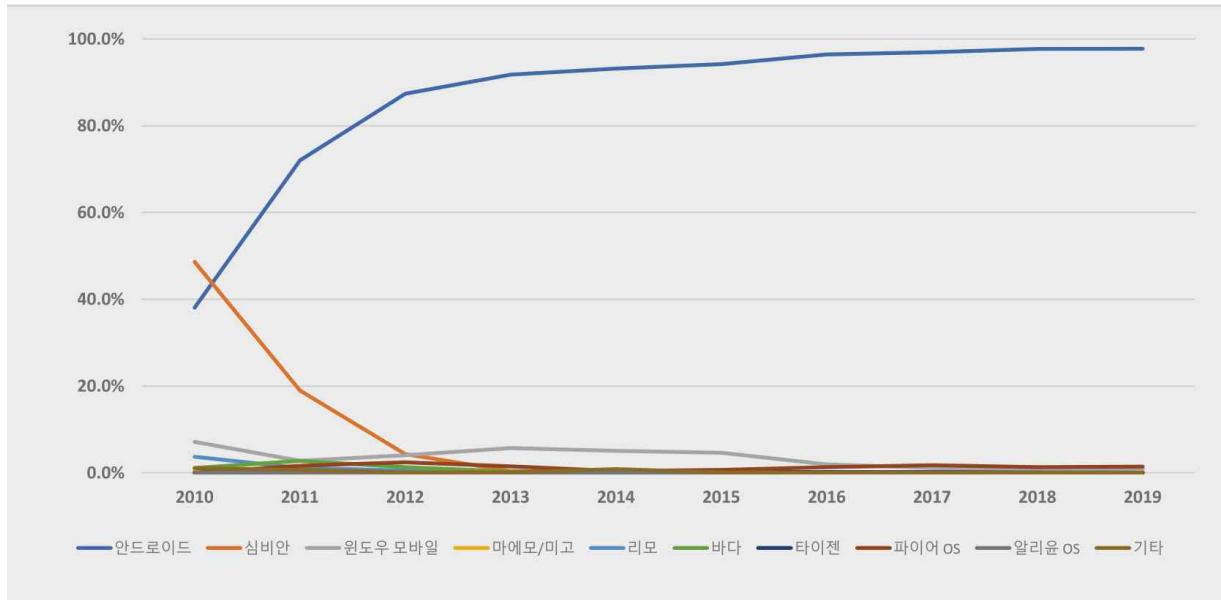
(2) 호환성 약정을 통한 경쟁제한의 효과 발생의 우려

(가) 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장

앞서 본 사실, 앞서 든 증거, 갑 제49호증, 을 제190, 206, 234, 235호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 종합해 보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 기기 제조사에 불이익이 되는 거래 또는 조건인 호환성 약정으로 인하여 스마트 모바일 OS 시장 및 앱마켓 시장에서 경쟁제한의 효과를 발생시켰거나 그 우려가 있는 행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

① 원고들이 호환성 약정을 통해 기기 제조사가 L를 직접 개발하거나 원고들의 경쟁사업자로부터 라이선스 받아 이를 탑재한 기기를 출시하는 것을 제한한 결과, 2010년경 38.0%였던 원고 A의 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서의 점유율은 2011년경 72.0%, 2012년 87.4%, 2013년 91.8% 등으로 아래 [그림 5]에서 보는 바와 같이 꾸준히 증가하여 2019년에는 97.7%에 달하게 되었다.

[그림 5] 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 E의 점유율 추이



② 원고들이 E를 출시한 2008년 이후 FA·V를 체결한 기기 제조사의 스마트 모바일 기기 시장점유율은 지속적으로 상승하여 2019년경 거의 90%에 달하고 있는데, 이는 원고들과 호환성 약정을 체결한 기기 제조사들이 그 위반에 따른 불이익을 감수하지 않기 위해 L 사업자와의 거래를 피한 결과로 보인다. 원고들의 이 사건 위반 행위로 인하여 L 사업자들은 자신의 OS를 탑재할 기기 제조사를 찾기 어려워졌으며 기기 제조사들 역시 스스로 L를 개발할 수 없었는바, 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 경쟁사업자의 시장 진입을 방해하는 봉쇄효과는 시간이 지날수록 더욱 강화된 것으로 보인다(아래 [표 12]).

[표 12] FA·V 체결 기기 제조사의 스마트 모바일 기기 시장점유율 현황

(단위: %)

	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
FA·V 체결 제조사	21.0	45.1	69.4	82.1	82.3	78.9	78.6	77.3	82.4	83.7	87.1
FA·V	70.6	49.8	23.7	9.4	8.3	9.0	7.9	7.7	4.7	5.2	4.9

미체결 제조사											
기타	8.3	5.1	6.9	8.5	9.4	12.1	13.5	15.0	12.8	11.0	8.0
합계	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

③ E 기반 앱마켓 시장의 경우를 보더라도, 원고들이 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서의 시장지배적 지위를 공고히 하고, 나아가 기기 제조사로 하여금 L OS용 앱을 위한 SDK를 배포하거나 이에 관여하는 것을 금지한 결과, 원고들의 F에서 사용할 수 있는 앱의 수는 폭발적으로 증가한 반면, L OS용 앱마켓에서 사용할 수 있는 앱의 증가는 미미한 수준에 그치게 되었다(아래 [표 13]²⁹⁾).

[표 13] 주요 E 앱마켓별 보유 앱 현황

구분	F	CI	CF	S
2015년	150만개(11월)		37만개(9월)	10~15만개(9월)
2016년	200만개(2월)	50만개(1월)	39만개(3월)	-
2017년	280만개(3월)	91만개(6월)	37만개(3월)	15~20만개(3월)
2018년	360만개(3월)	-	43만개(3월)	-
2019년	260만개(3월)	-	48만개(3월)	-
2020년	287만개(3월)		49만개(3월)	-

④ 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 관련시장에서 경쟁이 제한된 결과, 원고들은 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 독점적인 시장지배력을 보유하게 되었고, 이로 인해 기기 제조사들은 원고들의 경쟁사업자인 라이선스 가능한 스마트 OS 개발자들과 거래하거나 또

29) 출처: Statista (<https://www.statista.com/statistics/266210/number-of-available-applications-in-the-A-play-store>, <https://www.statista.com/statistics/307330/number-of-available-apps-in-the-CN-appstore/>), EC CASE AT.40099, A E, (2018. 7. 18.) 문단 (608)

는 직접 L를 개발하여 L를 탑재한 기기를 출시하는 것이 봉쇄·제한되어 결국 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 원고들에 대한 의존도가 높아졌다. 이로 인하여 E 기반 앱마켓 시장에서 원고들의 지위가 강화되어 기기 제조사들의 원고들에 대한 의존도 또한 더욱 높아졌다. 즉, I의 스마트 시계 CZ 사례에서 본 바와 같이 원고 A이 시장지배적 지위를 보유한 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 기기 제조사의 사업활동이 방해되고 경쟁 사업자가 배제되는 결과가 초래되었다. 또한 원고들과 경쟁하는 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS를 개발하는 사업자들의 시장 진입 역시 봉쇄·제한되었다(대표적으로 CN의 경우를 들 수 있다).

FA 관련 I 내부 자료(2018. 7. 13.)	
<p style="text-align: center;">A FA 대비 V 변경 내용</p> <p>□ A 입장 FA 계약 의미</p> <ul style="list-style-type: none"> - A은 E OS 변형을 방지하고 OS 호환성 유지 - 제조사가 새로운 형태의 디바이스를 개발/출시 할 경우에도 OS를 변형할 수 없도록 하여 신규 영역 주도권 확보 <p style="text-align: right;">(중략)</p> <ul style="list-style-type: none"> - 주요 쟁점사항 <ul style="list-style-type: none"> • A은 쏘제품 대상 E OS 변형 및 Eco 형성 불가입장 지속 • 당사는 휴대폰, 태블릿, 웨어러블, TV에 한해서만 수용, 그 외 제품군에 대해서는 E 변형 및 Eco 생성이 가능하도록 협상 中 <p style="text-align: right;">(중략)</p> <p>□ E 제품 출시시 고려사항</p> <ul style="list-style-type: none"> - A앱 탑재를 위해서는 MADA 및 V 체결 필요 <ul style="list-style-type: none"> • MADA: A 앱 선택재 및 배치, A 검색 및 Assistant 노출 의무화 	
E 관련 AA 내부 자료(2011. 3. 11.)	

OS별 상세 소개

■ A社の open source OS로서 다양한 A service 기본 제공

현황

- 최근 DA version 발표 (12/6)
- FA 요구하고 있음 (S3D, Dual Display 등 차별화 기술 구현을 위해 E 수정 시 A의 승인을 받도록 제약)

Risk/Weakness

- 잦은 platform version release (연 2-3회)로 인한 개발 및 upgrade 부담 가중
- 핵심 기능 일부 부재 (Video call, PC sync)
- Fragmentation
- A 내부적으로 Chrome OS와 경쟁
- 특허 소송 (잠재 Risk 있음)
- A 의존도 심화 (혁신 제품 개발, 제품 출시 일정 등 자사 독립적인 활동 불가)

CN 답변서(2019. 2. 1.)

5-3. A의 호환성 정책이 귀사 또는 기기 제조업체들로 하여금 Fire OS의 위탁 생산, 판매, 또는 그 밖의 협업을 제한하거나 방해하는지 여부에 대해 상세히 설명하여 주시기 바랍니다.

당사가 이해하고 있는 바로는, A은 다수의 스마트폰과 태블릿 PC, 스마트 텔레비전 제조업체들(OEM 사업자들뿐만 아니라 ODM 사업자들과 CM들)과 Z 회원들에게 FA를 강제하여 왔습니다. (중략)

이와 같은 FA가 당사에게 미친 영향은, 계약 과정에서 마찰을 야기하고, 당사의 파트너들이 잠재적으로 파편화방지를 위한 의무사항을 위반하는지 여부에 대한 사업 위험을 평가하는 과정에서 상당한 시간 지연을 야기하는 등, 매우 심각합니다. 결과적으로 FA는, 당사로 하여금, 당사의 CM 파트너들에게 보다 많은 비용을 지불하도록 하고, 추가적인 양보를 제공하도록 하였으며, 다양한 면책을 인정함으로써 당사가 보다 많은 위험과 비용을 부담하도록 하였습니다. 스마트 기기의 생산 및 Fire OS와 같은 스마트 OS의 판매에 있어서의 규모의 경제의 달성 과정에서 출시 시간이 갖는 중요성을 고려할 때, 파편화방지를 위한 규정들은 E OS로부터 분기된 OS 개발자들이 A과 경쟁하는 것을 제한하고 있습니다.

당사는, 많은 E OS 사용권자들이 A을 자극하거나 D 사용권이 박탈될 것을 두려워한 나머지, Fire OS를 스마트폰이나 태블릿 PC에 탑재하여 판매할 OEM 사업자들을 찾는 데에 어려움을 겪었습니다. 이와 같은 어려움과 D 없이 모바일 기기를 출시하는 과정에서 당사에 닥칠 험난한 도전들을 고려하여, 당사는 OEM 사업자와의 협업 대신 Fire OS를 당사가 개발한 기기에만 탑재하기로 결정할 수밖에 없었습니다.(이하 생략)

⑤ 한편 원고들은 2020. 9. 29.부터 F 내부 결제, 이른바 '인앱 결제' 의무화 정책을 기존의 게임에서 모든 디지털 콘텐츠 앱으로 확대 적용하였는바, 앱 개발자나 콘텐츠 개발자들의 반발에도 불구하고 결국 원고들의 뜻대로 이를 관철하였다. 이는 원고들이 관련시장에서 지배적 지위에 있기 때문에 가능한 일이었다고 보인다. 원고들의 위와 같은 사업정책 변화에 따른 비용은 소비자들에게 전가되었고, 독과점 시장에서 사회적 후생은 손실되었다.

⑥ 원고들은 피고가 이 사건 위반행위에 따른 가격 상승이나 산출량 감소 등을 증명하지 못하였다고 주장하지만, 시장지배적 사업자에 의한 시장지배적 지위 남용행위에 있어 경쟁제한의 효과는 시장에서 자유로운 경쟁을 제한하려는 의도나 목적이 인정되고, 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 인정되면 그 부당성을 인정할 수 있다. 상품의 가격 상승이나 산출량 감소는 경쟁제한 효과의 예시일 뿐 그 자체가 입증되어야만 구성요건에 해당한다고 볼 수 없고, 위에서 본 모든 사실 또는 사정은 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 혁신이 저해되고 원고들 이외에 E에 기반을 둔 OS 개발 사업자가 배제된 점에서 유력한 경쟁사업자 수의 감소, 제품의 다양성 감소와 같은 결과가 발생하였다는 점을 뒷받침하고 있다. 따라서 원고들의 이 사건 위반행위가 시장에서 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위

에 해당한다는 것을 넉넉히 인정할 수 있다.

⑦ 원고들은 앱마켓 시장과 관련하여, 아래 [표 14]와 같이 이 사건 위반 행위 기간 동안 국내 앱마켓 전체 매출액이 큰 폭으로 증가하였고, 앱마켓의 하나인 'T'의 매출액 역시 2015년 출시 이후 지속적으로 성장하였으며 그 점유율도 비슷한 수준을 유지하였으므로, 앱마켓 시장에서 경쟁제한효과가 발생했다고 볼 수 없다고 주장한다. 그러나 앱마켓 시장 전체의 매출액이 증가하였다는 점만으로는 앱마켓 시장 내에서 사업자들 간에 경쟁이 촉진되고 활성화되었다고 볼 수 없고, 앱마켓 중 하나인 'T'의 매출액이 증가하였다는 점 역시 앱마켓 시장 내에서의 경쟁 저해 여부와는 직접적인 관련이 없다. 나아가 아래 [표 14]에 의하더라도, 원고 A의 F 국내 앱마켓 시장점유율은 2012년 48.4%에서 2018년 63.1%까지 증가한 반면, F, R, T 등을 제외한 나머지 기타 앱마켓의 점유율은 2012년 7.7%에서 2018년 1.3%로 확연히 감소한 점에 비추어, 단지 T의 시장점유율이 연도별로 비슷한 수준으로 유지되었다는 점만으로 앱마켓 시장에서 경쟁제한 효과가 발생하지 않았다고 보기는 어렵다(더구나 T의 경우 국내 이동통신사들을 통해 출시되는 E 단말기에 선택재되기 때문에 점유율이 유지될 수 있었을 뿐이라고 보인다).

[표 14] 국내 앱마켓 사업자들의 매출액

(단위: 억 원, 점유율 %)

앱마켓		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
F	매출액	8,498	11,024	11,941	24,338	39,130	41,131	48,824	53,999
	점유율	48.8	48.4	49.1	51.1	58.0	60.5	62.7	63.1
N R	매출액	5,856	7,342	7,431	15,370	18,473	16,656	19,383	21,062
	점유율	33.6	32.2	30.5	32.3	27.4	24.5	24.9	24.6
T/국내R	매출액	1,824	2,670	3,008	6,131	7,563	7,775	8,605	9,403
	점유율	10.5	11.7	12.4	12.9	11.2	11.4	11.0	11.0

기타	매출액	1,229	1,754	1,955	1,788	2,311	2,437	1,073	1,144
	점유율	7.1	7.7	8.0	3.8	3.4	3.6	1.4	1.3
총 매출액		17,407	22,790	24,335	47,627	67,477	68,035	77,885	85,608

⑧ 원고들은, 앱마켓 시장에서 L OS를 통해서 유통되는 앱마켓의 유통이 차단된 것은 시장 자체에서의 배제에 따른 봉쇄효과가 발생한 것이 아니라 일부 특정 유통경로로부터의 배제에 불과하기 때문에 L OS가 아닌 주요 유통채널 내지 시장 자체에서 원고들의 이 사건 위반행위에 따른 봉쇄효과가 발생하였음을 피고가 증명하여야 한다고 주장한다. 그러나 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 L OS에 기반을 둔 앱마켓이 성장하는 데 어려움을 겪었고, 나아가 원고들 주장과 같이 E에 F가 아닌 경쟁사업자의 앱마켓이 탑재되어 유통될 수 있다고 하더라도, 이미 E와 그에 기반을 둔 F가 기기에서 가장 접근이 용이한 위치에 배치되는 등의 혜택을 기기 제조사로부터 받음으로써 S나 T 등의 성장이 저해된 점에 비추어 볼 때, 원고들의 이 사건 위반행위로 인한 L OS의 시장 진입 봉쇄는 그에 기반을 둔 앱마켓의 시장 진입과 성장 역시 저해하는 결과를 가져왔다고 보는 것이 타당하다.

(나) 스마트 비모바일 OS 개발 시장

① 이 사건에서 피고는 원고 A이 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 위 각 시장뿐 아니라 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 부당하게 경쟁을 제한하였거나 그러한 우려를 발생시켰다고 보았다. 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 관하여는 지배적 지위에 있는 시장(라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장)과 경쟁제한 효과가 나타나는 시장(라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장)이 다르다고 본 것인데, 이와 같은 경우에도 시장지배적 지위 남용으로 의율할

수 있는지가 문제된다. 그러나 다음과 같은 점에 비추어 보면, 지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과가 나타나는 시장이 다른 경우에도 시장지배적 지위 남용은 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.

㉔ 구 공정거래법은 제2조 제7호에서 '일정한 거래분야의 공급자나 수요자로서 단독으로 또는 다른 사업자와 함께 상품이나 용역의 가격·수량·품질 기타의 거래조건을 결정·유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 사업자'로서 '시장지배적 사업자'에 관하여 규정하고, 제3조의2 제1항 각 호에서 시장지배적 사업자가 하여서는 안 되는 시장지배적 지위 남용행위에 관하여 규정하고 있다. 시장지배적 지위 남용행위는 시장지배적 사업자가 그 시장에서의 지배적 지위를 남용하여 공정한 경쟁을 저해하는 행위를 하는 것이 핵심이므로, 그 성격상 남용행위는 지배적 지위에 있는 시장에서 이루어져야 한다고 봄이 타당하다. 그러나 시장지배적 사업자가 남용행위를 하는 것이 반드시 지배적 지위에 있는 시장이 아니라 다른 시장에서 경쟁을 제한하고자 하는 의도에서일 수도 있고, 실제로 어느 시장에서의 행위가 다른 시장에서의 경쟁을 제한하는 효과를 낳는 경우를 상정할 수 있는 이상, 지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과가 발생하는 시장이 같아야만 한다고 볼 필연적인 이유는 없다.

㉕ 공정거래법령의 규정에 의하더라도 경쟁제한 효과가 발생하는 시장이 지배적 지위에 있는 시장과 같은 시장일 것을 요구하는 취지의 조항은 찾아볼 수 없다. 지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과가 발생하는 시장이 다를 수 있다고 보더라도 법문에 배치되지 않는다.

㉖ 시장지배적 지위 남용행위를 금지하는 취지는 반드시 시장지배적 사업자가 지배적 지위에 있는 시장에서 경쟁사업자를 배제하고 그 지배적 지위를 더욱

공고히 하는 것을 막기 위함은 아니다. 구 공정거래법의 규정을 보더라도, 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제4호, 제5호 전단이 경쟁사업자를 배제하는 행위를 시장지배적 지위 남용행위의 한 유형으로 정하고 있지만, 동시에 제1호, 제2호, 제3호, 제5호 후단과 같이 경쟁사업자의 배제와는 무관한 행위 역시 시장지배적 지위 남용행위로서 금지의 대상이 된다. 또 독점사업자의 경우에는 당장 배제될 경쟁사업자란 존재하지 않지만, 이러한 경우에도 시장지배적 지위 남용행위가 성립할 수 있음은 물론이다. 결국 시장지배적 지위 남용행위는 구 공정거래법 제3조의2 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하면 성립할 수 있고, 반드시 그로 인한 경쟁제한 효과가 지배적 지위에 있는 시장과 같아야 하는 것은 아니라고 보아야 한다.

㉔ 최근 대법원 역시 재화(모뎀칩셋)를 판매하는 시장에서의 시장지배적 사업자의 '부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위'에 관하여, 이때 경쟁제한의 효과가 문제 되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장뿐만 아니라 그 시장의 상품 생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다고 판시함으로써(위 대법원 2020두31897 판결) 지배적지위에 있는 시장과 경쟁제한의 효과 또는 그 우려가 발생하는 시장이 반드시 같을 필요가 없음을 명시한 바 있다. 위 대법원 판결은 비록 재화를 판매하는 시장과 그 인접시장에 관한 것이기는 하나, 그 취지를 고려할 때 위와 같은 법리가 반드시 재화를 판매하는 시장에만 국한된다고 볼 것은 아니다.

㉕ 어느 사업자가 복수의 시장에 참여하는 경우는 매우 흔하다. 이러한 경우에 그 사업자가 어느 시장에서 시장지배적 지위에 있고 그 시장에서의 행위가 자

신이 참여하고 있는 다른 시장에 상당한 영향을 미칠 수 있는 관계에 있을 때(예를 들어 후방시장에서 시장지배적 지위에 있는 사업자가 전방시장에도 참여하고 있는 경우가 그러하다), 그 사업자로서는 한 시장에서의 시장지배적 지위를 이용하여 다른 시장에서 부당하게 점유율을 확대하고자 할 유인이 있다. 이와 같은 경우에는 한 시장에서의 시장지배적 지위가 다른 시장으로 전이되는 양상을 띠므로 경쟁제한성이 더 크다고 할 수 있고, 그만큼 규제의 요청도 더 강하다. 이러한 경우에는 지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과가 나타나는 시장이 다르다는 점이 시장지배적 지위 남용행위의 성립을 부정하는 사정이 아니라 오히려 더욱 긍정하는 사정에 해당한다고 봄이 타당하며, 남용행위가 시장지배적 지위에 있는 시장에서 있었던 이상 시장지배적 지위 남용행위로 규율할 수 있다.

㉞ 물론 시장지배적 지위 남용행위가 성립하기 위해서는 그 남용행위와 경쟁제한 사이에 인과관계가 있어야 하고, 남용행위가 이루어지는 시장과 경쟁이 제한되는 시장이 다른 경우에는 그 두 시장이 같은 경우보다 인과관계를 인정하기 어려운 경우가 더 많을 수는 있다. 지배적 지위에 있는 시장과 경쟁제한 효과가 나타나는 시장이 다를 수 있다고 보더라도, 시장지배적 지위 남용행위의 성립을 인정하기 위해서는 남용행위와 경쟁제한 사이에 인과관계가 있는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다.

② 나아가 앞서 본 사실에 을 제72, 120, 179, 190, 191, 194, 201, 206, 217, 260호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 지배적 지위에 있는 원고들이 그 시장지배력을 인접시장에 해당하는 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에 전이하여 경쟁제한의 효과가 발생할 우려가 있는 행위를 함으로써

혁신활동을 저해하고 차단하였음을 인정할 수 있다. 원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

㉔ 앞서 본 바와 같이 원고 A은 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 시장지배적 지위에 있는 시장지배적 사업자이다.

㉕ 원고들은 모바일 OS인 K를 기초로 Wear OS(스마트 시계), E TV(스마트 TV), E Auto(자동차) 등의 OS를 개발하였으며, I도 2013년에 스마트 워치인 기어 1을 출시할 때 K를 변형하여 스마트 워치의 OS를 개발한 적이 있어 스마트 모바일 OS의 변형을 통하여 스마트 비모바일 OS를 개발할 수 있는 것으로 보이는 점, 실제로 스마트 모바일 기기와 스마트 비모바일 기기의 연동이 활발히 이루어지고 있는 점 등에 비추어 보면, 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장은 라이선스 가능한 스마트 모바일 시장의 인접시장에 해당한다.

㉖ 원고들은 스마트 모바일 OS의 사전접근권 계약과 MADA를 체결하면서 스마트 모바일 기기뿐만 아니라 모든 스마트 기기에 적용되는 FA·V 계약의 체결과 이행을 강제하였다는 점에서 시장지배력 전이 행위도 존재한다.

㉗ 또한 다음 사정을 고려하면, 원고들의 이 사건 위반행위는 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 경쟁제한의 효과를 발생시킬 우려가 있는 행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

㉘ 원고들은 2010년 말경부터 FA의 적용 대상을 '모바일 기기'에서 '모든 기기'로 확대시킴으로써 스마트폰과 태블릿 PC를 제외한 스마트 기기가 개발되어 본격적으로 출시되기도 전에 기기 제조사에게 L를 탑재한 새로운 유형의 스마트 비모바일 기기를 출시하지 못하도록 하였다. 이로 인해 기기 제조사는 직접 스마트 비모

바일 OS 개발 및 상품화를 위한 혁신활동을 할 유인이 저해되었을 뿐 아니라, I의 CZ
이나 AA의 LTE 스마트 스피커의 사례에서와 같이 스마트 비모바일 기기의 출시를 방
해받기도 하였다.

⑥ K는 유연성이 높아 변형을 통해 다양한 OS로의 활용이 가능하고,
개발인력과 경험이 E 계열 OS 위주로 축적되어 있으며, 완전히 새로운 OS를 개발하기
에는 비용이 많이 소요될 뿐 아니라 기존 OS와의 연동성도 떨어지기 때문에, 기기 제
조사들로서는 오픈소스로 공개된 K를 활용하여 다양하고 새로운 유형의 스마트 기기
OS를 개발할 유인이 크다. 그러나 원고들의 호환성 약정은 기기 제조사가 L를 활용하
여 스마트 비모바일 OS를 개발하여도 이를 탑재한 기기를 출시할 수 없도록 하여 개
발 단계에서부터 혁신적인 경쟁 OS의 출현 가능성을 차단하였다.

I 답변서(2016. 10. 20.)

(2) 스마트폰 이외의 디바이스 제조 시 경쟁에 미치는 영향

(중략) 결국, 각 기기의 고유한 성격 등에 기인한 OS 변형 및 최적화의 필요성이 있음에도 불구하고
현행 FA는 이를 간과하여 그 수범대상을 모든 E 기기로 포괄적으로 지정함에 따라, 제조사들로부터
각 기기 별 특성에 맞춰 E OS를 수정 내지 변형하여 경쟁력 있는 신규 E 기기를 시장에 출시할 가
능성을 현저히 제한하고 있는 것입니다.

(중략)

반면, E에 기반하지 않은 OS의 경우 그 사용인구 및 개발자의 수가 적을 수밖에 없다 보니 플랫폼의
업데이트가 잘 이루어지지 않는 등 OS 자체의 성능 내지 경쟁력이 E OS에 비하여 현격히 떨어질
수밖에 없습니다. 일례로 J OS의 경우 관련 개발자 pool이 매우 협소한데다 개발환경까지 열악한 탓
에 E OS에 비하여 그 발전속도가 상당히 더딘 상태이며, 사실상 당사를 제외하고는 거의 아무런 제
조사도 이를 채용하고 있지 않은 실정입니다.

또한, 설령 위와 같은 사정에도 불구하고 완전히 새로운 비E OS를 개발해낸다고 하여도, 그 위에서
구동될 다양한 서비스와 앱의 개발이 활성화되기가 쉽지 않습니다. 변형 OS의 경우 기존 E OS 상의
개발자들이 그간의 축적된 기술과 노하우를 바탕으로 변형 OS에 맞는 앱 및 서비스들을 새로 개발
하는 것이 비교적 용이합니다. 반면, E에 전혀 기반하지 않은 새로운 OS의 경우에는 그에 대한 별도

의 Study가 수반되어야 하는 등 변형 OS의 경우와 비교하여 개발자들이 상당한 시간, 비용, 노력을 추가로 투입하여야 하는 부담이 있습니다. 이미 E OS가 독점적인 지위를 안정적으로 구축하고 있는 상태에서 굳이 개발자들이 위와 같은 비효율을 감수하면서까지 신규 OS에의 앱 및 서비스 등을 적극적으로 개발할 유인이 있을는지 의문입니다.

결국 위와 같은 일련의 사정이 제조사들에게는 E에 기반하지 않은 완전히 새로운 OS를 제조함에 있어 커다란 진입장벽으로 작용하게 되므로, FA에 대항하기 위한 대안으로서 제조사들의 완전히 새로운 비E OS 개발로의 도피가 이루어지거나 현실적으로 쉽지 않은 것입니다.

㉔ 원고들이 호환성 약정을 통해 기기 제조사로 하여금 새로운 포크 OS 기기에 앱마켓을 탑재하지 못하게 하고 앱 개발에 필요한 SDK를 앱 개발자들에게 배포하지도 못하게 하였는바, 이로써 OS 개발자들이 포크 OS 기반의 비모바일 OS를 개발하더라도 독자적인 앱 생태계 구축이 어렵게 되었다.

㉕ 호환성 약정에서 일부 L 기기에 대해 예외적으로 면제기기 출시를 허용하고 있다고 하더라도, 면제기기는 매우 엄격한 조건 하에 승인되므로, 그 요건상 L OS에 기반한 앱 생태계 구축은 여전히 방해받는다.

㉖ 스마트 기기 제조에 경쟁력이 있는 대부분의 기기 제조사가 원고들과 호환성 약정을 체결하고 있는 상황에서, 원고들의 경쟁 OS 사업자로서는 OS를 개발해도 이를 탑재해줄 기기 제조사를 찾기 어려워 혁신에 필요한 규모를 확보하기 곤란하다. 이러한 제약을 무시하고 L OS를 활용한 비모바일 OS의 상품화를 시도하기 위해서는 엄청난 비용 지출을 감수하여야 하고, 이로 인해 개발 단계에서부터 비모바일 OS 개발에 대한 혁신 유인이 떨어질 수밖에 없다. 그 예로 CN은 TV용으로 포크 OS(FTVE)를 개발하고 이를 다양한 TV에 탑재하고자 여러 기기 제조사와 접촉하였으나, 브랜드 파워를 지닌 대부분의 기기 제조사들이 호환성 약정에 따른 제약(CN의 FTVE 탑재 TV를 생산하는 순간 사전접근권 계약과 MADA가 해지될 수 있다)으로 인

해 CN과 협력할 수 없었다.

CN 답변서
<p>1. A의 호환성 정책이 귀사의 사업(예: 스마트폰 사업 및 모바일 OS 사업)에 어떠한 영향을 미쳤는지 상세히 설명하여 주시기 바랍니다.</p> <p>당사는 Fire OS를 탑재한 스마트 텔레비전을 생산할 OEM 제조사들을 물색하는 과정에서 막대한 어려움을 겪은 바 있습니다. E OS 사용권자들을 구속하는 광범위한 FA 규정 상의 제한들은, 이들 사용권자들로 하여금, 자신들이 E OS를 탑재한 스마트 텔레비전을 공급하고 있지 않음에도 불구하고 Fire OS를 탑재한 스마트 텔레비전을 생산할 경우 자신들이 다른 사업 영역(예컨대 스마트폰 사업)에서 이용하고 있는 D 라이선스가 위태로워질 수 있다는 우려를 가지도록 합니다.</p> <p>(중략)</p> <p>당사는 Fire OS와 이를 탑재할 기기, 그리고 이들 기기에서 이용될 앱들을 개발하는 데에 엄청난 시간과 막대한 비용을 투자하였습니다. A이 OEM 사업자들에게 부과하고 있는 파편화방지를 위한 의무 사항은, OEM 사업자들에게 당사의 라이선스를 제공함에 있어 심각한 장애 요소로 기능함으로써 당사의 그 간의 모든 노력을 무산시켰습니다. 이는, 당사의 투자에도 불구하고, 당사로 하여금 A과 효율적으로 경쟁할 수 있는 기회를 박탈하는 것입니다.</p> <p>적어도 7개의 스마트 TV OEM 사업자들이, A에 대한 계약상의 의무 또는 E의 설치가 요구되는 자신들의 다른 사업에 대한 불이익을 가하는 A의 보복 행위에 대한 우려로 인해, 위와 같은 관계를 맺는 것이 전적으로 불가능하거나(예를 들어, 지리적 범위에 있어) 상당 부분 제한될 수밖에 없다고 언급하였습니다.</p>

㉠ I와 AA 등 기기 제조사들은 원고들에게 호환성 약정에 따른 AO 준수로 인하여 로봇이나 드론과 같이 E에 기반을 둔 새로운 스마트 기기의 개발 및 출시가 저해되고 있음을 토로한 바 있다. 이처럼 원고들이 기기 제조사에게 불이익하고 불공정한 호환성 약정을 요구하고 이를 관철시키는 이 사건 위반행위로 인하여 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS의 연구·개발 활동에는 적지 않은 지장이 초래되고 있다.

I와의 고위급 미팅 관련 원고들 내부 문건(1)(2018. 3.) 및 번역문

I은 현재 FA의 임시 연장 기간 중에 있습니다. 가장 최근의 연장은 3개월로, 4월 말까지 지속됩니다. 그들은 4가지 “핵심” 품 팩터로 간주되는 모바일, 태블릿, 웨어러블, 그리고 TV 등이 FA/V에 포함되는 것에 우려를 표하고 있습니다. 그들은 V가 어떠한 다른 품 팩터를 지배하는 것도 원하지 않습니다. 우리는 이에 반대하고 있고, 핵심 AO 구조 및 품 팩터별 AO의 새로운 구조가 문제 해결에 도움이 될 것을 기대하고 있습니다. 우리는 현재 활발한 논의 중에 있습니다.

I와의 고위급 미팅 관련 원고들 내부 문건(2019. 6.) 및 번역문

V

MADA는 FA/V와 견고하고 방어적인 연결이 부족한 상태입니다. 그래서 EMADA 논의의 일부로, 우리는 EMADA와 FA간의 연결을 강화하고, I은 단기 FA 협약에 서명하였습니다.

FA/V에서의 주요 간극은 I이 아직 수립하지 않은 수직 분야에 대한 감독을 원하지 않는다는 것입니다. 예를 들어, 만약 그들이 로봇/드론을 위한 E 기반 OS를 개발하고 싶다면, 이것은 FA/V에 의해 관리되어야 할 필요가 없다고 생각합니다. 더구나, 그들은 어떤 새로운 형태 요소(및 OS)에 대해 미리 A에게 알리고 싶어하지 않으며, 이는 전반적인 생태계에게 너무 미리 정보를 제공하는 것으로 이어질 수 있다고 생각합니다.

I 답변서(2016. 10. 20.)

FA

② FA의 효과

(2) 스마트폰 이외의 디바이스 제조 시 경쟁에 미치는 영향

언급한 바와 같이 현행 FA는 종류를 불문하고 사실상 당사가 제조하는 ‘모든 기기’에 대하여 적용되고 있는데, FA는 스마트폰이 아닌 다른 새로운 기기를 개발하고자 할 때 특히 더 문제가 되고 있습니다.

제조사들은 E를 활용하여 비단 스마트폰 뿐만 아니라 Virtual Reality(VR), Augmented Reality(AR), Internet of Things(IoT), Connected Car 및 Wearable Devices 등 다양한 형태의 신규 기기를 개발

및 출시하고자 하는 유인 및 필요성이 충분합니다.

그러나 위 각각의 신규기기들은 기존 스마트폰과는 제품의 성격, 외형, 구성, 기능, 추구하는 가치 및 방향 등이 매우 이질적이기 때문에, E를 활용하여 해당 기기를 개발 및 출시하게 될 경우 각 제품의 서로 다른 특성을 고려하여 E OS 역시 제품별로 각 개별화·최적화할 필요가 있고, 그렇지 못할 경우 각 기기가 추구하는 가치, 성능 등을 최대한으로 구현하기 어려울 수 있습니다.

(중략)

결국, 각 기기 고유의 성격 등에 기인한 OS 변형 및 최적화의 필요성이 있음에도 불구하고 현행 FA는 이를 간과하여 그 수범대상을 모든 E 기기로 포괄적으로 지정함에 따라, 제조사들로부터 각 기기별 특성에 맞춰 E OS를 수정 내지 변형하여 경쟁력 있는 신규 E 기기를 시장에 출시할 가능성을 현저히 제한하고 있는 것입니다.

AA 임직원 진술조서(2020. 10. 6.자)

문) E를 사용한 기기는 모두 A에 사전 승인을 받는다는 것이죠?

답) 예. 그렇죠. E를 쓰는데, 호환되지 못한 기기는 면제를 요청하죠.

문) 2019년 1월 로봇에 관한 이메일에 대해 설명해 주십시오.

답) 지금 E는 로봇을 지원하지 않아요. 폰, TV, 오토 이런 것들은 지원을 하고요. device other types도 예전엔 있었지만 지금은 없어요. 기기 유형이 특정되면 로봇을 지원하는지 물어보는 것이고, 호환성 얘기가 나온 이유는 E가 현재는 제한되어 있기 때문에 로봇을 만들 때 E 호환성을 맞추기 굉장히 힘들어요.

문) A이 뭐라고 하던가요?

답) A은 로봇 유형의 기기를 지원할 계획이 없다고 합니다.

문) 로봇 같은 것을 만들면 왜 호환성을 준수할 수 없는 거죠? 로봇 기기는 어떤 특성이 있고, 왜 준수를 못하는 것인지?

답) E 자체가 폰을 위해서 만든 것이잖아요. 그래서 점차 적용 분야가 확장된 것이예요. 어떤 것을 쓸지, 디스플레이 모양이나 이런 것들이 기존 폰과 다를 수 있는 것이잖아요. 그런 것들에 대한 제약이 있고요. E 자체가 제대로 돌아간다는 것이 보장이 없는 거죠.

다) U를 체결하면서 호환성 약정 체결을 요구하는 것은 경쟁제한성이 없다는 주장에 관하여

원고들은, 오픈소스 공개 전 E OS는 원고 A의 전유적인 지식재산권이고, 피고 및 법원도 지식재산권 보유자가 지식재산권을 라이선스 하면서 그 보호를 위한 일

정한 요구 또는 제약을 가한 행위에 있어 그 위법성을 신중하게 판단하고 있음에도 불구하고, 피고는 사전접근권에 관해서는 경쟁제한성 및 부당성을 주장·증명하지 아니한 채 이 사건 처분을 하였는바, 이 사건 처분 중 U에 관한 부분은 위법하다고 주장한다.

그러나 행위의 외형상 특허권의 행사로 보이더라도 그 실질이 특허제도의 취지를 벗어나 제도의 본질적 목적에 반하는 경우에는 공정거래법이 적용될 수 있는바 (대법원 2014. 2. 27. 선고 2012두24498 판결 등 참조), 원고들은 사전접근권 계약을 체결하면서 자신들의 D를 탑재하는 스마트 기기인지 여부와 무관하게 모든 스마트 기기에 대해서 호환성 약정을 준수할 것을 요구하면서, 이를 이용하여 원고들의 A E 이외의 L OS의 탑재를 방해한 사실은 앞서 본 바와 같다. 이러한 원고들의 이 사건 위반 행위는 원고들의 전유적인 지식재산권인 오픈소스 공개 전의 E OS에 관한 것이라고 하더라도 지식재산권의 부당한 행사로서 경쟁제한의 의도와 목적이 있는 것이어서 경쟁을 제한하는 효과를 발생시킬 우려가 있는 행위에 해당한다고 볼 수 있다. 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

3) 시장지배적 사업자의 사업활동 방해행위

가) 관련 법리

시장지배적 지위 남용행위로서의 '부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위'는 '시장지배적 사업자가 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제함으로써 그 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위'를 말한다. 여기에서 말하는 부당성은 '독과점적 시장에서의 경쟁촉진'이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 하므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 사업활동을 방해한 모든 경우 또는 그 사업활동

방해행위로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그중에서도 특히 시장에서의 독과점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 갖고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 사업활동방해행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다(위 대법원 2020두31897 판결 등 참조).

나) 판단

앞서 본 사실과 을 제125, 179, 191, 193 내지 195, 200, 201, 205, 207호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(1) 원고들이 호환성 약정으로 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과함에 따라, 기기 제조사는 L를 개발하여 기기에 탑재하거나, 원고들의 경쟁사업자로부터 L를 라이선스 받아 새로운 기기를 출시하거나, L용 앱 개발 도구를 배포하는 등의 사업활동을 수행함에 있어 지장이 초래되는 불이익을 입었다. 비록 원고들의 주장과 같이 스마트 기기의 사용을 위해서 기기에 탑재된 OS와 설치될 앱 사이의 호환성이 필수적이라고 하더라도, D를 탑재하지 않는 기기로서 원고들의 OS와의 호환성이 문제될 여지가 없는 기기에 대해서까지 호환성 요건을 충족할 것을 요구함으로써 L의 탑재를 막은 것은 기기 제조사들 입장에서 명백한 불이익에 해당한다고 보아야 한다. 이는 다음

과 같은 점에 의해서도 뒷받침된다.

(가) I, AA 등 기기 제조사들은 원고들의 요구로 인하여 기기 상용화 및 기기 제조사별로 특화된 제품 개발에 어려움을 겪고 있고 시장에서 혁신과 품질 향상이 저해되는 결과가 초래되고 있다는 등의 문제점을 토로하고 있다.

I 답변서(2016. 10. 20.)
<p>2. FA</p> <p>② FA의 효과</p> <p>(1) 스마트폰 제조 시 경쟁에 미치는 영향</p> <p>(ii) E OS 제조사 간 경쟁 저해</p> <p>A이 FA를 통해 변형OS 개발을 원천적으로 차단함에 따라 각 개별적인 제조사들은 자사 기기에 최적화되도록 E OS의 기능을 수정, 변형, 향상시키는 것 역시 쉽지 않습니다.</p> <p>이로 인해 E 폰 제조사들은 자사 E 휴대폰을 타사 E 휴대폰과 차별화시키는 것이 어려우며, 이는 곧 휴대폰 시장에서의 혁신 저해, 품질 향상 저해 및 다양성 감소 등 경쟁제한효과의 발생으로 이어지고 있다 할 것입니다.</p>
A 미팅 관련 I 내부 자료(2016)
<p>이슈사항</p> <p>c. FA계약으로 당사 신규제품군에 적합한 K 개발 불가</p> <ul style="list-style-type: none"> • E가 준비되지 않은 분야에 대해서도 해당제품군 대상 A 사전승인 필수 <ul style="list-style-type: none"> ◦ 향후 A이 해당분야 진입 시 E O/S Fragmentation을 우려 ◦ 스마트폰과 유사하게 OS호환성을 유지한 채 자사서비스 선택재를 희망 • Wearable(J), VR(Oculus) 경험에서와 같이 Eco. 생성에 많은 시간/비용 소요 <p style="text-align: right;">(중략)</p> <p>Talking Point</p> <ul style="list-style-type: none"> • 폰 이외의 영역에서 K 사용 <ul style="list-style-type: none"> ◦ 자유로운 K 변형개발이 가능할 경우 IoT, 로봇 등의 영역에서 빠른 Innovation 창출 가능 ◦ 추후 A이 원하는 서비스 탑재가 가능하도록 긍정적 협의 추진

E 협력 관련 AA가 원고들에게 보낸 메일(2018. 11.)

E / A 협력 관련 의견

DH

Reply-To: DH

To: DI

Wed, Nov 21, 2018 at 6:00 PM

DH님, 저희 내부적으로 현재까지 모아진 의견 전달 드립니다. Ideation 측면으로 자유롭게 기술했으니, 보시고... 혹시 Summit 안건으로 올릴 부분이 있다면 알려주세요.

(중략)

3) 업그레이드 요구사항 준수의 어려움 / 업그레이드 요구사항 준수한 결과에 대한 시장에서의 제조사들의 benefit

① 제조사 특화 기능, 성능, UX 관련 소스코드 추가에 따른 업그레이드 소요 일정 고려 필요

- A은 E의 구조 변경과 개선을 통해 업데이트가 용이한 구조의 E OS로 발전을 추구하고 있으나, 제조사 관점의 제품 차별화용 UX 기능 및 추가, 성능 최적화 위한 hardware-specific한 소스코드 추가는 불가피한 상황임

(중략)

그 외, 디바이스 제조사들의 디바이스 상용화 속도 대비 A의 플랫폼 측면의 기술 지원의 속도가 다소 늦어 단말 상용화에 어려움이 있습니다,

가령, P-OS 부터 multi-screen 이 지원되었다면 19년 폴더블/듀얼 디스플레이 폰 상용화에 도움이 되었을 것으로 생각합니다.

(나) I는 위에서 본 CZ과 관련하여 L에서 J으로 OS를 변경하는 과정에서 사업활동에 지장이 초래되었다고 토로한 바 있고, AA는 호환성 약정에 따른 면제기기 승인을 받지 못해 LTE 스피커 개발 및 출시를 포기하였다. 이처럼 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 기기 제조사로서는 기기 출시, 상용화에 추가적인 시간과 비용을 투자해야 하거나 혁신적인 제품의 출시를 포기하는 등의 불이익을 입었다.

I 답변서(2016. 10. 20.)

FA

② FA의 효과

(2) 스마트폰 이외의 디바이스 제조 시 경쟁에 미치는 영향

(중략)

오히려, A 인증을 거친 E OS를 스마트워치에도 그대로 적용하게 될 경우 하드웨어가 제공할 수 있는 용량에 비하여 소프트웨어가 불필요하게 많은 기능과 서비스를 제공하게 됨에 따라 기기 간소화 내지 경량화라는 스마트 워치 본연의 가치를 달성하기 어려운 문제가 발생합니다. 당사 역시 첫 웨어러블 디바이스인 CZ(이하 'CZ')을 출시하면서 CZ에 최적화되도록 변형된 OS(A R가 아닌 제3R 탑재 등)를 기반으로 출시를 감행한바 있었으나, 이후 A의 계속된 항의로 인하여 후속제품인 DG(이하 'DG')에서는 변형 OS가 아닌 J를 기반으로 하여 출시할 수밖에 없었습니다.

AA 답변서(2020. 7. 22.)

마. 협상 완료 후 최종적으로 제품 출시가 어떻게 이루어졌는지

(답변)

제품 출시는 이루어지지 않았습니다.

그 이유는 컨셉설계단계에서 개발을 진행할 수 있는 솔루션 확보가 안 되어 개발을 중단하였기 때문입니다.

즉, 해당 제품은 LTE 통신이 되는 AI 스피커라는 아직 시장에 없던 제품으로, 스마트폰이 아닌 스피커용 기존 OS가 LTE 통신이 안된다는 제약을 해결하기 위해서 여러 조합을 고려하였으나, E 기반의 솔루션이나 자사 자체 솔루션이 없어, 부득이하게 스마트폰용 OS를 사용하여 스피커를 제작하려다 보니, FA(Anti-Fragmentation Agreement) 면제를 받을 수 있는 정당한 사유가 없어 개발이 중단된 것입니다.

(2) 기기 제조사들은 호환성 약정이 요구하는 AO를 준수하는 것 자체로 인한 어려움과 그로 인한 문제점을 토로하고 있다. 즉, 원고들이 의도적으로 모호하고 광범위하게 정의한 '파편화' 금지 의무를 준수하고 원고들이 요구하는 AO·AP에 따른 수십만 개의 테스트를 수행하면서 기기 제조사들의 사업 활동에 적지 않은 제약이 뒤따른다는 것이다.

A 미팅 관련 I 메일(2018. 2. 9.)

5. V

- 당사, 기존 FA와 신규 V 간 실질적인 차이점을 모르겠음
- 여전히 Approval 프로세스가 필요하고, **자체적으로 SDK를 발행할 수도 없음**
- A, E를 운영하는 입장에서 SDK의 추가 및 발행은 A이 해야함

V 관련 I 내부 자료(2018. 2.)

□ 진행 현황

- A, '17.9월 신규 AO를 공식 배포하여 OEM 대상 의무화
 - AO 내 Requirement를 Core와 기 정의된 제품군별로 분리
 - 기타 미정의된 제품군은 Core Requirement 준수의무 부과
 - 당사 검토결과
 - 기 정의된 제품군에 대해서는 기존 대비 변경사항 없음
 - 기타 제품군에도 호환성 의무를 부과하여 당사에 부담
- **AQ 최소화**로 기타제품군 대상 당사 재량권 확보 목표

I 임직원 진술조서(2020. 10. 16.자)

문) D를 탑재했는지 안했는지 상관없이 그렇단 말씀이시죠?

답) 그렇죠.

문) 스마트폰에만 국한되지 않고 모든 기기가 이렇단 거죠?

답) 그렇죠.

문) 자체적으로 SDK를 배포할 수도 없다는 건 무슨 의미이죠?

답) 새로운 형태의 디바이스를 만들어서 팔 때, 디바이스가 온전히 디바이스 자체적으로 뭔가 기능을 끝낼 수 있다면 그 디바이스에 맞는 R라던지 애플리케이션이라던지 그런 것들이 필요가 없겠지만, 사실 요즘은 형태의 기기를 팔고 나서 사용자들이 앱을 다운로드 받아서 이런 기능도 써보고, 저런 기능도 써보는 형태의 디바이스잖아요. 물론 디바이스마다 형태는 다르겠지만, 그렇게 하려면 I이 개발자를 대상으로 이 디바이스에 애플리케이션을 만들어서 배포를 하려면 '이러이러한 SDK를 써서 개발을 해주세요'라고 홍보도 하고 교육도 해야 앱 생태계가 열리는 것이거든요. 근데, 이제 뭔가 E 기반으로 그런 새로운 디바이스를 만든다면 변형된 SDK를 I 이름으로 배포하고 개발자들로 하여금 그걸 활용해서 앱을 개발해서 I R를 통해서 앱을 유통하게끔 하는 행위는 금지되는 것으로 이해했습니다.

문) V 하에서도 역시나 그렇다는 것이죠?

답) 예. 그렇죠.

(3) 원고들이 이처럼 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과하여 통제하는 것은 기기 제조사들이 스마트폰뿐만 아니라 다른 스마트 기기에 관해서도 원고들로부터 분리하여 별도의 독자적인 E 계열 OS 기반 생태계를 구축하고자 하는 것을 저지하고자 하는 의도가 있다고 보는 것이 타당하고, 기기 제조사들 역시 이와 같이 이해하고 있다.

I 임직원 진술조서(2020. 10. 16.)

문) 그 메일 밑에 이렇게 적혀있네요. A이 E는 A만 하니까 A만 SDK를 배포할 수 있다고 했는데 이걸 어떻게 해석해야 할까요?

답) 그것은 계약서에 쓰여 있는 문구의 해석이라고 보면 될 것 같고, 제가 이해하고 있는 바를 말씀드리면, FA 또는 V의 제일 중요한 목적은 스마트폰이 아니라 다른 디바이스 생태계도 만들어진다면 뭔가 통일된 에코시스템 하에서 앱을 만들어 나가는게 목표인 것으로 알고 있고, 그래서 나온 계약이 FA와 V인 것으로 이해하고 있습니다. 그런 취지가 계약서에 반영된 것으로 이해하고 있습니다. 그거에 대한 I의 해석도 그렇고 A의 해석도 새로운 디바이스 생태계가 만들어졌을 때, SDK를 정의해서 개발자에게 배포하는 주체는 A이어야 한다는 의도가 있는 것으로 이해하고 있습니다.

(4) 원고들은 E를 오픈소스로 공개함으로써 네트워크 효과를 이용해 시장에서 빠르게 시장지배적 지위를 선점한 후, 그러한 상황에서 어떻게 수익을 창출하고 기기 제조사를 통제할 것인지를 고민하였고, D 라이선스 및 E 오픈소스에 대한 사전접근권을 파편화 금지 의무와 결부시키는 방안을 선택하였다. 원고들을 기기 제조사 입장에서 필수적인 D 라이선스와 E 오픈소스에 대한 사전접근권이라고 하는 '당근'을 이용하여 기기 제조사로 하여금 파편화 금지 의무를 부담하게 하고, 이를 통하여 기기 제조사가 L를 탑재한 기기를 직접 또는 원고들의 경쟁사업자로부터 라이선스 받아 출시하

려고 하는 경우 애매모호하고 광범위하게 정의된 '파편화' 또는 '호환성'이라고 하는 추상적인 개념을 통하여 기기 제조사들의 사업활동을 방해하고 다른 L 개발 사업자들과의 거래를 제한하여 경쟁사업자를 배제하였다. 이러한 점에 비추어 보면, 호환성 약정이 MADA가 출시되기 전 원고들과 기기 제조사 사이에 체결된 것이라고 하더라도 원고들이 2010년 말경 이후부터 이를 경쟁제한의 의도·목적을 갖고 활용한 이상, 그것이 부당하다고 평가함에 있어 장애가 되지 않는다.

(5) 원고들은, 파편화 금지 의무를 강제한 바 없고 기기 제조사들의 자발적 의사에 따라 호환성 약정을 체결하였다고 주장하나, 호환성 약정 체결에 원고 A의 경영층 의사가 반영되었거나 A 프로그램에 참여하기 위해서는 원고들의 무리한 요구를 수용할 수밖에 없었다는 취지의 기기 제조사들의 내부 자료에 비추어 보면 기기 제조사들이 자발적 의사에 따라 호환성 약정을 체결한 것으로는 보이지 않는다.

FA 관련 I 내부 자료(2013. 8.)	
<p style="text-align: center;">A사 FA 연장 계약 件</p> <p>3. 보고 의견</p> <p>- FA 4 年 이상의 기간 보장 요구는 fragmentation에 대한 G社の 우려로 G社 경영층의 의지가 반영된 방향성으로 거부가 어려울 것으로 판단됨.</p> <p>- 단, '17 年 12 月 이전 당사의 FA에 대한 위반 사항이 발생시 G社の 적극적인 법적 대응은 쉽지 않을 것으로 예상됨</p> <p>※ 법무팀 의견 : 법적 대응 경우 FA 내용 및 체결 과정의 반독점법 위반 소지가 공론화될 가능성이 있고 G社の 다른 행위에 대한 비화가능성이 있기에 G社は 법적 대응에 부담을 느낄 것으로 예상됨.</p> <p>→ 법적 대응보다 AP 혹은 MADA 라이선싱등의 business 관계를 통해 당사에 준수 요구를 할 가능성이 큼</p>	
A TV 관련 AA 내부 자료(2012. 8. 21.)	

그림파일로 전체 비실명화

(6) 원고들은, 기기 제조사들이 호환성 약정을 체결함으로써 파편화 금지 의무를 부담하는 대신 D를 제공받고 E에 대한 사전접근권을 얻는 등의 혜택을 받았으므로, 전체적으로 볼 때 호환성 약정이 기기 제조사에게 불이익한 것은 아니라고 주장한다. 그러나 이는 단순히 기기 제조사들이 얻은 반대급부가 있기 때문에 불이익이라고 볼 수 없다는 주장으로서 받아들이기 어렵다. 피고의 이 사건 처분은 기기 제조사들이 시장지배적 지위에 있는 원고들로부터 원고들이 주장하는 바와 같은 '혜택'을 얻기 위해서는 원고들이 강제하는 불이익을 감내할 수밖에 없었고 그러한 원고들의 행위에 경쟁제한성이 인정된다는 것을 전제로 한 것이므로, 원고들의 주장은 그 자체로 이 사건 처분이 위법하다는 근거가 될 수 없다.

(7) 원고들은, 호환성 약정으로 E의 파편화를 방지한 결과 E 생태계가 성공을 거둠으로써 그 생태계에 참여한 기기 제조사들 역시 높은 품질의 OS를 탑재한 기기를 생산할 수 있는 이득을 얻었으므로, 파편화 금지 의무는 결코 기기 제조사들에 불이익하지 않다고 주장한다. 그러나 E의 성공이 반드시 호환성 약정을 통하여 L의 탑재를 저지하는 방식으로 경쟁사업자의 등장 및 성장을 저해함으로써만 달성될 수 있다고 보기는 어렵다. 특히 원고들은 E 사업이 어느 정도 궤도에 오른 이후에도 기기 제조사들에 파편화 금지 의무를 부과하였고, 이로 인해 기기 제조사들은 사실상 원고 A과 거래하는 것 이외에는 다른 선택지를 가질 수 없게 되었는바, 이를 두고 불이익하지 않다고 볼 수는 없다.

(8) 원고들은, 기기 제조사로서는 파편화 금지 의무를 준수하고 원고들로부터 D 등 혜택을 제공받는 것과 L를 탑재하여 기기를 출시하는 것 사이에 자유롭게 선택

할 수 있었고, 실제로 기기 제조사들이 호환성 약정을 체결하여 파편화 금지 의무를 준수하는 경우와 체결하지 않지 않는 경우 사이의 손익을 비교형량하여 자발적으로 원고 A과 호환성 약정을 체결한 것이므로, 원고 A이 기기 제조사에 불이익을 강제한 바 없다고 주장한다. 시장지배적 사업자의 사업활동 방해행위에서 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위라 함은, 명시적으로 불이익 외의 다른 선택지가 없도록 만듦으로써 직접적으로 불이익을 강제하는 경우뿐 아니라 위반 사업자의 시장지배적 지위로 인해 거래상대방으로서는 불이익과 더 큰 불이익 중에서 선택하지 않을 수 없게 만드는, 불이익을 사실상 강제하는 경우도 포함된다고 봄이 타당할 것인데(거래현실에서는 대부분이 후자에 해당하는 경우일 것이므로, 원고들의 주장과 같이 전자만을 의미하는 것으로 좁게 해석하여서는 입법 목적을 달성할 수는 없다), 앞서 살펴본 원고 A의 시장지배적 지위에 비추어 보면 거래상대방인 기기 제조사들로서는 파편화 금지 의무가 자신들에게 불이익으로 작용한다는 점을 알면서도 원고 A과 호환성 약정을 체결할 수밖에 없었을 것으로 보이므로, 원고들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(9) 원고들은, N이 O을 처음 출시했을 무렵 기기 제조사들 사이에서 스마트폰 모바일 기기 시장에서 N이 점유율을 확대하게 될 것이라는 위기의식이 있었고, 이러한 위기의식 하에 원고 A뿐 아니라 각종 기기 제조사, 앱 개발자 등이 함께 참여하여 Z를 구성하게 되었다면서 원고 A은 Z와 E의 성공을 위해 기기 제조사들에게 호환성을 요구한 것이고 기기 제조사들 역시 공동의 목적을 가지고 있었기에 이를 받아들인 것으로서 원고 A이 기기 제조사들에 파편화 금지계약을 강제한 것이 아니라고 주장한다. 그러나 기기 제조사들 입장에서 E의 성공이 필요한 상황이었다고 하더라도, 그것이

반드시 자신들이 생산하는 모든 기기에 E 외에는 어떠한 L도 탑재할 수 없게 하는 거래관계를 통해서만 달성할 수 있으리라고 기대하였을 것으로는 보기 어렵고, 기기 제조사들이 호환성 약정을 통해 부담하게 된 파편화 금지 의무로 인해 L를 탑재한 기기 출시를 단념한 이상, 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

4) 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위

가) 관련 법리

구 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단은 시장지배적 사업자의 지위 남용 행위로 '부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위'를 규정하고, 구 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제2호는 그 행위의 하나로 '부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우'를 들고 있다. 여기서 '경쟁사업자와 거래하지 아니할 조건'은, 시장지배적 사업자에 의하여 일방적·강제적으로 부과된 경우에 한하지 않고 거래상대방과의 합의에 의하여 설정된 경우도 포함된다. 또한 '경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 행위'는 그 조건의 이행 자체가 법적으로 강제되는 경우만으로 한정되지는 않고, 그 조건 준수에 사실상의 강제력 내지 구속력이 부여되어 있는 경우도 포함된다. 따라서 실질적으로 거래상대방이 조건을 따르지 않고 다른 선택을 하기 어려운 경우 역시 여기에서 당연히 배제된다고 볼 수는 없고, 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 내용으로 하는 조건의 준수에 이익이 제공됨으로써 사실상의 강제력 내지 구속력이 있게 되는 경우라고 하여 '경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 거래하는 행위'에 형식적으로 해당되지 않는다고 볼 수는 없다. 또한 배타조건부 거래행위가 부당한지를 판단함에 있어, 배타조건부 거래행위로 인하여 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 봉쇄·제한되거나 경쟁

사업자 상품으로의 구매전환이 봉쇄·제한되는 정도를 중심으로, 그 행위에 사용된 수단의 내용과 조건, 배타조건을 준수하지 않고 구매를 전환할 경우에 구매자가 입게 될 불이익이나 그가 잃게 될 기회비용의 내용과 정도, 행위자의 시장에서의 지위, 배타조건부 거래행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타조건부 거래행위의 실시 기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 소비자 선택권이 제한되는 정도, 관련 거래의 내용, 거래 당시의 상황 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여야 한다(위 대법원 2013두14726 판결 등 참조).

나) 판단

앞서 본 사실에다가 을 제175, 184, 187, 190, 195, 206, 208, 235, 260, 261 호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 원고들이 기기 제조사에 대하여 원고들의 경쟁사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 거래한 경우로서 그 조건 준수에 사실상의 강제력 내지 구속력이 부여되어 있는 경우라고 보는 것이 타당하다.

(1) 원고들이 기기 제조사들에 호환성 약정을 통해 파편화 금지 의무를 부과함으로써 기기 제조사들로 하여금 L가 탑재된 기기를 전혀 생산하지 못하도록 한 것은 L OS 개발사업자 및 L용 앱마켓 사업자와 거래할 수 없도록 한 것이므로, 이 사건 위반행위는 배타조건부 거래행위에 해당함이 분명하다.

(2) 기기 제조사들이 호환성 약정을 준수하지 않을 경우, 그와 결부된 D 라이선스 계약인 MADA 해지 및 E 소스코드에 대한 사전접근권을 박탈당할 위험에 놓이게 되고, 그 경우 기기 제조사로서는 E 기반 앱마켓에서 독점적 지위를 보유하고 있는 원

고들의 AW나 A 서치, A 맵 등의 앱을 소비자들에게 제공할 수 없게 될 뿐 아니라, 새로운 E 버전에 맞춘 스마트폰 출시 작업이 늦어지게 되어 사업 수행에 큰 불이익을 입게 될 수밖에 없다. 이에 더하여 원고들이 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 가진 지위를 고려하면, 기기 제조사로서는 그와 같은 불이익을 감수하고 원고들의 다른 경쟁사업자와 거래하거나 직접 L를 개발하기는 어려웠을 것이다.

(3) I나 AA 등 기기 제조사가 원고들과 호환성 약정을 연장하는 과정에서 작성한 내부 문건을 보더라도, 기기 제조사들로서는 D 라이선스나 사전접근권과 같이 스마트폰 기기 출시에 핵심적인 이익이 되는 사항을 확보하기 위해서는 원고들의 요구를 수용할 수밖에 없었던 것으로 보인다.

FA 관련 I 내부 자료(2013. 8.)	
A사 FA 연장 계약 件	
1. 진행 경과 및 계약 배경 (생략) - G社は K버전 PDK(Platform Development Kit)에 Early Vess를 주는 조건으로 기존 FA를 '17년까지 2년 추가연장을 요구中 ('15年 12月 만료→'17年 12月 만료로 요구)	
2. FA 기간 추가연장 요구 사유(G社) - Early Vess조건으로 현 시점에서 4年 이상의 FA 계약기간 확보가 필수임(全 OEM 공통사항) 1) Long term partnership에 대한 4年 이상의 commitment가 필요함 2) E EcoSystem을 4年 이상 보호할 수 있는 법적 약속 필요	
3. 보고의견 - FA 4年 이상의 기간 보장 요구는 fragmentation에 대한 G社の 우려로 G社 경영층의 의지가 반영	

영된 방향성으로 거부가 어려울 것으로 판단됨.

(중략)

※ FA 계약 기간중 당사가 CN 모델로 개발 추진 경우

→ FA 계약 사항 위반임

(지정 spec 불만족, AP 미추진, 자체 E SDK 배포)

→ A사의 예상 대응

- D (A App) 라이선싱 중단

: Search等 경쟁력 있는 A app 탑재가 불가능하여 단기적으로 당사 제품 경쟁력 저하 예상

- Early Vess 혜택 미제공

: 초기 개발 대응이 늦어 제품 출시 지연 예상

- 개발 협업 중단

: 개발 지연 및 제품 경쟁력 저하 예상

→ 상기 조치로 인해 당사에 전혀 영향이 없을시 G社は 법적 대응을 취할 수 있으나 반독점 문제가 거론될 소지가 있음.

AA 답변서(2020. 9. 2.)

1. 사전접근권 관련

1-2. A로부터 E 사전접근권을 부여받지 못하는 상황을 가정할 때 귀사가 겪게 될 것으로 예상되는 어려움을 설명하여 주시기 바랍니다.

(답변)

신규OS가 PR되는 시점부터 개발에 착수할 수 있기 때문에 기존에 제공하던 빠른 OS upgrade를 고객들에게 제공할 수 없게 됩니다. 또한, 신규OS 대응이 늦어져 연초에 출시하는 하이엔드 제품도 신규OS를 적용하지 못하게 될 가능성도 높아지게 됩니다.

면제기기 관련 I 내부 자료(2020. 3.)

A 주요 계약 현황 및 이슈

'20. 3. 2.

□ FA

1. FA 체결 이유

- 제조사 입장에서는 오픈소스인 E OS를 자유롭게 변형하여 다양한 제품을 개발하는 것이 유리하

므로 FA 체결로 인한 이득 없음

- A은 개발자 Eco-system을 지속적으로 관리하기 위해 제조사 단말의 E OS 호환성을 보장하고자 함
- A은 F, Maps, AW 등 대체 불가능한 A 서비스 탑재계약(MADA)의 선결조건으로 FA 계약 체결을 요구
- 이에 D 탑재 통한 당사 단말 경쟁력 확보를 위해 FA 체결('10. 5월)

(4) 원고들은, 호환성 약정은 원고 A의 경쟁사업자와 거래하지 말 것을 요구하고 있지 않으며, 기기 제조사들은 호환성 요건을 준수하는 범위 내에서 L를 자유롭게 탑재하여 기기를 생산할 수 있고 F와 경쟁관계에 있는 애플마켓을 설치할 수도 있으므로, 원고 A의 행위는 배타조건부 거래행위에 해당하지 않는다고 주장한다. 그러나 원고 A이 호환성 요건을 충족하는 것으로 인정하는 E의 범위는 결국 원고의 승인을 받은 OS에 한정되므로, 단지 표면상으로 다른 경쟁사업자와의 거래를 금지하고 있지 않고 L를 탑재한 기기를 생산할 수 있는 이론적 가능성이 있다는 이유만으로 이 사건 위반행위가 시장지배적 사업자의 배타조건부 거래행위에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다.

5) 불공정거래행위 중 불이익 제공행위

가) 관련 법리

거래상 지위 남용행위의 주체인 사업자는 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있어야 하고, 그러한 지위에 해당하는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다. 또한 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1] 제6호 라목이 규정하는 불이익제공행위

에서 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(대법원 2009. 10. 29. 선고 2007두 20812 판결 등 참조).

나) 판단

(1) 원고들의 거래상 지위 인정 여부

아래 사정을 종합해 보면 원고들은 기기 제조사들에 대한 관계에서 거래상 상대적으로 우월한 지위 또는 상대방의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 보는 것이 타당하다.

(가) 원고들은 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 시장지배적 지위에 있는 사업자들이다. 기기 제조사로서는 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장에서 독점적 지위를 보유한 원고들과 거래하지 않으면 위 각 시장에서 경쟁력을 확보하는 것이 어렵다.

(나) 원고들은 자신들의 시장지배적 지위에 기초하여 기기 제조사에 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무를 부과하였는데, 기기 제조사들은 실질적으로 원고들이 정한 위와 같은 조건을 따르지 않고 다른 선택을 하기 어려운 상황에 놓여 있었다.

(다) 원고들의 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서의 지위를 고려하면, 기기 제조사들로서는 N의 하청업체가 되기를 선택하지 않는 이상 M를 라이선스 받아 생산하는 등의 다른 선택지를 고려할 수 없으므로 이러

한 시장상황, 관련 상품, 서비스 등의 특성에 비추어 보더라도 원고들의 기기 제조사에 대한 거래상 우월한 지위가 인정된다고 보는 것이 타당하다.

(2) 호환성 약정이 부당하게 기기 제조사에 불이익이 되도록 거래조건을 설정·변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위인지 여부

앞서 본 사실, 앞서 든 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 원고들이 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 기기 제조사에 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위로서 거래상 지위 남용행위 중 불이익제공행위에 해당한다고 보는 것이 타당하다.

(가) 원고들이 기기 제조사와 체결한 호환성 약정은 기기 제조사가 독자적으로 L를 개발하여 이를 탑재한 기기를 출시하거나 원고들의 경쟁사업자로부터 이를 라이선스 받아 출시하는 것을 일방적으로 제한하는 내용의 계약으로서, 기기 제조사 입장에서는 원고들이 이를 D 및 E 오픈소스에 대한 사전접근권과 결부시키지 않는 한 구태여 체결할 이유가 없는 계약에 해당한다. 그럼에도 기기 제조사들은 원고들의 요구에 따라 호환성 약정을 체결하고 그 기간을 연장하였다.

(나) 원고들이 위와 같이 기기 제조사에 호환성 약정을 강제하고 더 나아가 D 라이선스 계약인 MADA와 E 소스코드에 대한 사전접근권과 결부시키는 것은 정상적인 거래관행에서도 벗어난 것으로, 오픈소스를 기반으로 한 시장에서는 호환성을 보장한다는 이유로 파편화 금지 의무를 강제하기보다는 참여자들이 자율적 합의를 통해 표준을 정하거나 관련 소프트웨어를 만든 개발자가 브랜드 사용을 허가하거나 인센티브를 제공하는 방식 등으로 자신이 정한 호환성 준수를 유도하는 것이 일반적이다. 예

를 들어, J의 경우에는 J 협회가 제시하는 호환성 요건을 준수하는 경우 'J(J)' 브랜드의 사용이 가능하고, 기업용 오픈소스를 개발해 공급하는 IT 솔루션 업체인 AK(AK)은 기업 서버 OS용 AI를 오픈소스로 배포함으로써 자유로운 변형을 허용하되 다만 자사에서 유상 유지 보수 서비스를 받으려는 경우에만 소스코드 변형을 제한함으로써 호환성을 확보하고 있다. 그런데도 원고들은 기기 제조사에게 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무를 부과함으로써 기기 제조사에 불이익이 되도록 거래조건을 설정·변경하고, 그 이행과정에서 이를 준수하지 않는 기기 제조사에 MADA를 해지하거나 사전접근권을 부여하지 않는 것을 검토하는 등으로 불이익을 제공함으로써 L 탑재 기기의 출시를 억제하였다.

(다) 기기 제조사들이 호환성 약정에 따른 요구 사항을 준수하지 않을 경우의 불이익을 두려워하여 원고들과 호환성 약정을 체결한 것을 두고 기기 제조사들의 자발적인 동의에 기초한 것이라고 보기는 어렵고, 오히려 거래상 우월한 지위에 있는 원고들과의 거래관계를 지속하기 위하여 호환성 약정을 체결하고 그 기간을 연장하게 된 것이라고 보는 것이 타당하다. 호환성 약정 체결이 기기 제조사들의 자발적인 의사에 의한 것이었다면, 구태여 원고들이 이를 D 및 사전접근권과 같이 기기 제조사들의 사업활동에 필수적인 조건과 결부시킬 필요도 없었을 것이다.

(라) 원고들은, 대법원 2007. 1. 12. 선고 2004두7146 판결을 들어 거래상 지위 남용행위의 위법성은 개별적인 거래관계마다 주관적이고 상대적으로 판단되어야 하며 거래상대방마다 개별적이고 구체적인 불이익제공행위가 특정되어야 한다는 취지로 주장한다. 그러나 위 판결의 취지는 피고가 시정명령 등 행정처분을 하기 위해서는 그 대상이 되는 '불이익제공'의 내용이 구체적으로 명확하게 특정되어야 하고 그러하지

아니한 상태에서 이루어진 그 시정명령 등 행정처분은 위법하다는 것이다. 항고소송에 있어서 당해 행정처분의 적법성에 대한 증명책임은 원칙적으로 그 행정처분의 적법을 주장하는 처분청에 있지만, 행정청이 주장하는 당해 행정처분의 적법성에 관하여 합리적으로 수긍할 수 있는 정도로 증명이 된 경우에는 그와 상반되는 예외적인 사정에 대한 주장과 증명은 상대방이 증명할 책임을 진다고 봄이 타당하다고 할 것인데(대법원 2013. 1. 10. 선고 2011두7854 판결 등 참조), 이 사건 의결서에 기재된 처분의 내용 및 체계, 시정명령의 이유 등을 종합해볼 때, 원고들이 기기 제조사와 체결한 호환성 약정 및 그와 결부된 MADA, 사전접근권 계약의 내용들이 충분히 확인되고, 그와 관련하여 원고들이 기기 제조사에 거래상 지위를 부당하게 이용하여 제공한 불이익 역시 확인할 수 있으므로, 불이익제공 행위의 내용 또한 특정되었다고 볼 수 있다. 아울러 원고들이 제출한 자료에 의하더라도 원고들이 I나 AA 이외에도 다른 기기 제조사들과 모두 동일한 계약 구조 및 내용을 유지하고 있는 이상, 원고들의 거래상 지위 남용행위 중 불이익제공행위가 명확하게 특정되지 않았거나 이 사건 처분의 명확성·특정성에 관한 하자가 존재한다고 볼 수 없다.

다) 스마트 비모바일 기기에 관한 거래상 우월적 지위·불이익 제공이 인정되지 않는다는 주장에 관하여

원고들은, 피고가 스마트 비모바일 OS와 관련하여 원고들의 거래상 우월적 지위의 존재 여부와 불이익 제공 여부에 관하여 검토하지 않았고, 불공정거래행위가 문제되는 거래상대방인 비모바일 기기 제조사들을 특정하지도 않아 이 사건 처분이 위법하다는 취지로 주장한다.

앞서 본 바와 같이 불이익제공행위에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 '거래

상 지위'는 일방이 상대적으로 우월한 지위 또는 적어도 상대방과의 거래활동에 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위를 갖고 있으면 이를 인정하기에 족하고, 거래상 지위가 인정되는지 여부는 당사자가 처하고 있는 시장의 상황, 당사자 간의 전체적 사업능력의 격차, 거래의 대상인 상품의 특성 등을 모두 고려하여 판단하여야 한다. 원고들은 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 기기 제조사에 대한 관계에서 시장지배적 지위에 있는 사업자인 점, 원고들이 D 라이선스와 E 소스코드에 대한 사전접근권을 이용하여 스마트 모바일 기기뿐 아니라 스마트 비모바일 기기에 대해서도 호환성 약정에 따른 파편화 금지 의무를 부담할 것을 요구하자, 기기 제조사들은 그 내용 자체로는 이를 수용할 이유가 없음에도 MADA나 사전접근권 계약에 따른 혜택을 포기하여야 하는 불이익을 고려하여 원고들의 요구를 수용할 수밖에 없었다는 점은 앞서 살펴 본 바와 같다. 이처럼 기기 제조사들로서는 원고들이 호환성 약정에 따른 의무 부담 범위를 모든 스마트 기기로 확대할 것을 요구하자 원고들에 대한 의존성으로 인하여 이를 수용할 수밖에 없었고, 위와 같은 원고들과 기기 제조사들의 거래관계는 현재까지 이어져오고 있는 점, 한편 이 사건 위반행위의 상대방인 기기 제조사들은 스마트 모바일 기기 외에 스마트 비모바일 기기 또한 연구·개발하거나 생산할 수 있는 잠재력이 있다고 할 것임에도 원고들이 요구한 호환성 약정으로 인해 L가 탑재된 스마트 비모바일 기기의 연구·개발 및 생산이 봉쇄된 점 등에 비추어 볼 때, 원고들은 상대방인 기기 제조사와의 거래활동에서 스마트 비모바일 기기에 관하여 상당한 영향을 미칠 수 있는 지위에 있다고 봄이 타당하다. 아울러 I나 AA는 원고들의 파편화 금지 의무 요구로 인하여 CZ, LTE 스피커 등 스마트 비모바일 기기에 관한 연구·개발에서 어려움을 겪은 사실을 앞서 인정한 바와 같고, 그중 AA는 원고 A이 로봇

개발에 관심이 없다는 이유로 E에 기반을 둔 로봇 개발에 지장을 받기도 하였는바(을 제209호증), 위와 같이 기기 제조사 중 상대적으로 높은 협상력을 가졌다고 볼 수 있는 I나 AA도 MADA나 사전접근권 계약에 따른 혜택으로 인해 원고들의 요구를 수용하지 않을 수 없었던 점에 비추어 볼 때, 원고들은 I나 AA에 대한 관계에서도 거래상 우월적 지위에 있다고 판단된다.

또한 기기 제조사들이 받은 불이익에 L를 탑재한 스마트 비모바일 기기를 자유롭게 생산할 수 없었다는 점이 포함됨은 분명하고, 원고들이 기기 제조사와 체결한 호환성 약정 및 그와 결부된 MADA, 사전접근권 계약의 내용들이 충분히 확인되며, 그와 관련하여 원고들이 거래상 지위를 부당하게 이용하여 기기 제조사에 제공한 불이익 역시 확인된다. 원고들의 행위는 특정 기기 제조사에 대한 것이 아니라 원고들과 거래 관계를 형성한 모든 기기 제조사를 대상으로 하는 것이므로, 불이익제공의 대상이 된 거래상대방을 일일이 특정할 필요가 있다고 할 수 없다. 나아가 스마트 모바일 기기 제조사들은 스마트 모바일 OS와 스마트 모바일 기기를 응용하여 스마트 비모바일 기기 역시 충분히 개발할 수 있는 사업자들이고, 바로 그러한 과정에서 원고들이 호환성 약정을 통하여 기기 제조사들의 연구·개발 활동을 저해한 것이므로, 원고들의 거래상대방으로서 스마트 모바일 기기 제조사와 스마트 비모바일 기기 제조사가 서로 구별되는 별개의 사업자에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 불이익 제공행위와 내용, 불이익 제공의 상대방 역시 특정되었다고 볼 수 있으므로, 피고가 스마트 비모바일 기기의 OS 개발에 관하여 거래상대방인 기기 제조사를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수 없다.

원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

6) 불공정거래행위 중 배타조건부 거래행위

가) 관련 법리

구 공정거래법이 제3조의2 제1항 제5호 전단에서 시장지배적 사업자의 지위 남용행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하면서도 제23조 제1항 제5호 전단에서 시장지배적 사업자를 포함한 모든 사업자의 불공정거래행위로서의 배타조건부 거래행위를 규제하고 있는 이유는, 배타조건부 거래행위가 시장지배적 사업자의 지위남용에 해당하는지 여부를 떠나 관련시장에서의 경쟁을 제한하거나 그 거래상대방에 대하여 거래처 선택의 자유 등을 제한함으로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위라고 평가되는 경우에는 이를 규제하여야 할 필요성이 있기 때문이다. 따라서 구 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단, 구 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제2호에서 시장지배적 사업자의 지위남용행위로 규정하고 있는 배타조건부 거래행위의 '부당성'과는 달리 구 공정거래법 제23조 제1항 제5호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의 2] 제7호 가목에서 불공정거래행위로 규정하고 있는 배타조건부 거래행위의 '부당성'은 당해 배타조건부 거래행위가 물품의 구입 또는 유통경로의 차단, 경쟁수단의 제한을 통하여 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 관련시장에서 배제하거나 배제할 우려가 있는지를 비롯한 경쟁제한성을 중심으로 그 유무를 평가하되, 거래상대방인 특정 사업자가 당해 배타조건부 거래행위로 거래처 선택의 자유 등이 제한됨으로써 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는지 등도 아울러 고려할 수 있다고 보는 것이 타당하다. 여기서 배타조건부 거래행위가 부당한지를 판단할 때에는 당해 배타조건부 거래행위로 인하여 대체적 물품구입처 또는 유통경로가 차단되는 정도, 경쟁사업자가 경쟁할 수 있는 수단을 침해받는지 여부, 행위자의 시장점유율 및 업계순위, 배타조건부 거래행위의 대상이 되는 상대방의 수와 시장점유율, 배타

조건부 거래행위의 실시기간 및 대상이 되는 상품 또는 용역의 특성, 배타조건부 거래행위의 의도 및 목적과 아울러 배타조건부 거래계약을 체결한 거래당사자의 지위, 계약내용, 계약체결 당시의 상황 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2013. 4. 25. 선고 2010두25909 판결 등 참조).

나) 판단

앞서 본 사실, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 원고들의 이 사건 위반행위는 원고들이 부당하게 거래상대방이 자신들의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위로서 그 경쟁제한성에 비추어 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 현저하다고 할 것이므로, 불공정거래행위 중 배타조건부 거래행위에 해당한다.

(1) 호환성 약정은 앞서 살펴본 바와 같이 기기 제조사들에 대하여 호환성을 요구하면서 이를 명목으로 원고들 이외의 L 사업자와 거래하지 않을 것을 조건으로 하고 있다는 점에서 배타조건부 성격의 계약에 해당하고, 원고들이 이를 MADA 및 사전 접근권 계약과 결부시켜 강제함으로써 기기 제조사는 L 사업자의 포크 OS 및 앱마켓을 탑재하지 못하고 이와 관련된 앱 개발을 위한 SDK를 배포하지도 못하는 등 원고들의 경쟁사업자와 거래할 수 없었다.

(2) 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 경쟁이 제한된 결과 원고들이 독점적인 지위를 보유한 시장지배적 사업자가 된 반면 L 개발 사업자들의 시장 진입이 봉쇄되었고, 그 결과 원고들이 F에서 인앱 결제를 강제하여도 앱 개발자나 콘텐츠

츠 사업자 등이 실질적으로 아무런 이의조차 제기하기 어려웠을 정도로 경쟁제한 효과가 발생하였으며, 원고들의 호환성 약정을 활용한 이 사건 위반행위로 인하여 기기 제조사가 직접 L를 개발하거나 또는 원고들의 경쟁사업자로부터 라이선스 받아 시장에 진입할 가능성이 차단되는 등 기기 제조사의 자유로운 의사결정이 저해되어 공정하고 자유로운 경쟁을 제한할 우려가 발생하였다.

(3) 원고들은, 대법원 2022. 8. 25. 선고 2020두35219 판결을 들어 원고들의 행위는 외형적으로는 거래상대방에 대한 제약이 있는 것이라고 할지라도 정당한 사업 목적과 경쟁촉진 효과, 소비자 후생 증대 효과가 인정되는 행위로서 위법성이 인정되지 않는다고 주장한다. 그러나 위 사건은 기능성 원단인 고어텍스 등을 판매하는 사업을 영위하는 위 사건 원고들이 국내 아웃도어 제품 제조·판매업체에 기능성 원단인 고어텍스를 공급하면서 고어텍스 소재 완제품을 대형마트에서는 판매하지 못하도록 한 행위가 '거래지역 또는 거래상대방을 제한'한 구속조건부 거래행위(구 공정거래법 제23조 제1항 제5호, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제7호 나목)에 해당하는지 여부가 문제된 사안이다. 위 사건에서 대법원은 최종 완제품에 그 상표를 표시하도록 하는 중간재 브랜딩 사업모델을 택한 원고들의 입장에서 브랜드 가치를 유지하기 위해 대형마트에서는 판매하지 못하도록 한 행위는 합리적인 범위 내의 것으로서, 브랜드 내 유통채널 간 경쟁을 제한하는 효과는 미미한 반면 브랜드 간 경쟁을 촉진시키고 소비자 후생을 증대시키는 효과를 가져오기 때문에 공정한 거래를 저해할 우려가 없다고 보았다. 그러나 앞서 본 사정을 모두 고려하면 원고들의 이 사건 위반행위로 인한 경쟁제한의 효과는 현저한 수준인 반면, 이로 인해 소비자 후생이 증대되기는커녕 원고들이 인앱 결제를 강제하는 등 오히려 저해되고 있는 점 등을 고려하면, 원고

들의 이 사건 위반행위는 위 대법원 판결 사안과 달리 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 충분하다고 할 것이므로, 원고들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 스마트 비모바일 기기에 관하여 배타적 조건으로 거래한 것이 아니라는 주장에 관하여

원고들은, 호환성 약정을 통해 거래상대방과 스마트 비모바일 기기에 관하여 배타적 조건으로 거래하였다고 볼 수 없다는 취지로 주장한다. 그러나 원고들이 호환성 약정의 대상을 D를 탑재하는지 여부와 무관하게 '모든 스마트 기기'로 확대하고, 기기 제조사들이 자신들이 직접 개발한 L를 탑재한 기기 또는 원고 A의 경쟁사업자가 출시한 L를 탑재한 기기를 출시하려는 경우 MADA나 사전접근권 계약의 해지를 주장하며 그와 같은 기기를 제조하거나 판매·유통하려는 것을 저지하려고 하였음은 앞서 본 바와 같다. 이처럼 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 기기 제조사들이 스마트 비모바일 OS를 연구·개발하여 이를 탑재한 기기를 출시함으로써 시장에 진입하는 데 어려움을 겪은 것이 분명한 이상, 이 사건 위반행위는 스마트 비모바일 OS 개발 시장에서 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자나 잠재적 경쟁사업자를 배제하거나 배제할 우려가 있는 행위로서 거래상대방인 기기 제조사의 자유로운 의사결정이 저해되었거나 저해될 우려가 있는 행위에 해당한다고 봄이 상당하고, 그 경쟁제한성을 인정할 수 있다. 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

라. 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령의 위법 여부

1) 이 사건 시정명령이 피고의 관할권을 벗어난 것이라는 주장에 관하여

가) 관련 법리

구 공정거래법 제2조의2에서 말하는 '국내시장에 영향을 미치는 경우'는 문제

된 국외행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우로 제한 해석해야 하고, 그 해당 여부는 문제된 행위의 내용·의도, 행위의 대상인 재화 또는 용역의 특성, 거래 구조 및 그로 인하여 국내시장에 미치는 영향의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두5466 판결 등 참조).

나) 판단

앞서 본 사실, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령이 구 공정거래법 제2조의2에 반하여 피고의 관할권을 벗어난 처분이라고 볼 수 없다. 원고들의 이 부분 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 시정명령 제6의 가.항은 이 사건 시정명령에서 사용되는 용어로서 '기기 제조사'를 '대한민국에 본점을 둔 사업자로서 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 제조사 및 그 계열회사, 대한민국에 공급되는 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 사업자 및 그 계열회사'로 정의하고 있다. 이 사건 시정명령 중 대한민국에 본점을 둔 사업자 및 그 계열회사에 관한 부분은, 원고들이 I나 AA 등과 같이 전 세계에 기기를 제조·유통·판매하는 사업자와 사이에 이 사건 위반행위와 관련하여 체결한 계약(FA·V, MADA, U)을 시정하려는 것으로, 본래 이들 계약은 모두 기기의 판매지를 특정 국가별로 구분하지 않고 전 세계를 대상으로 한 단일 계약일 뿐 아니라 본사 및 국내·외 계열회사를 모두 포함하여 그 효력이 미치므로, 이 사건 위반행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미친다고 보는 것이 타당하다.

(2) 위와 같이 이 사건 시정명령은 제6의 가.항에서 기기 제조사를 '대한민국

에 본점을 둔 사업자로서 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 사업자 및 그 계열회사, 대한민국에 공급되는 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 사업자 및 그 계열회사'로 정의함으로써, 대한민국에 본점을 둔 사업자의 경우에는 기기를 국내 또는 국외 중 어디로 공급하는지 가리지 않고 시정명령의 대상으로 삼은 반면, 외국에 본점을 둔 사업자의 경우에는 대한민국에 공급되는 기기를 제조·유통·판매하는 경우에만 시정명령의 대상으로 삼고 국외 지역에 기기를 제조·유통·판매하는 경우에는 시정명령의 대상에서 제외하였는바, 시정명령의 대상을 국내시장에 영향을 미칠 수 있는 범위로 합리적으로 제한하였다고 보인다.

(3) 대한민국에 공급되는 기기를 제조, 유통 및 판매하는 기기 제조사들에 대해 이 사건 위반행위가 유지되는 경우 혁신 저해나 원고들에 대한 의존도 심화와 같은 경쟁제한적 효과는 그대로 대한민국 시장에 영향을 미칠 것임이 명백하다. 아울러 대한민국에 본점을 둔 사업자 및 그 계열회사와 원고들의 계약관계는 그 계약 체결의 지역이나 적용 범위와 관계없이 우리 경쟁법을 통해 국내시장에 영향을 미칠 것이기 때문에 피고가 이 사건 시정명령을 발하고 그에 따라 집행할 수 있는 범위 내에 있다고 할 것이므로, 원고들 주장과 같이 집행관할권을 위반한 위법이 있다고도 볼 수 없다.

(4) 국내에 설립된 기기 제조사에 대한 이 사건 위반행위에 관하여, 기본적으로 호환성 약정과 이에 결부된 MADA, 사전접근권 계약 등의 체결은 본사 소재지에서 이루어지므로, 이러한 점에 비추어 이 사건 위반행위가 국내에서 발생했다고 볼 수 있다. 또한 국내 기기 제조사들이 호환성 약정을 준수하는지 감시하고, 국내 기기 제조사들과 그 면제조건을 협상하는 등 의사연락을 함에 있어 원고 B도 일부 행위를 분담했는바, 이러한 측면에서도 이 사건 위반행위는 국내에서 이루어진 행위로 볼 수 있고,

따라서 피고의 관할권이 인정된다고 보아야 한다.

(5) 미국의 경우에도, 국제거래에 대한 독점금지법의 적용 여부에 관하여 1982년 제정된 국제거래 독점금지 개선법(Foreign Trade Antitrust Improvement Act)에서 국제거래와 관련하여 독점금지법의 적용이 인정되는 예외로 '국내 효과 예외(the domestic effect exclusion)'를 규정하고 있는데, 이는 미국 내에서의 거래 이외에도 미국 사업자의 수출, 수입 거래 전반에 대해서 해당 행위가 미국 시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예견 가능한 효과를 미치는 경우 반독점법을 적용할 수 있다는 취지로서, 이에 비추어 보면 피고의 국내 기기 제조사의 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령이 일반 경쟁법 법리에 비추어 이례적인 것이라고 보기 어렵다.

(6) 이와 관련하여 원고들은, 대만·러시아·튀르키예 등 여러 경쟁당국이 자국 시장 내에 영향을 미치는 호환성 약정의 경쟁제한성을 부정하였으므로 국제예양의 원칙상 이를 존중하여야 한다고 주장하나, 다음과 같은 점에 비추어 보면 이 사건 위반 행위에 대한 규제의 요청에 비하여 해외 경쟁법 집행당국의 결정 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월하다고 보기 어려우므로, 원고들의 위 주장은 받아들이기 어렵다.

(가) 이 사건 시정명령은 국외행위가 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우에 한정하여 이 사건 위반행위의 위법성을 시정하고 공정하고 자유로운 경쟁질서를 확립하기 위한 최소한의 범위 내에서 이루어진 것이다.

(나) 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 중국을 제외한 전 세계 라이선스 가능한 모바일 OS 시장과 E 기반 앱마켓 시장에서 원고들이 높은 시장점유율을 보유할 수 있게 되었고, 원고들은 그와 같은 시장지배력을 이용하여 국내 콘텐츠 기업들에

게 인앱 결제를 강제하는 등 경쟁제한적 효과가 나타나고 있는바, 시장지배적 지위의 남용과 불공정거래행위를 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업 활동을 조장하고 소비자를 보호함과 아울러 국민경제의 균형 있는 발전을 도모함을 목적으로 하는 공정거래법의 입법 목적(제1조) 등에 비추어 이 사건 위반행위로 인하여 발생한 경쟁제한의 효과와 국내 소비자 후생의 저해는 더 이상 묵과하기 어렵다.

(다) 피고는 이 사건 시정명령 제7항에 "피심인들은 이 시정명령일 이후 확정되는 외국 법원이나 경쟁당국의 구속력 있는 최종적인 판단 또는 조치나 명령이 이 시정명령과 상충되어 동시에 준수하는 것이 불가능한 경우 공정거래위원회에 이 시정명령의 재검토를 요청할 수 있다."라는 조항을 두어 이 사건 시정명령과 외국의 법집행이 상충하는 경우 그 충돌을 해소할 수 있는 절차를 보장하여 외국 법률의 집행과 조화를 도모하고 있다.³⁰⁾

(라) 하나의 행위가 여러 나라의 시장과 관련되어 있는 경우 그 행위에 대한 해당 국가들의 관할권은 중첩될 수 있고(어느 나라 입장에서 '국내 기업의 해외 판매'는 그 외국의 입장에서는 '해외 기업의 국내 판매'에 해당한다), 이 경우 어느 한 나라가 자국의 경쟁질서와 관련된 범위 내에서 시정조치를 명한 경우 그것이 다른 나라의 경쟁질서에 대한 부당한 간섭에 이르지 않는 한 단순히 관할권이 중첩되어 인정된다는 이유로 다른 나라의 관할권에 대한 침해에 해당한다고 할 수 없다. 피고의 이 사건 처분은 우리 공정거래법제 하에서 원고들의 시장지배적 지위 남용행위 및 불공정거래행위로부터 국내 기기 제조사를 보호하여 국내의 자유롭고 공정한 경쟁질서를 확립하기 위한 것이고, 그 부수적 결과로서 국내 기기 제조사가 국외에 판매하는 기기도

30) 원고들은 이 사건 처분 제7항의 위법성도 다투고 있으나, 뒤에서 보는 바와 같이 이 사건 처분 제7항 또한 적법하다.

시정조치의 대상에 포함되었을 뿐 이를 들어 외국 경쟁당국의 관할권이나 그 결정을 침해하는 것으로 볼 수 없다. 이 사건 처분의 범위는 원고들이 사례로 드는 대만, 러시아, 튀르키예 등 외국에 공급되는 모든 기기가 아니라 단지 국내 기기 제조사가 국외로 제조 및 공급하는 기기들로 한정된다(즉, 해외 기기 제조사가 해외에서 기기를 제조하여 위 국가들에 공급하는 기기들은 이 사건 시정명령의 대상에서 제외된다). 이러한 사정을 고려하면, 피고는 국내 시장의 자유롭고 공정한 경쟁질서를 지키기 위해 원고들에 대하여 적어도 국내 기기 제조사에 대한 관계에서는 부당하게 파편화 금지 의무를 부과하는 약정을 맺지 말 것을 명할 수 있다고 보아야 한다.

2) 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령의 명확성 및 특정성, 실효성·이행가능성과 비례의 원칙 위반 여부

가) 이 사건 시정명령은 '기기 제조사'를 대한민국에 본점을 둔 사업자로서 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 제조사 및 계열회사, 대한민국에 공급되는 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 사업자 및 그 계열회사라고 정의하여, 위 정의 규정의 문언만으로도 해외에서만 기기를 생산하여 판매하는 해외 기기 제조사와의 거래관계는 이 사건 시정명령의 대상에서 제외하였음이 분명하다. 따라서 이 사건 시정명령이 명확하지 않거나 특정성이 없다는 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

나) 앞서 살펴본 이 사건 시정명령의 적용 대상에 비추어 볼 때, 이 사건 시정명령이 국내에서의 원고들의 위반행위를 시정하는 데 실효성이 없다고 보기는 어렵다.

다) 원고들은 해외 공급 기기에 대한 시정명령이 해외 경쟁당국의 결정과도 충돌하기 때문에 이행가능성이 없어 위법하다는 취지로도 주장하나, 이는 결국 피고의 이 사건 처분에 관한 관할권을 다투는 주장과 다르지 않으므로, 위 1)항에서 본 바와

같은 이유로 받아들일 수 없다.

라) 이 사건 시정명령 제7항에서 외국 법 집행당국의 결정과 상충하는 경우 피고에게 시정명령의 재검토를 요청할 수 있다고 정한 점, 이 사건 시정명령에는 대한민국에 본점을 둔 사업자 및 그 계열회사로서 해외에 기기를 제조·유통·판매하는 기기 제조사들과 원고들이 체결한 계약에 관한 내용들이 포함되어 있는 점에서 원고들과 대한민국에 본점을 둔 사업자 및 그 계열회사와의 관계에서 발생하는 법 위반행위를 시정하고자 하는 것인 점, 이 사건 시정명령이 국외행위가 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우에 한정하여 이 사건 위반행위의 위법성을 시정하고 공정하고 자유로운 경쟁질서를 확립하기 위한 최소한의 범위 내에서 이루어진 것인 점, 이 사건 위반행위로 인하여 발생한 경쟁제한의 효과와 소비자 후생의 저해를 해소하기 위하여 이 사건 위반행위에 대한 제재의 공익적 필요가 큰 점 등에 비추어 보면, 해외 공급 기기에 대한 이 사건 시정명령이 비례의 원칙을 위반하여 위법하다고 보기 어렵다.

마. 이 사건 처분 제2항, 제6항, 제7항의 위법 여부

1) 관련 법리

구 공정거래법에 따른 시정명령은 그 본질적인 속성상 다소간의 포괄성·추상성을 떨 수밖에 없으므로 시정명령이 금지하는 행위의 범위는 시정명령의 문언, 관련 법령, 의결서에 기재된 시정명령의 이유 등을 종합하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 11. 14. 선고 2012두19298 판결 등 참조).

2) 이 사건 처분 제2항

가) 이 사건 처분 제2항은 이 사건 처분 제1항의 가목 내지 사목에 기재된 원고

들의 이 사건 위반행위와 관련하여 문제되는 파편화 금지 의무 부과에 관한 내용들을 그대로 인용한 것으로, 원고들이 D 라이선스 계약 및 사전접근권 계약을 체결하면서 기기 제조사에게 FA·V 등의 체결을 요구하는 방식으로 파편화 금지 의무를 부과하는 행위를 금지하고 있다. 이는 원고들의 이 사건 위반행위와 관련하여 문제되는 범위 내에서 원고들의 법 위반행위를 억제하고 효과적으로 시정하기 위하여 필수불가결한 조치이고, 또 단서를 통해 원고들이 D를 탑재하는 기기에 한하여 호환성 약정에 따른 조치를 취할 수 있다고 한 것으로, D를 탑재하지 않는 L 기기에 관해 호환성 약정에 따라 위 기기의 배포를 막는 효과가 있는 부분을 시정하는 것으로서 그 처분의 명확성과 특정성에 하자가 있다고 보기 어렵다.

나) 이 사건 처분 제2항에서 D를 탑재하는 기기에 한해서는 예외가 된다고 단서를 추가한 것은 원고들이 기기 제조사에 자신들의 전유 라이선스 대상인 D를 탑재하는 기기에 대해서 호환성 요건을 요구하는 것은 용인될 수 있으나 D를 탑재하지 않는 기기에까지 호환성 요건을 요구하는 것은 부당하다는 취지에서이고, 따라서 이 사건 제2항 단서는 오히려 원고들에게 유리하다고 보이는 점까지를 고려하면, 이 부분에 관한 원고들의 주장은 결국 이 사건 처분 자체를 다투는 것에 불과하여 받아들이기 어렵다.

3) 이 사건 처분 제6항

이 사건 시정명령은 이 사건 처분 제6의 나.항에서 '기기'를 '기기 제조사가 제조, 유통 또는 판매하는 스마트폰 및 태블릿 PC를 포함한 모든 스마트 기기'로 정의하여 그 시정명령의 대상에 스마트 비모바일 기기에 관한 것 역시 포함하고 있다. 이미 살펴본 바와 같이 이 사건 시정명령에 '모든 스마트 기기'가 포함된 이유는 원고들이

2010년 말~2011년 초경 기존의 호환성 약정의 범위를 스마트 모바일 기기에서 모든 스마트 기기로 확대하였기 때문이고, 이는 원고들이 '모든 스마트 기기'에 대하여 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부담시킴으로써 경쟁사업자를 배제하려는 의도 또는 목적에서 기인한 것이다. 즉, 피고의 이 사건 시정명령의 요지는 원고들이 기기 제조사들과 체결한 계약이 수정되어야 한다는 것이고, 애초에 원고들이 계약에서 스마트 비모바일 기기를 포함한 모든 스마트 기기에 대해 호환성을 요구한 이상 이 사건 시정명령의 대상도 모든 스마트 기기가 되는 것이 당연하다. 이 사건 처분 중 스마트 비모바일 기기 부분에 관하여 다투는 원고들의 주장이 이유 없음은 앞서 살핀 바와 같다.

4) 이 사건 처분 제7항

이 사건 처분 제7항은 "피심인들은 이 시정명령일 이후 확정되는 외국 법원이나 경쟁당국의 구속력 있는 최종적인 판단 또는 조치나 명령이 이 시정명령과 상충되어 동시에 준수하는 것이 불가능한 경우 공정거래위원회에 이 시정명령의 재검토를 요청할 수 있다."는 것이다. 이는 국내 경쟁법 적용에 따른 규제의 필요성과 외국 법 집행이 상충하는 경우 그 충돌을 해소할 수 있는 절차를 보장하여 외국 법률 및 해외 경쟁법 집행당국의 결정과의 조화를 도모하고, 이 사건 시정명령으로 인하여 외국 사업자의 해외에서의 사업 활동에 따르는 불이익을 최소화하기 위한 것으로 이 사건 위반행위의 시정을 위해 적절하고 합리적이며 필요·최소한의 범위 내에서 이 사건 시정명령이 적용되도록 조치한 것이다. 또한 그 문언상으로도 위와 같은 의미가 객관적으로 명백하다고 보이므로, 이 부분에 처분의 명확성·특정성을 갖추지 못한 하자가 있다는 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.³¹⁾

31) 우리 법원은 AE의 이동통신 표준필수특허 관련 시장지배적 지위 남용행위 사건(이 법원 2019. 12. 4. 선고 2017누48 판결, 위 대법원 2020두31897 판결)에서 위와 동일한 취지의 시정명령 제10항의

바. 이 사건 과징금납부명령의 위법 여부

1) 관련 법리

구 공정거래법 제6조, 제24조의2의 규정을 종합하면, 공정거래위원회는 공정거래법 위반행위에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부와 만일 과징금을 부과할 경우 공정거래법령이 정하고 있는 일정한 범위 안에서 과징금의 액수를 구체적으로 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량을 가지고 있으므로, 공정거래위원회의 법 위반행위자에 대한 과징금 부과처분은 재량행위에 해당한다. 다만 이러한 재량을 행사하는 데 과징금 부과 기초가 되는 사실을 오인하였거나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등의 사유가 있다면 재량권 일탈·남용으로서 위법하다(대법원 2018. 4. 24. 선고 2016두40207 판결 등 참조).

2) 판단

앞서 본 사실, 앞서 든 증거에 변론 전체의 취지를 보태어 알 수 있는 다음과 같은 사실 또는 사정을 위 법리에 비추어 살펴보면, 이 사건 과징금납부명령이 재량권을 일탈·남용하여 위법하다고 볼 수 없다. 원고들의 이 부분 주장도 받아들이지 않는다.

가) 구 공정거래법 제6조는 '공정거래위원회는 시장지배적 사업자가 남용행위를 한 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령으로 정하는 매출액에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위 안에서 과징금을 부과할 수 있다'고 정하고 있고, 구 공정거래법 시행령 제9조 제1항은 '대통령령으로 정하는 매출액'이란 위반사업자가 위반기간 동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액으로서 이를 '관련매출액'이라고 한다고 정하고 있다. 이 사건 위반행위로 인하여

적법성을 인정한 바 있다.

영향을 받은 일정한 거래분야는 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장, E 기반 앱마켓 시장, 라이선스 가능한 스마트 비모바일 OS 개발 시장이나, 그중 피고는 현실적으로 발생한 F의 매출액만을 관련매출액으로 본 것이다. D를 탑재하는 기기에 대해서 호환성을 요구할 수 있는 것과는 별개로 원고들이 D를 탑재하지 않는 기기에 대해서도 호환성 약정에 따라 파편화 금지 의무를 부과함으로써 위 각 시장에서 미친 경쟁제한적 효과는 D를 탑재하는 기기의 F 매출에도 직접 또는 간접적으로 영향을 미칠 것이 명백하므로, D를 탑재하는 기기라고 해서 관련매출액에서 제외되어야 한다고 할 수는 없다.

나) 원고들은 E OS와 F가 기기 제조사에 무료로 라이선스 됨으로써 매출액이 발생하지 않으므로 정액과징금이 부과되어야 한다고 주장하나, E 기반 앱마켓 시장에서 매출액이 발생한 이상 매출액이 없거나 매출액을 산정하기 곤란한 경우에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 피고가 위반행위 개시일을 2011. 1. 1.로 본 것은, 원고들이 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과하기 시작한 이후로서 라이선스 가능한 스마트 모바일 OS 시장 및 E 기반 앱마켓 시장에서 원고 A의 점유율이 처음으로 50%를 초과한 때가 2011년이기 때문인바, 위반행위의 개시 시점의 특정 근거가 분명하지 않다고 할 수 없다. 아울러 피고의 구 과징금 고시 II. 6. 나. (1)항이 "위반행위가 과징금 부과처분을 명하는 공정거래위원회의 심의일까지 종료되지 아니한 경우에는, 당해 사건에 대한 공정거래위원회의 심의일을 위반행위의 종료일로 본다."라고 규정하고 있고, 원고들은 피고의 마지막 심의일인 2021. 9. 10.경까지 기기 제조사에 파편화 금지 의무를 부과하고 있었으므로, 위반행위의 종료일이 불분명하다고도 볼 수 없다.

다) 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 E 기반 앱마켓 시장에서 원고들의 독

점적인 시장지배적 지위가 강화되었고 그와 같은 경쟁제한의 효과나 우려가 발생한 것이 명백한 이상, 기기 제조사들이 자신들의 이익을 위하여 원고들의 앱을 자발적으로 기기에 탑재한다는 사정만으로는 피고의 관련매출액 산정에 어떠한 위법이 있다거나 사실오인 등으로 재량권을 일탈·남용한 위법이 있다고 볼 수 없다.

라) 구 과징금 고시 Ⅱ. 5. 다. (1)항은 "매출액은 총매출액에서 부가가치세, 매출에누리, 매출환입, 매출할인 등을 제외한 순매출액으로 산정한다. 다만, 위반행위로 인하여 발생한 매출이 없는 경우에는 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 매출액을 산정할 수 있다."라고 정하고 있다. 피고는 공정거래법령상 과징금 상한의 범위에서 과징금 부과 여부와 과징금 액수를 정할 재량을 가지고 있고, 구 과징금 고시는 과징금 산정에 관한 재량권 행사의 기준으로 마련된 행정청 내부의 사무처리준칙, 즉 재량준칙으로서 이러한 재량준칙은 그 기준이 헌법이나 법률에 합치되지 않거나 객관적으로 합리적이라고 볼 수 없어 재량권을 남용한 것이라고 인정되지 않는 이상 가급적 존중되어야 하는바(대법원 2020. 11. 12. 선고 2017두36212 판결 등 참조), 위 과징금 고시 규정에 비추어 결제서비스 제공자 등 제3자에게 지급되는 수수료 등이 관련매출액에서 제외되지 않았다 하여 위법하다고는 보기 어렵다고 할 것이므로, 원고들의 이 부분 주장은 받아들이기 어렵다.

마) 원고들의 이 사건 위반행위가 전 세계에 걸쳐 장기간 이루어졌고 이로 인해 봉쇄효과가 현저하게 나타난 점에 비추어 보면, 피고가 이를 '매우 중대한 위반행위'로 보아 과징금을 산정한 것을 두고 위법하다고 할 수 없다.

바) 원고들은, F를 통해 얻는 광고 수입은 호환성 약정 및 앱마켓 서비스와는 별개로 광고주인 앱 개발자와 '앱 캠페인' 계약이라는 별도의 계약 체결을 통해 이루어

지는 것이므로, 이를 포함하여 관련매출액을 산정한 것은 중대한 사실오인이라고 주장한다. 그러나 원고들의 F를 통해 얻는 광고 수입이 호환성 약정 및 앱마켓 서비스와는 별개로 광고주인 앱 개발자와의 계약 체결을 통해 이루어지는 것이라고 하더라도, 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 기기 제조사들이 원고 A의 E 기반 F를 탑재한 기기 이외에 L OS에 기반을 둔 앱마켓을 탑재한 기기를 출시하지 못하였고, 이로 인해 앱마켓 시장에서 원고 A의 독점적 지위가 공고하게 된 점, F 앱 광고 수입은 바로 위와 같이 원고들의 이 사건 위반행위로 인해 독점적 지위가 공고화된 앱마켓에서 창출되는 것인 점 등에 비추어, F 앱 광고 수입은 원고들의 이 사건 위반행위로 인하여 직접·간접적으로 영향을 받은 매출액에 해당하므로 관련매출액에서 제외하여야 할 이유가 없다.

사) 피고는 이 사건 과징금납부명령의 관련매출액으로 E 앱마켓 시장에서의 매출액을 기준으로 하되 원고들이 앱마켓 외의 다른 D 프로그램들을 통해 얻고 있는 광고 수입을 제외한 앱마켓을 통한 수익만을 관련매출액으로 산정하였는바, 피고의 판단이 위법하다고 볼 수는 없다. 한편, 원고들은 피고가 관련매출액에 스마트 비모바일 기기에 탑재된 E 기반 앱마켓 시장에서의 매출액을 포함시킨 것은 위법하다고도 주장하나, 앞서 본 바와 같이 이 사건 시정명령의 대상에 스마트 비모바일 기기를 포함시킨 데 어떠한 위법도 없는 이상 이와 다른 전제에서 이 사건 과징금납부명령을 다투는 원고들의 이 부분 주장도 이유 없다.

6. 결론

원고들의 청구는 모두 이유 없으므로 기각한다.

재판장 판사 홍성욱

판사 황의동

판사 위광하

별지 1

시정명령 및 과징금납부명령

1. 원고들은 기기 제조사와 D 라이선스 계약을 체결하면서, 기기 제조사에게 다음과 같이 부당한 조건을 요구하는 방식으로 파편화 금지 의무 또는 호환성 확보 의무를 부과하여서는 아니 된다. 다만, 원고들은 D를 탑재하는 기기에 대하여 호환성 정의 문서 충족 등 호환성을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다.

가. 기기 제조사에게 E 파편화를 초래할 수 있는 행위 일체를 금지하는 것

나. 기기 제조사가 E 호환 가능 기기만 제조, 유통 또는 판매하도록 제한하는 것

다. 기기 제조사가 개발, 배포 또는 판매하는 E 기반 모든 소프트웨어는 E 호환 가능 기기에서 작동하도록 설계해야만 한다고 제한하는 것

라. 기기 제조사가 E 기반 소프트웨어 개발 키트(SDK)를 제3자에게 배포 또는 판매하지 못하도록 하거나, 제3자의 SDK 개발·홍보에 관여하지 못하도록 제한하는 것

마. 기기 제조사가 제3자에게 어떠한 응용프로그램 개발 인터페이스(API)도 배포 또는 판매하지 못하도록 제한하는 것

바. 기기 제조사가 제조, 유통 또는 판매하는 기기에 제3자 애플리케이션이 작동하지 못하도록 하거나, 앱마켓 등 E 기반 소프트웨어 애플리케이션에 대한 접근을 지원하는 배포점을 설치하지 못하도록 제한하는 것

사. 위 가. 내지 바.의 조건과 동일한 목적이나 효과를 가지는 행위로서 기기 제조사의 L 기반 기기의 제조, 유통 또는 판매를 제한하거나 방해하는 것

2. 원고들은 기기 제조사와 E 사전접근권 라이선스 계약을 체결하면서, 기기 제조사에게 위 1. 가. 내지 사.와 같이 부당한 조건을 요구하는 방식으로 파편화 금지 의무 또는 호환성 확보 의무를 부과하여서는 아니 된다. 다만, 원고들은 D를 탑재하는 기기에 대하여 호환성 정의 문서 충족 등 호환성을 위하여 필요한 조치를 취할 수 있

다.

3. 원고들은 이 시정명령을 받은 날부터 30일 이내에 공정거래위원회로부터 이 시정명령을 받았다는 사실 및 이 시정명령의 전체 내용을 파편화 금지 의무 관련 계약, D 라이선스 계약 또는 E 사전접근권 라이선스 계약을 체결한 사실이 있는 모든 기기 제조사에게 서면으로 통지하고 그 결과를 14일 이내에 공정거래위원회에 제출하여야 한다.

4. 원고들은 기기 제조사와 기존에 체결한 파편화 금지 의무 관련 계약, D 라이선스 계약 또는 E 사전접근권 라이선스 계약에 대해 이 시정명령을 받은 날부터 90일 이내에 이 시정명령을 준수하는 계약으로 수정하여야 한다. 다만, 원고들과 기기 제조사가 합의하는 경우 그 기간까지로 하되 최장 180일을 초과해서는 아니 된다.

가. 원고들은 기기 제조사들과 계약을 수정함에 있어서 통상적인 업계관행 및 선의에 따라 성실히 협상하여야 한다.

나. 원고들은 이 시정명령을 받은 날부터 60일(다만, 양 당사자가 합의하는 경우 그 기간) 이내에 이 시정명령을 준수한 계약안을 기기 제조사에게 송부하여야 한다.

다. 원고들은 위 가. 내지 나.의 절차가 진행되는 동안 기기 제조사와 체결한 D 라이선스 계약 또는 E 사전접근권 라이선스 계약을 해지하거나 갱신을 거절하여서는 아니 된다. 다만, 위 가.의 절차 이행을 거부하는 기기 제조사에 대해서는 그러하지 아니하다.

5. 원고들은 이 시정명령에 따라 기기 제조사와 파편화 금지 의무 관련 계약, D 라이선스 계약 또는 E 사전접근권 라이선스 계약을 새롭게 체결하거나 기존의 계약을 수정하는 경우 이 시정명령을 받은 날부터 향후 5년간 매 6개월마다 공정거래위원회에 새로운 또는 수정된 계약 내용과 이에 대한 관련 자료를 제출하여야 한다. 자료 제출 방법과 시기는 사전에 공정거래위원회와 협의를 거쳐야 한다.

6. 위 1. 내지 5.에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

가. 기기 제조사 : 대한민국에 본점을 둔 사업자로서 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 제조사 및 그 계열회사, 대한민국에 공급되는 기기를 제조, 유통 또는 판매하는 사업자 및 그 계열회사

나. 기기 : 기기 제조사가 제조, 유통 또는 판매하는 스마트폰 및 태블릿 PC를 포함한 모든 스마트 기기

다. 파편화 금지 의무 관련 계약 : 파편화 금지 계약(Anti-Fragmentation Agreement) 또는 호환성 약정(V) 등 위 1. 가. 내지 사.의 내용 및 이와 동일한 효과를 포함하고 있는 계약

라. D 라이선스 계약 : MADA(Mobile Application Distribution Agreement) 등과 같이 원고들이 기기 제조사에게 F를 포함한 D 전부 또는 일부를 라이선스 하는 계약

마. 사전접근권 : E 공식 출시 전에 기기 제조사가 E 소프트웨어에 접근할 수 있도록 하는 권한(Early Vess) 일체

바. E 사전접근권 라이선스 계약 : U(E Pre-Release³²⁾ Software License Agreement) 등과 같이 원고들이 기기 제조사에게 사전접근권을 라이선스 하는 계약

사. E 호환 가능 기기 : E 호환성 정의 문서에 부합하고, E 호환성 테스트에 합격한 E 기반 기기

아. L 기반 기기 : E 기반 기기 중 E 호환 가능 기기가 아닌 기기

7. 원고들은 이 시정명령일 이후 확정되는 외국 법원이나 경쟁당국의 구속력 있는 최종적인 판단 또는 조치나 명령이 이 시정명령과 상충되어 동시에 준수하는 것이 불가능한 경우 공정거래위원회에 이 시정명령의 재검토를 요청할 수 있다.

32) 이 사건 의결서 주문에는 "Pre-Release"라고 기재되어 있으나, 이는 "Pre-Release"의 오타임이 명백하므로 바로잡는다.

8. 원고들은 다음 각 호에 따라 과징금을 국고에 납부하여야 한다.

가. 과징금액 : 총 224,930,000,000원

1) A : 224,930,000,000원

2) B 유한회사 : 224,930,000,000원

3) C : 196,811,000,000원

4) 위 원고들 3개 사 중 1개 사가 위 과징금액을 납부한 경우, 나머지 2개 사의 위
과징금 납부의무는 과징금을 납부한 1개 사의 납부금액 만큼 소멸한다.

나. 납부기한 : 과징금 납부고지서에 명시된 납부기한(60일) 이내

다. 납부장소 : 생략. 끝.

관계 법령

◆ 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부개정되기 전의 것)

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

7. "시장지배적사업자"라 함은 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 말한다. 시장지배적사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모등을 종합적으로 고려한다.
8. "일정한 거래분야"라 함은 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.

제2조의2(국외행위에 대한 적용) 이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다.

제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)

- ① 시장지배적사업자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 "남용행위"라 한다)를 하여서는 아니된다.
 1. 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 "가격"이라 한다)를 부당하게 결정·유지 또는 변경하는 행위
 2. 상품의 판매 또는 용역의 제공을 부당하게 조절하는 행위
 3. 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 방해하는 행위
 4. 새로운 경쟁사업자의 참가를 부당하게 방해하는 행위
 5. 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하거나 소비자의 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 행위
- ② 남용행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정할 수 있다.

제4조(시장지배적사업자의 추정) 일정한 거래분야에서 시장점유율이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업자(일정한 거래분야에서 연간 매출액 또는 구매액이 40억원 미만인 사업자는 제외한다)는 제2조(정의)제7호의 시장지배적 사업자로 추정한다.

1. 1사업자의 시장점유율이 100분의 50 이상
2. 3 이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75 이상. 다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10 미만인 자를 제외한다.

제5조(시정조치) 공정거래위원회는 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반하는 행위가 있을 때에는 당해 시장지배적사업자에 대하여 가격의 인하, 당해 행위의 중지, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

제6조(과징금) 공정거래위원회는 시장지배적사업자가 남용행위를 한 경우에는 당해 사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액(대통령령이 정하는 사업자의 경우에는 영업수익을 말한다. 이하 같다)에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없거나 매출액의 산정이 곤란한 경우로서 대통령령이 정하는 경우(이하 "매출액이 없는 경우등"이라 한다)에는 10억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

제23조(불공정거래행위의 금지)

- ① 사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 "불공정거래행위"라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다.
 4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위
 5. 거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업 활동을 방해하는 행위
- ③ 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

제24조(시정조치) 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항 또는 제2항, 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지) 또는 제23조의3(보복조치의 금지)을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자[제23조(불공정거래행위의 금지)제2항 및 제23조의2(특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지)의 경우 해당 특수관계인 또는 회사를 의미한다]에 대하여 해당 불공정거래행위 또는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공행위의 중지 및 재발방지를 위한 조치, 해당 보복조치의 중지, 계약조항의 삭제, 시정명령을 받은 사실의 공표 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있다.

제24조의2(과징금)

- ① 공정거래위원회는 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항(제7호는 제외한다) 또는 제23조의3(보복조치의 금지)을 위반하는 행위가 있을 때에는 당해사업자에 대하여 대통령령이 정하는 매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 매출액이 없는 경우등에는 5억원을 초과하지 아니하는 범위안에서 과징금을 부과할 수 있다.

제55조의3(과징금 부과)

- ① 공정거래위원회는 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조 또는 제31조의2에 따라 과징금을 부과하는 경우 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.
1. 위반행위의 내용 및 정도
 2. 위반행위의 기간 및 횟수
 3. 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모등
- ⑤ 제1항의 규정에 의한 과징금의 부과기준은 대통령령으로 정한다.

◆ 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령(2021. 12. 28. 대통령령 제32274호로 전부개정되기 전의 것)

제4조(매출액 또는 구매액의 산정방법등)

- ① 법 제4조(시장지배적사업자의 추정)에서 "연간 매출액 또는 구매액"이란 해당 사업자가 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)를 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일(해당 행위가 인지일이나 신고일까지 계속되는 경우에는 인지일이나 신고일을 해당 행위의 종료일로 본다. 이하 같다)이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년 동안에 공급하거나 구매한 상품 또는 용역의 금액(상품 또는 용역에 대한 간접세를 제외한 금액을 말한다. 이하 같다)을 말한다.
- ② 법 제2조(정의)제7호 및 법 제4조(시장지배적사업자의 추정)에서 "시장점유율"이라 함은 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)의 규정에 위반한 혐의가 있는 행위의 종료일이 속하는 사업연도의 직전 사업연도 1년동안에 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액중에서 당해사업자가 국내에서 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액이 점하는 비율을 말한다. 다만, 시장점유율을 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 이를 산정할 수 있다.
- ③ 법 제2조(정의)제7호 및 법 제4조(시장지배적사업자의 추정)의 규정을 적용함에 있어서 당해사업자와 그 계열회사는 이를 하나의 사업자로 본다.
- ④ 법 제2조(정의)제7호의 규정에 의한 시장지배적사업자의 판단에 관하여 필요한 세부기준은

공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

제5조(남용행위의 유형 또는 기준)

- ③ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제3호의 규정에 의한 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해는 직접 또는 간접으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우로 한다.
 - 4. 제1호 내지 제3호외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위로서 공정거래위원회가 고시하는 행위
- ⑤ 법 제3조의2(시장지배적지위의 남용금지)제1항제5호의 규정에 의한 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래는 다음 각호의 1에 해당하는 경우로 한다.
 - 2. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우
- ⑥ 제1항 내지 제5항의 규정에 의한 남용행위의 세부적인 유형 및 기준은 공정거래위원회가 정하여 고시할 수 있다.

제9조(과징금의 산정방법)

- ① 법 제6조 본문, 제22조 본문, 제24조의2제1항 본문, 제28조제2항 본문 및 제31조의2 본문에서 "대통령령이 정하는 매출액"과 법 제28조제3항 본문에서 "대통령령으로 정하는 매출액"이란 각각 위반사업자가 위반기간동안 일정한 거래분야에서 판매한 관련 상품이나 용역의 매출액 또는 이에 준하는 금액(이하 "관련매출액"이라 한다)을 말한다. 다만, 위반행위가 상품이나 용역의 구매와 관련하여 이루어진 경우에는 관련 상품이나 용역의 매입액을 말하고, 입찰담합 및 이와 유사한 행위인 경우에는 계약금액을 말한다.
- ② 법 제24조의2(과징금)제2항 본문에서 "대통령령으로 정하는 매출액"이란 해당 사업자의 직전 3개 사업연도의 평균 매출액(이하 "평균매출액"이라 한다)을 말한다. 다만 해당 사업연도 초일 현재 사업을 개시한 지 3년이 되지 아니하는 경우에는 그 사업개시 후 직전 사업연도 말일까지의 매출액을 연평균 매출액으로 환산한 금액을, 해당 사업연도에 사업을 개시한 경우에는 사업개시일부터 위반행위일까지의 매출액을 연매출액으로 환산한 금액을 말한다.
- ③ 그 밖에 관련매출액 및 평균매출액의 산정에 필요한 사항은 공정거래위원회가 정한다.

제36조(불공정거래행위의 지정)

- ① 법 제23조(불공정거래행위의 금지)제3항에 따른 불공정거래행위의 유형 또는 기준은 별표 1의2와 같다.

제61조(과징금 부과기준)

- ① 법 제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조 및 제31조의2에 따른 과징금의 부과기준은 별표 2와 같다.
- ③ 이 영에 규정한 사항외에 과징금의 부과에 관하여 필요한 세부기준은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

[별표1의2] 불공정거래행위의 유형 및 기준(제36조제1항관련)

6. 거래상 지위의 남용

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제4호에서 "자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

라. 불이익제공

가목 내지 다목에 해당하는 행위 외의 방법으로 거래상대방에게 불이익이 되도록 거래조건을 설정 또는 변경하거나 그 이행과정에서 불이익을 주는 행위

7. 구속조건부거래

법 제23조(불공정거래행위의 금지)제1항제5호 전단에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하는 행위"라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 행위를 말한다.

가. 배타조건부거래

부당하게 거래상대방이 자기 또는 계열회사의 경쟁사업자와 거래하지 아니하는 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 행위

[별표 2] 위반행위의 과징금 부과기준(제61조제1항 관련)

1. 과징금 부과 여부의 결정

과징금은 위반행위의 내용 및 정도를 우선적으로 고려하고 시장상황 등을 종합적으로 참작하여 그 부과 여부를 결정하되, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 원칙적으로 과징금을 부과한다.

가. 자유롭고 공정한 경쟁질서를 크게 저해하는 경우

나. 소비자 등에게 미치는 영향이 큰 경우

다. 위반행위에 의하여 부당이득이 발생한 경우

라. 그 밖에 가목부터 다목까지에 준하는 경우로서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 경우

2. 과징금의 산정기준

과징금은 법 제55조의3(과징금 부과)제1항 각 호에서 정한 참작사유와 이에 영향을 미치는 사항을 고려하여 산정하되, 위반행위 유형에 따른 기본 산정기준에 위반행위의 기간 및 횟수 등에 따른 조정, 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정을 거쳐 부과과징금을 산정한다.

가. 위반행위 유형에 따른 기본 산정기준(이하 "산정기준"이라 한다)

법 제55조의3(과징금 부과)제1항제1호에 따른 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위의 중대성 정도를 "중대성이 약한 위반행위", "중대한 위반행위", "매우 중대한 위반행위"로 구분하고, 위반행위의 중대성의 정도별로 다음의 기준에 따라 산정한다.

위반행위 유형	세부 유형	관련 법조문	산정기준
1) 시장지배적 지위 남용 행위	시장지배적 지위 남용 행위	법 제3조의2제1항 및 제6조	관련매출액에 100분의 3을 곱한 금액을 초과하지 않는 범위에서, 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱하여 산정한다. 다만, 제10조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우(이하 "관련매출액을 산정하기 곤란한 경우등"이라 한다)에는 10억원 이내에서 중대성의 정도를 고려하여 산정한다.
4) 불공정거래 행위 등	가) 불공정거래 행위(부당한 지원 행위 제외)	법 제23조제1항제1호부터 제5호까지 및 제8호, 제24조의2	관련매출액에 100분의 2를 곱한 금액을 초과하지 않는 범위에서, 관련매출액에 중대성의 정도별로 정하는 부과기준율을 곱하여 산정한다. 다만, 관련매출액을 산정하기 곤란한 경우등에는 5억원 이내에서 중대성의 정도를 고려하여 산정한다.

비고: 관련매출액을 산정할 경우 관련상품의 범위는 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 정하고, 위반기간은 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간으로 하며, 매출액은 사업자의 회계자료 등을 참고하여 정하는 것을 원칙으로 하되, 각각의 범위는 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다.

나. 위반행위의 기간 및 횟수 등에 따른 조정(이하 "1차 조정"이라 한다)

법 제55조의3(과징금 부과)제1항제2호에 따른 위반행위의 기간 및 횟수를 고려하여 산정 기준의 100분의 100의 범위에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준에 따라 조정한다.

다. 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정(이하 "2차 조정"이라 한다)

법 제55조의3(과징금 부과)제1항 각 호의 사항에 영향을 미치는 위반사업자의 고의·과실, 위반행위의 성격과 사정 등의 사유를 고려하여 1차 조정된 산정기준의 100분의 50의 범위에서 공정거래위원회가 정하여 고시하는 기준에 따라 조정한다.

라. 부과과징금

1) 위반사업자(위반사업자단체를 포함한다. 이하 같다)의 현실적 부담능력이나 그 위반행위가 시장에 미치는 효과, 그 밖에 시장 또는 경제여건 및 법 제55조의3(과징금 부과)제1항제3호에 따른 위반행위로 인해 취득한 이익의 규모 등을 충분히 반영하지 못하여 과중하다고 인정되는 경우에는 2차 조정된 산정기준의 100분의 50의 범위에서 감액하여 부과과징금으로 정할 수 있다. 다만, 위반사업자의 과징금 납부능력의 현저한 부족, 위반사업자가 속한 시장·산업 여건의 현저한 변동 또는 지속적 악화, 경제위기, 그 밖에 이에 준하는 사유로 불가피하게 100분의 50을 초과하여 감액하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 100분의 50을 초과하여 감액할 수 있다. 2차 조정된 산정기준을 감액하는 경우에는 공정거래위원회의 의결서에 그 이유를 명시하여야 한다.

2) 위반사업자의 채무상태가 지급불능 또는 지급정지 상태에 있거나 부채의 총액이 자산의 총액을 초과하는 등의 사유로 인하여 위반사업자가 객관적으로 과징금을 납부할 능력이 없다고 인정되는 경우에는 과징금을 면제할 수 있다.

3. 세부기준의 제정

산정기준의 부과기준율, 관련매출액 산정에 관한 세부기준, 1차 조정 및 2차 조정, 그 밖에 과징금의 부과에 필요한 세부적인 기준과 방법 등에 관한 사항은 공정거래위원회가 정하여 고시한다.

◆ 구 시장지배적지위 남용행위 심사기준(2021. 12. 30. 공정거래위원회고시 제2021-18호로 개정되기 전의 것)

Ⅱ. 일정한 거래분야의 판단기준

일정한 거래분야는 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 거래분야를 말하며, 거래대상, 거래지역, 거래단계, 거래상대방 등에 따라 구분될 수 있다.

1. 거래대상(상품 또는 용역시장)

가. 일정한 거래분야는 거래되는 특정 상품의 가격이나 용역의 대가(이하 “가격”이라 한다)가 상당기간 어느 정도 의미있는 수준으로 인상(인하)될 경우 동 상품이나 용역의 대표적 구매자(판매자)가 이에 대응하여 구매(판매)를 전환할 수 있는 상품이나 용역의 집합을 말한다.

나. 특정 상품이나 용역이 동일한 거래분야에 속하는지 여부는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

- (1) 상품이나 용역의 기능 및 효용의 유사성
- (2) 구매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매행태
- (3) 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 행태
- (4) 통계법 제22조(표준분류)제1항의 규정에 의하여 통계청장이 고시하는 한국표준산업분류

2. 거래지역(지역시장)

가. 일정한 거래분야는 다른 모든 지역에서의 가격은 일정하나 특정 지역에서만 상당기간 어느 정도 의미있는 가격인상(가격인하)이 이루어질 경우 당해 지역의 대표적 구매자(판매자)가 이에 대응하여 구매(판매)를 전환할 수 있는 지역전체를 말한다.

나. 특정 지역이 동일한 거래분야에 속하는지 여부는 다음 사항을 고려하여 판단한다.

- (1) 상품이나 용역의 특성(부패성, 변질성, 파손성 등) 및 판매자의 사업능력(생산능력, 판매망의 범위 등)
- (2) 운송비용
- (3) 구매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 구매자들의 구매지역 전환행태
- (4) 판매자의 구매지역 전환가능성에 대한 인식 및 그와 관련한 경영의사결정 행태
- (5) 시간적, 경제적, 법적 측면에서의 구매지역 전환의 용이성

3. 거래단계

일정한 거래분야는 제조, 도매, 소매 등 거래단계별로 획정될 수 있다.

4. 거래상대방

구매자(판매자)의 특성 또는 상품이나 용역의 특수성에 의하여 상품이나 용역, 지역 또는 거래단계별로 특정한 구매자군(판매자군)이 존재하는 경우에는 이러한 구매자군(판매자군)별로 일정한 거래분야가 획정될 수 있다.

Ⅲ. 시장지배적사업자 여부 판단기준

당해 사업자가 시장지배적사업자인지 여부는 시장점유율, 진입장벽의 존재여부 및 정도, 경쟁 사업자의 상대적 규모, 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성, 유사품 및 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

1. 시장점유율

일정한 거래분야에서 당해 사업자의 시장점유율이 다음 각호의 1에 해당하는 사업자는 시장지배적사업자로 추정할 수 있다.

가. 1사업자의 시장점유율이 100분의 50이상

나. 3이하의 사업자의 시장점유율의 합계가 100분의 75이상. 다만, 이 경우에 시장점유율이 100분의 10미만인 사업자는 제외한다.

2. 진입장벽의 존재 및 정도

가. 당해 시장에 대한 신규진입이 가까운 시일내에 용이하게 이루어질 수 있는 경우에는 시장지배적사업자일 가능성이 낮아질 수 있다.

나. 신규진입의 가능성을 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- (1) 법적·제도적인 진입장벽의 유무
- (2) 필요 최소한의 자금규모
- (3) 특허권 기타 지식재산권을 포함한 생산기술조건
- (4) 입지조건
- (5) 원재료조달조건
- (6) 유통계열화의 정도 및 판매망 구축비용
- (7) 제품차별화의 정도
- (8) 수입의 비중 및 변화추이
- (9) 관세율 및 각종 비관세장벽

다. 다음 각호의 1에 해당하는 사업자가 있는 경우에는 신규진입이 용이한 것으로 볼 수 있다.

- (1) 최근 3년간 당해 시장에 신규진입한 사업자
- (2) 당해 시장에 참여할 의사와 투자계획 등을 공표한 사업자
- (3) 현재의 생산시설에 중요한 변경을 가하지 아니하더라도 당해 시장에 참여할 수 있는 등 당해 시장에서 상당기간 어느 정도 의미있는 가격인상이 이루어지면 중대한 진입비용 또는 퇴출비용의 부담없이 가까운 시일내에 당해 시장에 참여할 것으로 판단되는 사업자

3. 경쟁사업자의 상대적 규모

가. 당해 사업자에 비해 경쟁사업자의 규모가 상대적으로 큰 경우에는 시장지배적사업자일 가능성이 낮아질 수 있다.

나. 경쟁사업자의 상대적 규모를 평가함에 있어서는 다음 사항을 고려한다.

- (1) 경쟁사업자의 시장점유율
- (2) 경쟁사업자의 생산능력
- (3) 경쟁사업자의 원재료 구매비중 또는 공급비중
- (4) 경쟁사업자의 자금력

다. 당해 시장에 대량구매사업자나 대량공급사업자가 존재하는 경우(대량구매사업자나 대량공급사업자가 당해 사업자의 계열회사인 경우를 제외한다)에는 시장지배적사업자일 가능성이 낮아질 수 있다. 여기서 "대량구매사업자나 대량공급사업자"라 함은 당해 사업자의 구매액이나 공급액이 당해 시장의 국내 총공급액에서 차지하는 비율이 법 제4조(시장지배적사업자의 추정)에 규정된 시장점유율 요건에 해당되는 자를 말한다.

4. 경쟁사업자간의 공동행위의 가능성

가. 사업자간의 가격·수량 기타의 거래조건에 관한 명시적·묵시적 공동행위가 이루어지기 용이한 경우에는 시장지배적사업자일 가능성이 높아질 수 있다.

나. 사업자간의 공동행위 가능성을 평가함에 있어서는 다음 각호의 1을 고려한다.

- (1) 최근 수년간 당해 거래분야에서 거래되는 가격이 동일한 거래분야에 속하지 않는 유사한 상품이나 용역의 평균가격에 비해 현저히 높았는지 여부
- (2) 국내에서 거래되는 가격이 수출가격이나 수입가격(관세, 운송비 등을 감안한다)에 비해 현저히 높은지 여부
- (3) 당해 거래분야에서 거래되는 상품이나 용역에 대한 수요의 변동이 작은 경우로서 경쟁관계에 있는 사업자가 수년간 안정적인 시장점유율을 차지하고 있는지 여부
- (4) 경쟁관계에 있는 사업자가 공급하는 상품의 동질성이 높고, 경쟁관계에 있는 사업자간의 생산, 판매 및 구매조건이 유사한지 여부
- (5) 경쟁관계에 있는 사업자의 사업활동에 관한 정보수집이 용이한지 여부
- (6) 과거 부당한 공동행위가 이루어진 사실이 있었는지 여부

5. 유사품 및 인접시장의 존재

가. 유사품 및 인접시장이 존재하여 당해 시장에 영향을 미치는 경우에는 시장지배적사업자일 가능성이 낮아질 수 있다.

나. 유사품 및 인접시장의 존재를 판단함에 있어서는 다음 각호의 1을 고려한다.

- (1) 기능 및 효용측면에서 유사하나 가격 또는 기타의 이유로 별도의 시장을 구성하고 있다고 보는 경우에는 생산기술의 발달가능성, 판매경로의 유사성 등 그 유사상품이나 용역이 당해 시장에 미치는 영향
- (2) 거래지역별로 별도의 시장을 구성하고 있다고 보는 경우에는 시장간의 지리적 근접도, 수송수단의 존재여부, 수송기술의 발전가능성, 인접시장에 있는 사업자의 규모 등 인근 지역시장이 당해 시장에 미치는 영향

6. 시장봉쇄력

당해 사업자(계열회사를 포함한다)의 원재료 구매비율이나 공급비율(원재료 구매액이나 공급액/원재료의 국내 총공급액)이 법 제4조(시장지배적사업자의 추정)에 규정된 시장점유율 요건에 해당되면 시장지배적사업자일 가능성이 높아질 수 있다.

7. 자금력

당해 사업자의 자금력이 다른 사업자에 비해 현저히 크다면 시장지배적사업자일 가능성이 높아질 수 있다. 자금력을 평가함에 있어서는 자본 또는 부채의 동원능력, 매출액, 이윤, 순이익율, 현금흐름, 자본시장에의 접근가능성, 계열회사의 자금력 등을 고려한다.

8. 기타 고려요인

사업자가 거래선을 당해 사업자로부터 다른 사업자에게로 변경할 수 있는 가능성, 시장경쟁에 영향을 미치는 당해 사업자의 신기술 개발 및 산업재산권 보유여부 등을 고려할 수 있다.

IV. 시장지배적지위 남용행위의 세부 유형 및 기준

3. 다른 사업자의 사업활동에 대한 부당한 방해행위(법 제3조의2제1항제3호)

직접 또는 간접적으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 함으로써 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 경우(영 제5조제3항)

라. 이외에 다음과 같은 행위로서 다른 사업자의 사업활동을 어렵게 하는 행위(영 제5조제3항제4호)

- (3) 부당하게 거래상대방에게 불이익이 되는 거래 또는 행위를 강제하는 행위

5. 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래행위(법 제3조의2제1항제5호전단)

나. 부당하게 거래상대방이 경쟁사업자와 거래하지 아니할 것을 조건으로 그 거래상대방과 거래하는 경우(영 제5조제5항제2호)

이 경우 경쟁사업자의 대체거래선 확보의 용이성, 당해 거래의 목적·기간·대상자 및 당해 업종의 유통관행 등을 종합적으로 고려한다.

◆ 구 과징금부과 세부기준 등에 관한 고시(2021. 12. 29. 공정거래위원회고시 제2021-50호로 개정되기 전의 것)

II. 정의

1. 위반행위 유형에 따른 기본 산정기준

“위반행위 유형에 따른 기본 산정기준”은 과징금 산정의 기초로서 법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유중 위반행위의 내용 및 정도에 따라 위반행위를 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분하고, 각 위반행위의 유형에 따라 위반행위의 중대성의 정도 별로 정하는 기준에 따라 산정한다.(이하 “산정기준”이라 한다)

2. 위반행위의 기간 및 횟수 등에 따른 조정

“위반행위의 기간 및 횟수 등에 따른 조정”은 법 제55조의3의 규정에 의한 참작사유중 위반행위의 기간 및 횟수를 고려하여 산정기준을 조정하는 것을 말한다.(이하 “1차 조정”이라 한다)

3. 위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정

“위반사업자의 고의·과실 등에 따른 조정”은 법 제55조의3의 규정에 의한 각 참작사유에 영향을 미치는 위반사업자(위반사업자단체를 포함한다. 이하 같다)의 고의·과실 등 행위자요소, 위반행위의 성격과 사정 등의 사유를 고려하여 1차 조정을 가중 또는 감경하는 것을 말한다.(이하 “2차 조정”이라 한다)

4. 부과과징금

“부과과징금”은 2차 조정이 위반사업자의 현실적 부담능력, 당해 위반행위가 시장에 미치는 효과, 기타 시장 또는 경제여건 등을 충분히 반영하지 못하여 현저히 과중하다고 판단되는 경우에 이를 감액(면제를 포함한다)하여 부과하는 금액을 말한다.

5. 관련매출액

가. “관련매출액”은 시행령 제9조 제1항 본문에 의한 관련매출액 및 동 단서에 의한 관련 상품(상품에는 용역을 포함한다, 이하 같다)의 매입액 또는 이에 준하는 금액을 말한다.

나. 관련상품의 범위

(1) 관련상품은 위반행위로 인하여 직접 또는 간접적으로 영향을 받는 상품의 종류와 성질, 거

래지역, 거래상대방, 거래단계 등을 고려하여 행위유형별로 개별적·구체적으로 판단한다. 관련상품에는 당해 위반행위로 인하여 거래가 실제로 이루어지거나 이루어지지 아니한 상품이 포함된다.

- (2) 위 (1)에 의하여 관련상품의 범위를 정하기 곤란한 경우에는 당해 위반행위로 인하여 직접 발생하였거나 발생할 우려가 현저하게 된 다른 사업자(사업자단체를 포함한다. 이하 같다)의 피해와 연관된 상품을, 다른 사업자의 직접적 피해가 없는 경우에는 소비자의 직접적 피해와 연관된 상품을 관련상품으로 볼 수 있다.
- (3) 관련상품의 범위를 결정할 때에는 「통계청장이 고시하는 한국표준산업분류상 5단위 분류 또는 광공업조사통계보고서상의 8단위 분류」 또는 「당해 사업자의 품목별 또는 업종별 매출액 등의 최소 회계단위」를 참고할 수 있다.

다. 매출액의 산정

- (1) 매출액은 총매출액에서 부가가치세, 매출에누리, 매출환입, 매출할인 등을 제외한 순매출액으로 산정한다. 다만, 위반행위로 인하여 발생한 매출이 없는 경우에는 과거 실적, 관련 사업자의 계획, 시장상황 등을 종합적으로 고려하여 매출액을 산정할 수 있다.

6. 위반기간

가. “위반기간”은 위반행위의 개시일부터 종료일까지의 기간을 말한다. 개시일 또는 종료일이 불분명한 경우에는 사업자의 영업·재무관련 자료, 임직원·거래관계인 등의 진술, 동종 또는 유사업종을 영위하는 다른 사업자들의 영업 및 거래실태·관행, 시장상황 등을 고려하여 이를 산정할 수 있다.

나. 다음의 경우에는 특정일을 위반행위의 종료일로 본다.

- (1) 위반행위가 과징금 부과처분을 명하는 공정거래위원회의 심의일까지 종료되지 아니한 경우에는, 당해 사건에 대한 공정거래위원회의 심의일을 위반행위의 종료일로 본다.

12. 심의일

“심의일”은 공정거래위원회의 전원회의 또는 소회의의 의장이 공정거래위원회회의운영및사건절차등에관한규칙(공정거래위원회 고시, 이하 “사건절차규칙”이라 한다) 제3장에 정한 절차에 따라 심의에 부의한 사건에 대하여 각 회의가 의결을 위하여 심의를 진행한 날을 말한다. 만일 심의가 2회 이상 진행되었다면 마지막 심의일을 말한다.

Ⅲ. 과징금 부과 여부의 결정

2. 행위유형별 기준

가. 시장지배적 지위 남용행위

법 제3조의2 제1항에 위반되는 행위에 대하여는 원칙적으로 과징금을 부과한다. 다만, 위반행위의 동기 및 효과, 시장상황 등 구체적인 사정을 고려할 때 과징금을 부과하지 아니하는 것이 타당하다고 인정되는 경우에는 과징금을 부과하지 아니할 수 있다.

라. 불공정거래행위(부당한 지원행위 제외) 및 재판매가격 유지행위

(1) 공동의 거래거절, 계열회사를 위한 차별, 집단적 차별 등의 행위에 대하여는 원칙적으로 과징금을 부과한다. 그 외의 유형에 해당하는 불공정거래행위(시행령 별표 1의2에 규정된 세부행위 유형을 말한다) 및 재판매가격 유지행위에 대하여는 ① 다수의 경쟁사업자, 거래상대방 또는 소비자에게 상당한 손해가 실제로 발생하였거나 발생할 우려가 현저한 경우, ② 위반사업자가 위반행위로 인하여 부당이익을 얻은 경우, 또는 ③ 위반행위가 악의적으로 행해진 경우에 원칙적으로 과징금을 부과한다.

IV. 과징금의 산정기준

1. 위반행위 유형별 산정기준

산정기준은 위반행위를 그 내용 및 정도에 따라 “중대성이 약한 위반행위”, “중대한 위반행위”, “매우 중대한 위반행위”로 구분한 후, 위반행위 유형별로 아래에 정한 중대성의 정도별 부과기준율 또는 부과기준금액을 적용하여 정한다. 이 경우 위반행위 중대성의 정도는 위반행위 유형별로 마련된 [별표] 세부평가 기준표에 따라 산정된 점수를 기준으로 정한다. 다만, 위반행위로 인하여 발생한 경쟁질서의 저해정도, 관련시장 현황, 시장에 미치는 영향 및 그 파급효과, 관련 소비자 및 사업자의 피해정도, 부당이익의 취득 여부, 위반행위 전후의 사정, 기타 위반사업자와 다른 사업자 또는 소비자와의 관계 등을 종합적으로 고려하여 위반행위 중대성의 정도를 달리 정할 수 있다. 이 경우 그 이유를 의결서에 명시하여야 한다.

가. 시장지배적 지위 남용행위

(1) 관련매출액에 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 곱하여 산정기준을 정한다.

중대성의 정도	기준표에 따른 산정점수	부과기준율
매우 중대한 위반행위	2.2 이상	2.3% 이상 3.0% 이하
중대한 위반행위	1.4 이상 2.2 미만	1.5% 이상 2.3% 미만
중대성이 약한 위반행위	1.4 미만	0.3% 이상 1.5% 미만

(2) 관련매출액을 산정하기 곤란하거나 영 제10조 제1호 또는 제3호에 해당하는 경우에는 위반

행위 중대성의 정도별 부과기준금액의 범위 내에서 산정기준을 정한다(법 제6조 단서).

중대성의 정도	기준표에 따른 산정점수	부과기준금액
매우 중대한 위반행위	2.2 이상	8억원 이상 10억원 이하
중대한 위반행위	1.4 이상 2.2 미만	4억원 이상 8억원 미만
중대성이 약한 위반행위	1.4 미만	5천만원 이상 4억원 미만

라. 불공정거래행위(부당한 지원행위 제외) 및 재판매가격 유지행위

(1) 관련매출액에 위반행위 중대성의 정도별 부과기준율을 곱하여 산정기준을 정한다.

중대성의 정도	기준표에 따른 산정점수	부과기준율
매우 중대한 위반행위	2.2 이상	1.6% 이상 2.0% 이하
중대한 위반행위	1.4이상 2.2미만	0.8% 이상 1.6% 미만
중대성이 약한 위반행위	1.4 미만	0.1% 이상 0.8% 미만

(2) 관련매출액을 산정하기 곤란하거나 영 제10조 제1호 또는 제3호에 해당하는 경우에는 위반 행위 중대성의 정도별 부과기준금액의 범위 내에서 산정기준을 정한다(법 제24조의2 단서).

2. 1차 조정 (생략)

3. 2차 조정 (생략)

4. 부과과징금의 결정

라. 하나의 행위가 여러 개의 법령규정에 위반될 경우 이 고시에서 정한 방식에 의하여 각 위반행위 별로 산정된 임의적 조정과징금 중 가장 큰 금액을 기준으로 부과과징금을 결정한다.

바. 부과과징금을 결정함에 있어서 1백만원 단위 미만의 금액은 버리는 것을 원칙으로 한다. 다만, 공정거래위원회는 부과과징금의 규모를 고려하여 적당하다고 생각되는 금액단위 미만의 금액을 버리고 부과과징금을 결정할 수 있다.

사. 과징금 부과 기준이 되는 매출액 등이 외국환을 기준으로 산정되는 경우에는 그 외국환을 기준으로 과징금을 산정하되, 공정거래위원회의 합의일에 X은행이 최초로 고시하는 매매기준율을 적용하여 원화로 환산하여 부과과징금을 결정한다. 다만, X은행이 고시하지 않는 외국환의 경우에는 미국 달러화로 환산한 후 이를 원화로 다시 환산한다. 끝.