

시정명령등취소청구의소

[서울고등법원 2018. 1. 31. 2015누38278]



【전문】

【원 고】 주식회사 엘지유플러스(소송대리인 변호사 양대권 외 1인)

【피 고】 공정거래위원회(소송대리인 변호사 최수희)

【피고보조참가인】 인포뱅크 주식회사(소송대리인 법무법인 로고스 담당변호사 안민 외 1인)

【변론종결】2017. 12. 13.

【주문】

- 】
1. 피고가 2015. 2. 23. 의결 제2015-049호로 원고에게 한 별지 기재 시정명령 및 과징금납부명령을 모두 취소한다.
 2. 소송비용 중 보조참가로 인한 부분은 피고보조참가인이, 나머지는 피고가 각 부담한다.

【청 구 취 지】주문과 같다.

【이유】

】1. 처분의 경위

가. 원고의 지위와 일반현황

원고는 전기통신사업법 제6조에 따라 미래창조과학부 장관의 허가를 받은 기간통신사업자로서 이동전화서비스 및 유선통신서비스를 제공하고 있으며, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라 한다) 제2조 제1호의 사업자에 해당한다.

무선통신업을 영위하던 주식회사 엘지텔레콤(이하 회사명을 지칭할 때는 '주식회사'를 생략한다)이 2010. 1. 1. 유선통신업을 영위하던 엘지데이콤과 엘지파워콤을 흡수합병하여 현재의 원고가 되었다.

원고의 최근 4년간 전체 매출액, 당기순이익, 기업메시징 관련 사업의 매출액은 아래와 같다.

원고의 일반현황

(단위: 백만 원) 연 도 2010 2011 2012 2013 매출액 8,498,507 9,251,407 10,904,831 11,452,151 당기순이익 564,468 880,850 △ 62,584 277,512 기업메시징 매출액 1) 118,239 148,641 176,175 212,757 SMS 매출액 (추정) 112,503 136,034 145,240 160,234

기업메시징매출액

나. 시장구조 및 실태

1) 기업메시징서비스의 개요

기업메시징서비스는 기업의 컴퓨터에서 이동통신사업자의 무선통신망을 통해 사용자의 휴대폰단말기로 문자메시지(SMS, MMS 등)를 전송해주는 것으로, 대표적인 적용사례로는 신용카드 승인, 은행 입출금, 증권거래, 쇼핑주문배송 알림 문자서비스 등이 있으며, 은행·카드사·증권사 등 금융기관, 공공기관, 쇼핑몰, 병원 등 다양한 영역에서 활용되고 있다.

기업메시징서비스 흐름

한편, 기업메시징서비스는 전기통신사업법 제2조에 따라 기간통신역무 외의 전기통신역무로서 부가통신역무에 해당하며, 이 사업을 영위하기 위해서는 같은 법 제22조에 따라 미래창조과학부 장관에게 신고하여야 한다.

다만 기간통신사업자가 부가통신사업을 경영하려는 경우에는 부가통신사업을 신고한 것으로 보도록 되어 있어, 기간통신사업자는 별도 신고 없이 이 사업을 수행할 수 있다.

현재 이동통신역무를 수행하는 3개 기간통신사업자 중에서는 SK텔레콤을 제외한 원고 및 케이티가 기업메시징서비스를 생산 및 판매하고 있다.

2) 기업메시징서비스 사업구도 및 주요 사업자

기업메시징서비스 시장은 거래단계별로 ① 이동통신사업자-기업메시징사업자 간 기업메시지 전송서비스(이하 '전송서비스'라 한다) 거래와 ② 기업메시징사업자-기업고객 간 기업메시징서비스 거래로 구분할 수 있다.

기업메시징서비스 사업구도

기간통신사업자인 이동통신사업자는 기업메시징사업자와 전송서비스에 대한 계약을 체결하고, 미래창조과학부에 신고한 전송서비스 이용약관의 요금기준에 따라 무선통신망을 통해 이동통신가입고객에게 문자메시지를 발송하는 전송서비스를 제공한다.

이때 특정 이동통신서비스에 가입한 이용자에 대해서는 해당 이동통신사업자만이 문자메시지를 보낼 수 있는바, 기업고객이 특정 이동통신망 가입고객에게만 메시지를 보내고자 하는 것이 아닌 이상, 기업메시징사업자는 국내 모든 이동통신사업자와 전송서비스 계약을 체결하여야 한다.

기업메시징사업자는 크게 무선통신망을 보유한 사업자(원고, 케이티)와 무선통신망을 보유하지 않은 '일반 기업메시징사업자'(인포뱅크, 다우기술, 삼성에스디에스, SK브로드밴드, SK텔링크, SK네트웍스서비스, 슈어엠, 스탠다드네트웍스 등)로 구분되는바, 일반 기업메시징사업자는 3개 이동통신사업자와 전송서비스 계약을 체결하고, 무선통신망을 보유한 원고와 케이티는 각각 자신을 제외한 다른 2개 이동통신사업자와 전송서비스 계약을 체결하고 있다.

3) 기업메시징서비스의 재판매사업 및 주요 사업자

기업메시징서비스와 관련된 사업자 중에는 기업메시징사업자가 생산한 상품을 구매하여 이를 판매하는 '재판매사업자'가 있다.

기업메시징서비스의 수요자인 기업고객에는 금융기관, 공공기관, 대기업 등 메시지 발송물량이 많은 대형고객 외에 동네 슈퍼마켓, 병원, 개인사업자 등 소형 기업고객도 있다.

이동통신사업자의 전송서비스가 발송량에 따른 계단식 가격구조를 택하고 있어 기업메시징서비스 상품 또한 발송량이 많을수록 단가가 낮아지는 특성이 있다.

따라서 메시지 발송물량이 적은 이들 소형 기업고객이 기업메시징사업자로부터 직접 구매할 경우 상대적으로 비싼 가격으로 기업메시징서비스를 이용하게 된다.

이와 같은 상황에서 재판매사업자는 다수의 소형 기업고객의 수요를 묶어서 기업메시징사업자와 거래함으로써 보다 저렴한 가격으로 기업메시징서비스 상품을 구매하여 이를 재판매하는바, 소형 기업고객들은 재판매사업자를 통해 보다 저렴한 가격에 기업메시징서비스를 이용할 수 있다.

따라서 원고는 재판매사업자를 통해 자신의 기업메시징서비스 상품을 간접적으로 판매할 수 있고 재판매사업자가 이러한 고객을 많이 확보하게 되면 원고의 기업메시징서비스 매출도 증가하는 점에서, 재판매사업자는 기업메시징사업자의 1차적인 고객임과 동시에 그 하부영업조직 또는 대리점과 같은 역할을 수행하게 된다.

기업메시징사업자와 재판매사업자 비교

기업메시징사업자재판매사업자기업메시징서비스의 생산여부이동통신사업자와 전송서비스 계약을 체결하여 기업메시징서비스를 직접 생산직접 생산하지 않고, 기업메시징사업자로부터 기업메시징서비스를 구매판매과정자신이 생산한 서비스를 기업고객(재판매사업자 포함)에게 직접 판매기업메시징사업자로부터 1차적으로 구매한 서비스를 기업고객에게 재판매(소규모고객 위주)서비스 관리 측면스팸메일 관리, 시스템 운영, 고객센터 운영, AS, 품질관리 등 직접적 책임 부담스팸관리 등 책임 부담 없음기업메시징사업자와의 관계원고 등 기업메시징사업자와 경쟁관계원고 등 기업메시징사업자로부터 기업메시징서비스를 1차적으로 구매하는 기업고객이자 소규모 고객 위주로 영업하는 일종의 하부 영업조직으로서 기능

이와 같이 기업메시징사업자는 자신이 생산한 기업메시징서비스 상품을 금융기관, 공공기관 등에 직접 판매할 수도 있고, 1차적으로 재판매사업자에게 판매한 후 최종 이용자에게 간접적으로 판매할 수도 있는바, 직접 이용고객과 재판매사업자가 모두 자신의 상품을 수요하는 기업고객의 성격을 갖게 된다.

재판매사업자까지 포함한 거래구조는 아래와 같다.

기업메시징서비스 사업구도(재판매사업자 포함)

그런데 기업메시징사업자 중에는 이동통신사업자와의 전송서비스 이용계약을 바탕으로 기업메시징서비스를 직접 생산하여 판매하면서 동시에 다른 기업메시징사업자의 상품을 구매하여 재판매하기도 하는 사업자가 존재한다.

이들은 원고와 같은 기업메시징사업자와 경쟁 관계에 있으면서 동시에 고객의 성격도 갖게 된다.

결과적으로 기업메시징사업자는 ① 원고, 케이티와 같이 무선통신망을 보유하여 전송서비스도 제공하면서 기업메시징서비스업을 영위하는 사업자, ② 3개 이동통신사업자와의 전송서비스 이용계약을 바탕으로 기업메시징서비스를 생산·판매하는 사업자, ③ 기업메시징서비스를 생산·판매하면서 다른 기업메시징사업자의 상품을 재판매하기도 하는 사업자로 구분될 수 있다.

각 분야별 주요 사업자는 아래와 같다.

기업메시징서비스업 관련 주요 사업자

영위업종주요 사업자이동통신사업만 영위(전송서비스 생산·판매)SK텔레콤기업메시징 서비스업 영위이동통신사업 + 기업메시징서비스업 병행 - 전송서비스 및 기업메시징서비스 생산·판매원고, 케이티기업메시징서비스업만 영위 - 기업메시징서비스 생산·판매다우기술, 스탠다드네트웍스, SK네트웍스서비스 등기업메시징서비스업 + 재판매사업 병행 - 기업메시징서비스 생산·판매 및 재판매인포뱅크, 슈어엠, 삼성SDS, SK텔링크 등재판매사업만 영위씨제이시스템즈, 롯데정보통신, 씨제이헬로비전 등

4) 기업메시징서비스 시장의 발전

기업메시징서비스 시장은 2000년대 초 인포뱅크가 은행, 카드사 등 금융기업을 통해 이용고객의 카드승인내역, 은행계좌 입출금 내역 등 각종 금융 알림 문자서비스를 제공하기 시작하면서 형성되었다.

다만 시장 형성 당시에는 기업메시징서비스에 대한 시장의 인식이 낮은 편이었기에 금융사고 예방 및 마케팅 등 일부 영역에서만 한정적으로 사용되었다.

그 이후 금융정보, 개인정보, 마케팅 문자를 중심으로 수요가 급증하면서 시장이 빠르게 성장하였다.

이 과정에서 원고의 합병 전 법인인 엘지데이콤, 케이티, 스탠다드네트웍스, 다우기술, 삼성네트웍스(현 삼성SDS), SK텔링크 등이 시장에 진입하였다.

무선통신망을 이용하는 기업메시징서비스는 그 자체가 갖는 신속성·정확성·보안성·안정성 등 많은 장점으로 인해 매년 10%대의 성장률을 보이고 있으며, 단문메시지(SMS) 중심에서 최근에는 장문 및 멀티미디어 메시지(LMS/MMS)의 영역으로 확대되고 있다.

5) 원고의 기업메시징서비스 시장 진출

원고는 2003년 경 합병 전 법인인 구 엘지데이콤이 당시 자회사였던 한국인터넷데이터센터(KIDC: Korea Internet Data Center)를 통해 인포뱅크의 재판매사업자로 시장에 진출하였다.

이후 엘지데이콤은 2006년 3월 한국인터넷데이터센터를 흡수합병하고 기업메시징서비스 사업을 시작하였다.

6) 기업메시징서비스의 시장 현황

기업메시징서비스 시장의 규모와 관련한 정확한 통계는 없으나, 2013년 현재 약 4,400억 원 규모로 추정된다.

기업메시징서비스 시장은 2006년 88,640백만 원 규모에서 2008년 171,452백만 원으로 2년 만에 약 2배 성장하였으며, 이후에도 매년 10~20%씩 성장하여 2013년에는 2006년의 약 5배 규모로 성장하였다.

기업메시징사업자들의 전송서비스 이용건수 및 시장점유율 현황은 아래와 같다.

기업메시징사업자의 시장점유율 현황(SMS 기준)

(단 위: 백 만 건, %) 연 도 2 0 1 0 2 0 1 1 2 0 1 2 2 0 1 3 건 수 점 유 율 건 수 점 유 율 건 수 점 유 율 건 수 점 유 율 원 고 7,76033.039,43535.7510,73837.6114,77946.22케이티3,26713.914,80518.216,79123.798,07125.24인포뱅크 3,12113.283,51113.303,04810.682,5267.90삼성SDS1,6837.161,6856.391,3744.811,0023.13SK네트웍스서비스 1,6376.971,6376.201,3454.711,1093.47SK텔링크1,4696.259843.739513.339092.84SK브로드밴드-- 5552.111,1694.098862.77다우기술1,2655.381,4645.551,3304.661,6115.04스탠다드네트웍스 1,5856.751,1334.296773.257582.37슈어엠1,0484.468813.347852.752070.65필링크5552.361660.63-0.00-0.00에어미 디어200.09370.14840.291200.38그레디프850.36930.3580.03-0.00합계23,49510026,38910028,55010031,978100 다.

원고의 행위

1) 전송서비스 판매 및 구입

원고를 포함한 국내 3개 기간통신 이동통신사업자는 기업메시징서비스 생산의 필수 원재료가 되는 전송서비스를 다른 기업메시징사업자에게 판매하고 있다.

원고를 포함한 이동통신사업자들은 전송서비스 이용요금을 약관으로 정하여 전기통신사업법에 따라 미래창조과학부에 신고한다.

이 약관에 따라서 3개 이동통신사업자 모두 전송건수가 많아질수록 건당 이용단가가 저렴해지는 계단식 가격체계를 택하고 있다.

또한, 3사 모두 월 10만 원의 기본료를 내면 2,500건까지는 추가 비용 없이 발송할 수 있으며, 이후에는 아래 표 같이 전체 이용요금이 결정된다.

구간별 이용단가는 통신사별로 다르게 정해져 있으나, 최저 단가는 SK텔레콤의 경우 3,000만 건 초과 시 건당 9원, 케이티의 경우 2,000만 건 초과 시 건당 9원, 원고의 경우 100만 건 초과 시 건당 10원으로 정해져 있다.

전송서비스 월 이용요금(SMS 기준)

이와 같이 원고는 자신이 보유한 무선통신망을 이용하는 전송서비스를 다른 기업메시징사업자들에게 건당 10~20원에 판매하고 있다.

또한, 원고는 자신의 기업메시징서비스를 판매하기 위하여 SK텔레콤 및 케이티로부터 전송서비스를 건당 9~20원에 구입하고 있다.

2) 원고의 기업메시징서비스의 판매

원고는 2010. 6.부터 2013. 12. 기간 중 삼성SDS, 씨제이시스템즈, 한소프트, 은세텔레콤, 에이치디비정보통신, SK텔링크 등 다수의 기업고객에게 기업메시징서비스를 아래의 전송서비스 건당 평균 최저 이용요금 수준보다 낮은 가격에 판매하였다(이하 '이 사건 행위'라 한다). 즉, 원고는 기업메시징서비스를 판매하면서 자신이 SK텔레콤 또는 케이티로부터 구입하는 전송서비스 이용요금보다 낮고, 또한 자신이 다른 기업메시징사업자들에게 제공하는 전송서비스 최저 이용요금 단가보다 낮은 수준인 8원대부터 판매하고 있다.

전송서비스 건당 평균 최저 이용요금 현황

기간별건당 평균 최저 이용요금 2011.11.1. 이후건당 9.2원7)(SKT 9원 * 50% + KT 9원 * 30% + LG U+ 10원 * 20%) 2011.10.1.~2011.10.30건당 9.5원(SKT 9원 * 50% + KT 10원 * 30% + LG U+ 10원 * 20%) 2009.10.1.~2011.9.30건당 10원(SKT 10원 * 50% + KT 10원 * 30% + LG U+ 10원 * 20%)

건당 9.2원

라. 피고의 처분

피고는 2015. 2. 23. 전원회의 의결 제2015-049호로, 이 사건 행위는 아래와 같은 이유로 국내 무선통신망을 통한 기업메시징서비스 시장의 시장지배적 사업자인 원고의 시장지배적 지위 남용행위로서 '부당하게 상품 또는 용역을 통상 거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우'에 해당하므로 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호, 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호에 위반하여 위법하다는 이유로, 공정거래법 제5조, 제6조, 제55조의3에 따라 원고에게 별지 기재와 같은 시정명령 및 과징금납부명령을 하였다(이하 '이 사건 처분'이라 하고, 위 시정명령 부분을 '이 사건 시정명령'이라 한다).

1) 이 사건에서 관련 상품은 이동통신사업자의 무선통신망을 통해 이용고객에게 휴대폰 문자메시지의 형태로 기업고객의 메시지를 전송할 수 있도록 하는 기업메시징서비스로, 이 사건 관련시장은 "무선통신망을 통한 기업메시징서비스 시장"으로 확정한다.

또한, 기업메시징서비스는 전국적으로 구축된 무선통신망을 바탕으로 국내의 모든 이용고객에게 전송되고 지역적 구분 없이 전 지역에 동일한 요금이 적용되는 점, 망을 기반으로 하는 산업의 특성상 해외 통신사업자로부터의 서비스 수입·수출이 사실상 곤란한 점 등을 감안할 때, 이 사건의 관련 지리적 시장은 '국내시장'으로 확정한다.

2) 원고는 적어도 합병을 통해 무선통신망을 보유하기 시작한 2010년 1월부터 관련시장의 시장지배적 사업자에 해당한다.

3) 기업메시징서비스 시장의 통상거래가격을 일률적으로 정하기는 어렵다.

그러나 기업메시징서비스 시장의 거래구조를 감안할 때, 기업메시징서비스 시장의 통상거래가격 수준, 즉 정상적으로 이루어지는 거래에서 적용되는 가격수준을 추론하면, 앞서 본 건당 평균 최저 이용요금 단가가 객관적으로 가정할 수 있는 최저 수준의 통상거래가격에 해당한다고 볼 수 있으므로 적어도 위 단가 미만으로 판매한 행위는 통상거래가격에 비해 낮은 대가로 공급한 것이 분명하다.

4) 또한, 이 사건 행위는 경쟁 기업메시징사업자가 기업메시징서비스 시장에서 퇴출되거나 새로운 경쟁사업자의 진입 기회가 봉쇄되는 것과 같은 경쟁제한 효과를 초래할 우려가 있고, 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한하고 경쟁사업자를 배제함으로써 인위적으로 시장의 경쟁질서에 영향을 가하고 자신의 독과점적 지위를 강화하려는 의도나 목적에 따른 것이다.

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

2. 이 사건 처분의 적법 여부

가. 원고의 주장

1) 어플리케이션 푸쉬알림 서비스(이하 '앱 푸쉬 서비스'라 한다)와 카카오톡 등 스마트폰 모바일 메신저를 통한 알림서비스는 문자메시지 형태의 기업메시징서비스와 경쟁관계에 있는 상품들이므로, 이를 관련 상품 시장에서 제외한 피고의 시장획정은 위법하다.

2) 설령 피고의 시장획정이 적법하다 하더라도, 기업메시징서비스 시장에서 원고의 시장점유율이나 원고를 포함한 상위 3개 사업자의 시장점유율 합계가 공정거래법 제4조 각호의 시장지배적 사업자의 추정요건을 충족하지 못하고, 원고는 위 시장에서 케이티, SK텔레콤 계열회사 등의 경쟁사업자들과 치열하게 경쟁하고 있으므로 기업메시징서비스 시장의 거래조건을 결정, 유지 또는 변경할 수 있는 시장지위를 가진 시장지배적 사업자로 볼 수 없다.

원고가 시장지배적 사업자에 해당함을 전제로 이루어진 이 사건 처분은 위법하다.

3) 피고는 통상거래가격을 입증하지 못하였으므로, 원고의 이 사건 행위가 통상거래가격 미만 판매행위에 해당한다고 볼 수 없다.

4) 원고는 독점을 유지·강화할 의도나 목적 하에 이 사건 행위를 하였다고 볼 수 없고, 원고의 이 사건 행위로 인하여 기업메시징서비스 시장에 부당한 경쟁제한의 효과가 발생할 우려가 있다고 할 수 없다.

따라서 시장지배적 지위 남용행위의 '부당성' 요건이 충족되지 않는다.

5) 이 사건 시정명령 역시 다음과 같은 이유로 위법하다.

가) 이 사건 처분의 시정명령 중 '금지명령'은 원고로 하여금 피고가 인정한 통상거래가격보다 훨씬 더 높은 수준으로 가격을 인상하게 하는 것이고, 이는 결국 시장에서의 서비스 가격이 훨씬 높아지게 되는 폐해를 야기하게 되어 위법하다.

나) 이 사건 처분의 시정명령 중 '회계분리명령'은 원고로 하여금 구조적으로 기업메시징서비스 사업을 분리하도록 명하는 것으로 공정거래법상 허용되지 않는 것일 뿐만 아니라, 그 내용이 매우 불명확하고 이행기간이 지나치게 짧아 원고가 이를 이행하는 것이 현실적으로 불가능하다.

나. 판단

1) 시장지배적 사업자 여부

가) 관련시장 획정의 위법 여부

(1) 관련범리

관련 상품시장은 일반적으로 시장지배적 사업자가 시장지배력을 행사하는 것을 억제하여 줄 경쟁관계에 있는 상품 등의 범위를 말하는 것으로서, 구체적으로는 거래되는 상품 등의 가격이 상당기간 어느 정도 의미 있는 수준으로 인상 또는 인하될 경우 그 상품 등의 대표적 구매자 또는 판매자가 이에 대응하여 구매 또는 판매를 전환할 수 있는 상품 등의 집합을 의미하고, 그 시장의 범위는 거래에 관련된 상품 등의 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 상품 등의 생산을 위하여 필요한 다른 상품 등 및 그 상품 등을 기초로 생산되는 다른 상품 등에 관한 시장의 상황, 시간적·경제적·법적 측면에서의 대체의 용이성 등도 함께 고려하여야 한다(대법원 2011. 6. 10. 선고 2008두16322 판결 참조).

(2) 판단

앞서 인정한 사실, 앞서 채택한 증거, 을가 제9, 12호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음 각 사정을 종합하면 피고가 국내 무선통신망을 통한 기업메시징서비스 시장을 관련시장으로 획정한 것에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없고 갑 제8, 9호증의 각 기재만으로 위 인정을 뒤집기에 부족하다.

이 부분 원고의 주장은 이유 없다.

① 기업메시징서비스와 앱 푸쉬 서비스, 카카오톡 등 스마트폰 모바일 메신저를 통한 메시지 전달 등은 모두 기업 고객의 메시지를 대량으로 이용고객의 휴대폰 단말기로 전송하는 기능을 한다는 점에서 그 기능상의 유사성이 있기는 하다.

② 그러나 카카오톡 알림톡 서비스는 이 사건 처분이 이루어진 2015. 2. 23. 이후인 2015. 9. 22.경에야 비로소 시행되었으므로, 처분의 위법 여부는 그 처분 당시를 기준으로 판단하는 이상(대법원 2013. 6. 28. 선고 2013두2778 판결 참조), 피고가 위 서비스를 관련 상품으로 고려하지 않은 것이 이 사건 시장획정의 위법여부에 관한 판단에서 고려해야 할 사항으로 보기 어렵다.

③ 시장획정에 있어 기술발전의 속도 등에 대한 고려가 필요하다는 주장에 관하여 본다.

피고의 이 사건 처분 당시에는 개별 기업들이 모바일 메신저에서 당해 기업을 친구로 추가한 고객 또는 당해 기업이 제공하는 어플리케이션을 설치한 고객 등에 한하여 메시지를 전송하는 형태의 카카오톡 옐로 아이디 또는 앱 푸쉬 서비스 등만이 존재하는 상황이었다.

원고가 주장하는 모바일 메신저인 카카오톡 가입자 전원에게 메시지 전송이 가능한 카카오톡 알림톡 서비스 등에 관하여 피고가 이 사건 처분 당시 그 출시여부와 기업메시징시장에서의 영향력 정도 등을 예견할 수 있었다고 보기는 어렵다.

즉 현대 사회의 급격한 기술발전의 속도를 고려할 때, 피고의 이 사건 처분 후 약 7개월이 지난 시점에 어느 기업이 어떠한 기술을 이용해서 어떤 서비스를 출시할지, 그 새로운 기술을 이용한 서비스가 기업메시징서비스 시장에서 어느 정도 영향력이 있을지 등을 미리 고려하여야 한다고 요구하는 것은 사실상 불가능한 것을 피고에게 요구하는 것이다.

④ 기업메시징서비스와 앱 푸쉬 서비스 사이에는 이 사건 처분 당시에는 물론 현재에도 의미 있는 수준의 가격 차이가 존재하고 있음에도 앱 푸쉬 서비스가 기업메시징서비스를 상당 부분 대체하고 있다고 보기 어렵다.

앱 푸쉬 서비스의 발전에도 불구하고 기업메시징서비스 시장은 꾸준히 확대되고 있다.

⑤ 또한, 아래와 같이 기업메시징서비스와 앱 푸쉬 서비스 사이에는 신뢰성·보편성·보안성 등의 각 측면에서 그 효용의 차이가 존재한다.

이러한 효용의 차이를 고려하면 판매자인 기업메시징서비스 사업자 및 구매자인 기업들은 앱 푸쉬 서비스와 기업메시징서비스를 대체가능한 것으로 인식하고 있다고 보기 어렵다.

㉠ 앱 푸쉬 서비스를 통하여 기업의 메시지를 이용고객에게 전달하기 위해서는 이용고객이 직접 특정 기업의 어플리케이션을 설치하고, 정보알림을 원한다는 적극적 의사표시를 하여야 한다.

㉡ 기업 입장에서는 이용고객에게 특정 어플리케이션의 설치를 강제할 수 없고, 어플리케이션을 설치한 경우라도 이용자가 이를 손쉽게 삭제하거나 메시지 수신을 거부할 수 있을 뿐만 아니라 어플리케이션 업데이트 지연 등의 사정으로 메시지의 정확한 수신이 담보되지 않는다.

㉢ 앱 푸쉬 서비스를 통하여 특정 기업의 메시지를 전달받기 위해서는 개별 기업별로 그들이 제공하는 어플리케이션을 모두 설치하여야 하는데, 핸드폰 용량 및 데이터 요금 등의 문제로 이용고객이 기업메시징서비스를 제공하는 모든 기업의 어플리케이션을 모두 설치하여 메시지를 수신할 것을 기대하기는 현실적으로 불가능하다.

㉤ 전체 이용고객 중 약 30%에 달하는 피쳐폰 이용자에게는 앱 푸쉬 서비스를 통한 메시지 전달이 불가능하다.

따라서 전체 휴대폰 가입자에 대한 메시지 전달이 가능한 기업메시징서비스와 앱 푸쉬 서비스는 메시지 전달범위에 있어서도 현저한 차이가 존재한다.

㉥ 앱 푸쉬 서비스는 인터넷 또는 무선 데이터망을 사용하여 메시지가 전달되므로 인터넷 트래픽에 과부하가 걸리면 메시지가 도달되지 않거나 지연 도달하는 경우가 많고, 기업메시징서비스와 같은 전용회선을 통한 전송에 비해 해킹이나 데이터 유실의 가능성도 높은 것으로 알려져 있다.

나) 시장지배적 사업자인지 여부

(1) 관련 법리

공정거래법 제2조 제7호는 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 시장지배적 사업자를 판단함에 있어서는 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 등을 종합적으로 고려한다고 규정하고 있다.

또한, 시장지배적 지위 남용행위 심사기준은 시장지배적 사업자인지 여부는 위 시장점유율, 진입장벽의 존재 및 정도, 경쟁사업자의 상대적 규모 외에도 경쟁사업자간의 공동행위 가능성, 유사품 또는 인접시장의 존재, 시장봉쇄력, 자금력 등을 고려하여 판단하도록 규정하고 있다.

(2) 판단

앞서 인정한 사실, 앞서 채택한 증거에 의하여 알 수 있는 다음 각 사정을 고려하면 원고는 국내 기업메시징서비스 시장에서 시장지배적 사업자에 해당한다.

① 원고는 기업메시징서비스 시장의 1위 사업자이고, 2013년 기업메시징서비스 시장에서 원고를 포함한 상위 3개 사업자의 시장점유율 합계는 79%에 달한다.

② 기업메시징서비스의 필수 원재료의 성격을 갖는 전송서비스 시장에서 원고의 시장점유율은 약 20%에 이르고, 원고와 케이티를 포함한 3개 이동통신사업자의 점유율의 합계는 100%이므로 원고는 원재료 공급시장에서도 지배적 지위를 가지고 있다.

원고를 포함한 위 3개 사업자의 기업메시징서비스의 원재료 공급비율은 100%에 해당하는 점, 기업메시징서비스 판매 가격 중 원재료인 전송서비스 이용 관련 비용이 차지하는 비중이 상당한 점 등을 고려하면 원고는 기업메시징서비스 시장에서 상당한 정도의 시장봉쇄력을 가지고 기업메시징서비스의 가격 형성에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있다.

③ 위와 같이 원고 및 케이티가 원재료 조달 조건에서 우위를 점하고 있는 점, 기업메시징서비스를 영위하기 위해서는 이동통신 3사와의 각 전용망을 구축하고 관련 인력을 확보하여야 하는 점, 대형 기업고객들은 거래 조건으로 자체적인 기업메시징 솔루션 보유 및 고객 맞춤형 유지보수 서비스 제공 등을 요구하고 있는 점 등을 고려하면 이미 상당 기간 기업메시징서비스 시장에 종사하며 관련 기술과 인력을 구비한 기존 경쟁사업자들이 존재하고 있는 기업메시징서비스 시장은 신규 사업자들에게 상당한 진입 장벽이 존재한다고 볼 수 있다.

실제로 SK브로드밴드가 2011년경 기업메시징서비스 시장에 신규 진입한 것 이외에는 2010년 이후 현재까지 신규 진입한 사업자가 없으며 위 SK브로드밴드 역시 이동통신사업자인 SK텔레콤의 계열회사로 일반적인 신규 사업자와 진입 가능성 측면에서 동일하다고 보기 어려운 점을 고려하면 기업메시징서비스 시장에는 상당한 진입장벽이 존재한다고 봄이 타당하다.

④ 원고는 케이티를 제외한 기업메시징서비스 시장의 주요 경쟁사업자들에 비해 자금력, 경제적 규모, 시장점유율, 원재료 공급 비중 등에서 상당한 우위에 있다.

⑤ 원고는 피고가 산정한 기업메시징서비스 시장의 시장점유율은 기업메시징서비스로 인한 매출액이 아닌 기업메시징서비스 건수를 기준으로 한 것이므로 원칙적 의미의 시장점유율이라고 할 수 없다고 주장한다.

그러나 공정거래법 시행령 제4조 제2항은 시장점유율을 공급 또는 구매한 상품 또는 용역의 금액기준으로 산정하기 어려운 경우에는 물량기준 또는 생산능력기준으로 이를 산정할 수 있다고 규정하고 있고, 원고와 경쟁사업자들의 회계자료에서 기업메시징서비스로 인한 매출액만을 별도로 구분하기 어려운 점을 고려하면 피고가 기업메시지 전송 건수를 기준으로 시장점유율을 판단하였다고 하여 위법이 있다고 보기 어렵다.

2) 시장지배적 지위의 남용 여부

가) 통상거래가격 미만 판매행위 성립 여부

앞서 인정한 사실, 앞서 채택한 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 아래의 사정을 고려하면 피고의 통상거래가격 산정이 적법하다고 보기 어렵다.

(1) 공정거래법 시행령에서 규정한 '통상거래가격'의 해석

① 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단은 '시장지배적 사업자가 부당하게 경쟁사업자를 배제하기 위하여 거래하는 행위를 하여서는 아니된다'고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제5조 제5항 제1호는 '부당하게 상품 또는 용역을 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있는 경우'를 경쟁사업자를 배제하기 위한 부당한 거래로 규정하고 있다.

그런데 공정거래법과 그 시행령에서는 통상거래가격의 개념을 구체적으로 규정하고 있지 않다.

② 시장지배적 사업자의 가격경쟁을 직접적으로 규제하고 있는 공정거래법 시행령 제5조 제5항 제1호의 통상거래가격은, ㉠ 위 규정에 따른 규제가 일정범위 내에서 가격경쟁이 위축되는 결과를 초래할 수 있는 점, ㉡ 시장에서 가격을 통한 경쟁은 공정거래법이 보호하고 촉진하고자 하는 경쟁의 기본적이고 본질적 모습인 점, ㉢ 판매가격의 인하는 소비자 후생에 기여하는 측면이 있는 점, ㉣ 이 사건 처분의 근거규정인 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호는 제재적 행정처분(공정거래법 제5, 6조)의 근거가 될 수 있는 점 등을 고려하여 해석해야 한다.

③ 나아가 이 사건 처분의 근거규정인 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호는 형사처벌(공정거래법 제66조 제1항 제1호)의 근거가 된다.

그런데 통상거래가격의 개념이 불명확하거나 처분 기관에서 자의적으로 정할 수 있는 경우에는 일반국민이 어떠한 행위가 형사처벌을 받게 될지 여부를 예측할 수 없어 죄형법정주의에 반하는 결과가 된다.

④ 따라서 공정거래법 시행령이 규정한 통상거래가격은, 위와 같은 취지와 법령의 입법 목적을 참작하여, 효율적인 경쟁자가 당해 거래 당시의 경제 및 경영상황과 해당 시장의 구조, 장래 예측의 불확실성 등을 고려하여 일반적으로 선택하였을 때 시장에서 형성되는 현실적인 가격이라고 봄이 상당하다.

(2) 피고가 통상거래가격을 산정한 방식 자체의 문제점

아래와 같은 점을 고려하면 피고가 전송서비스의 평균 최저 이용요금 단가를 기준으로 기업메시징서비스의 통상거래가격을 산정한 방식이 정당하다고 할 수 없다.

① 피고는 앞서 본 바와 같이 객관적으로 가정할 수 있는 최저 수준의 통상거래가격은 각 이동통신사업자가 제공하는 전송서비스의 평균 최저 이용요금 단가라고 규정하였다.

이에 따라 각 이동통신사업자의 가입자 수를 기준으로 한 개략적인 점유율과 각 이동통신사업자의 전송서비스 건당 최저 이용요금을 각 공급 후 이를 모두 합산하여 산정한 가격을 통상거래가격으로 인정하였다.

② 피고는 위와 같이 기업메시징서비스의 원재료에 해당하는 각 이동통신사업자의 전송서비스 건당 최저 이용요금을 평균하여 통상거래가격을 산정하였을 뿐이고, 피고가 통상거래가격 산정 과정에서 원고 및 경쟁사업자들의 기업메시징서비스의 실제 거래가격, 효율적인 경쟁자가 당해 거래 당시의 경제 및 경영상황과 해당 시장의 구조, 장래 예측의 불확실성 등을 고려하여 일반적으로 선택하였을 때 시장에서 형성되는 현실적인 거래가격 등에 대하여 조사하여 고려한 것으로 볼 만한 증거가 없다.

③ 통상거래가격의 문언적 의미는 통상적으로 시장에서 '거래'되는 가격이다.

그런데 피고는 앞서 본 바와 같이 기업메시징서비스가 통상적으로 시장에서 거래되는 가격을 입증하지 않고, 기업메시징서비스의 원재료에 해당하는 전송서비스의 가격을 일정 기준에 따라 가중평균하여 통상거래가격을 산출하였다.

이는 기업메시징서비스가 통상적으로 거래되는 가격을 산출한 것이 아니라, 기업메시징서비스를 제공하는데 드는 비용 중 일부에 해당하는 전송서비스의 거래가격을 각 이동통신사업자의 가입자 수에 따라 가중평균 한 것에 지나지 않는다.

이는 전송서비스의 통상거래가격을 산출하는 방식으로 볼 수 있을지는 몰라도 기업메시징서비스의 통상거래가격이라고 보기는 어렵다.

④ 피고는 원재료인 전송서비스의 평균 최저 이용요금 단가에 일정한 이윤을 더한 가격이 기업메시징서비스의 통상거래가격이라는 전제하에 통상거래가격을 산출하였다.

그런데 피고는 원재료 가격에 일정한 이윤을 더한 값이 시장에서 형성되는 통상거래가격이 된다는 점을 당연하다고 주장하는 이외에 이에 대한 아무런 입증을 하지 못하고 있다.

그런데 시장에서 형성되는 통상거래가격이 원재료의 가격에 일정한 이윤을 더하는 방식이라고 단정하는 것은 시장의 가격형성원리를 지나치게 단순화하여 일반화 한 것이어서 그대로 논리나 경험칙에 의하여 인정된다고 보기는 힘들고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 기업메시징서비스 공급비용 산출의 오류

설령 피고가 적용한 방식처럼 전송서비스의 평균 최저 이용요금 단가를 기준으로 기업메시징서비스의 통상거래가격을 산정한다고 하여도 아래와 같은 점을 고려하면 피고의 기업메시징서비스의 공급비용 산정은 정당하다고 할 수 없다.

① 공급에 소요되는 비용을 고려하여, 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호 전단, 같은 법 시행령 제5조 제5항 제1호에서 규정한 통상거래가격을 해석한다면, 부당염매를 규정한 공정거래법 제23조 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제36조 제1항 관련 [별표 1의2] 제3호 가목의 규정을 참고 할 수 있을 것이다.

그런데 부당염매는 자기의 상품 또는 용역을 공급함에 있어서 정당한 이유 없이 '해당사업자가 그 공급에 소요되는 비용'보다 현저히 낮은 대가로 계속하여 공급하는 행위이다.

그런데 이와 달리 통상거래가격을 산정함에 있어서 '해당사업자'가 그 공급에 소요되는 비용을 고려하지 않고 '경쟁사업자'가 공급에 소요되는 비용을 기준으로 산정한다면, 어느 사업자가 기술혁신 등을 통해 공급에 소요되는 비용을 낮추더라도 그동안 형성되어 있던 시장가격을 낮출 수 없다는 결론에 이르게 되어, 공정거래법 관련 규정이 오

히려 기술혁신과 가격경쟁을 저해하는 장애가 되는 결과를 초래하게 된다.

따라서 원고와 같이 합병을 통하여 전송서비스와 기업메시징서비스를 동시에 제공하는 수직적 통합을 이루어 기업메시징서비스의 공급에 소요되는 비용을 낮춘 경우에도 기업메시징서비스 시장에서 경쟁자를 보호하기 위해 경쟁사업자가 일정 정도의 이윤을 얻을 수 있는 가격 이상으로 기업메시징서비스 가격을 책정할 의무가 발생한다고 볼 수는 없다.

② 또한, 경쟁을 제한하는지 여부에 대한 고려 없이 자신의 비용이 아닌 경쟁사업자의 비용보다 높은 가격을 책정하도록 규제하는 것은 비효율적인 경쟁자에 대한 가격 보호에 해당할 우려가 있고, 소비자에게 이득이 되는 가격인하를 억제하여 소비자후생을 도리어 악화시킬 수 있다.

따라서 특별한 사정이 없는 한 비용상 열위에 있는 경쟁사업자의 비용을 기준으로 그 이상을 모든 경쟁사업자들의 거래 가격으로 책정하도록 규제함은 타당하지 않다.

즉 통상거래가격의 산정 단계에서 비효율적인 경쟁사업자의 비용을 기준으로 이를 확정해야 한다고 보기도 어렵다.

이는 비효율적인 '경쟁사업자'를 보호할 수는 있어도 '경쟁'을 보호하는 것이 아니기 때문이다.

- ③ 피고는, 원고의 전송서비스 구입단가를 원고가 제3자에게 공급하는 전송서비스 판매단가를 기준으로 하여 계산한 후 이를 근거로 통상거래가격을 9.2원으로 산정하였다.

그러나 원고가 스스로에게 공급하여 사용하는 기업메시지 전송서비스의 이용 단가는 원고가 제3자에게 공급하는 전송서비스 가격에서 원고의 이윤을 뺀 가격이라고 보는 것이 타당하다.

이러한 점에서도 피고의 통상거래가격 산정방식은 부적절하다.

- ④ 설령 원고의 기업메시징서비스 공급비용을 원고 자신의 전송서비스 원가를 제외하고, 원고가 제3자로부터 구입하는 전송서비스 가격 및 제3자에게 공급하는 전송서비스 가격을 가중평균한 금액을 기준으로 산정한다고 하더라도 피고의 산정방식에는 다음과 같은 오류가 있어 피고가 산정한 공급비용이 정당하다고 할 수 없다.

㉠ 피고는 앞서 인정한 바와 같이 각 이동통신사업자의 가입자 수를 기준으로 한 개략적인 점유율과 각 이동통신사업자의 전송서비스 건당 최저 이용요금을 각 곱한 후 이를 모두 합산하여 산정한 가격을 전송서비스의 평균가격이라고 한 후 이를 그대로 기업메시징서비스의 통상거래가격으로 인정하였다(기업메시징서비스에 관한 이윤은 고려하지 않은 것으로 보인다).

- ㉡ 그러나 피고가 기준으로 한 이동통신사업자 가입자 수를 기준으로 한 시장점유율(SKT: KT: LGU+ = 5: 3: 2)은 실제 이 사건 행위 기간의 시장점유율이 아니라 대략적인 추정치에 불과하다.

따라서 그 정확성을 인정하기 어렵다.

㉢ 또한, 이동통신사업자 가입자 수를 기준으로 한 시장점유율과 각 이동통신사업자의 전송서비스를 통한 문자메시지 발송량은 정비례하지 않는다.

㉣ 따라서 단순히 이동통신사업자의 가입자 수를 기준으로 각 이동통신사업자의 전송서비스 이용요금을 가중평균하는 것은 올바른 방식이 아니다.

그런데도 피고는 공개되어 쉽게 파악할 수 있는 문자메시지 발송량에 관한 통계자료를 분석하는 등 필요한 조사를 하지 않고 단순히 각 이동통신사업자의 가입자 수의 대략적인 비율로 추정하여 산정하였다.

(4) 소결론

기업메시징서비스의 통상거래가격에 대한 입증책임은 피고에게 있다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피고가 산출한 기업메시징서비스의 통상거래가격이 어느 모로 보나 정당하다고 할 수 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 이상 원고의 이 사건 행위를 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 기업메시징서비스를 공급한 행위라고 볼 수 없다.

그럼에도 이 사건 행위가 통상거래가격 미만 판매행위임을 전제로 이루어진 이 사건 처분은 위법하다.

나) 부당하게 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 인정되는지 여부
이 사건 처분이 적법하기 위해서는 원고가 통상거래가격 미만 판매행위를 하였을 뿐만 아니라 부당하게 통상거래가격에 비하여 낮은 대가로 공급하여 경쟁사업자를 배제시킬 우려가 있어야 한다.

따라서 이에 관하여 예비적으로 본다.

(1) 관련 법리

거래거절행위가 공정거래법 제3조의2 제1항 제3호의 시장지배적 사업자의 지위 남용행위에 해당하려면 그 거래거절행위가 다른 사업자의 사업활동을 부당하게 어렵게 하는 행위로 평가될 수 있어야 하는바, 여기에서 말하는 '부당성'은 같은 법 제23조 제1항 제1호의 불공정거래행위로서의 거절행위의 부당성과는 별도로 '독과점적 시장에서의 경쟁축진'이라는 입법목적에 맞추어 독자적으로 평가·해석하여야 하므로, 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 거래거절을 한 모든 경우 또는 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하고, 그 중에서도 특히 시장에서의 독점을 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 거래거절행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다.

그러므로 시장지배적 사업자의 거래거절행위가 그 지위 남용행위에 해당한다고 주장하려면, 그 거래거절이 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 입증하여야 하고 거래거절행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 입증된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 거래거절의 경위 및 동기, 거래거절행위의 태양, 관련시장의 특성, 거래거절로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 거래거절행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다(대법원 2007. 11. 22. 선고 2002두8626 판결 참조). 위와 같은 법리는 공정거래법 제3조의2 제1항 제5호의 부당한 경쟁사업자 배제행위에 관한 판단에 있어서도 원용될 수 있을 것이다.

(2) 이 사건 행위가 경쟁제한을 초래할 우려가 있었고 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음이 사실상 추정되는지 여부
피고는 이 사건 행위로 인하여 원고와 케이티를 제외한 다른 사업자들의 시장점유율이 최근 3년 간 절반 수준으로 줄어들었고, 이동통신사업자를 겸하고 있지 않은 모든 기업메시징서비스 사업자는 사업 활동에 어려움을 겪고 시장에

서 배제될 우려가 매우 높은 상황이므로 원고의 이 사건 행위로 인하여 이미 경쟁제한효과가 발생하였으며, 따라서 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었던 점과 그에 대한 원고의 의도와 목적이 사실상 추정된다고 주장한다.

살피건대 앞서 인정한 사실에 의하면 원고의 이 사건 행위는 기업메시징서비스의 가격을 인하하는 것인바, 원고의 이 사건 행위에 따른 가격경쟁으로 인하여 기업메시징서비스 가격은 오히려 하락한 것으로 보이고, 이 사건 행위 기간 동안 기업메시징서비스 시장 규모는 매년 10 ~ 20%의 성장률을 보이고 있다.

또한, 같은 기간 전체 기업메시징 사업자들의 전송서비스 이용 건수 역시 지속적으로 증가하고 있으며, 달리 기업메시징서비스의 혁신이 저해되었다거나 다양성이 감소되었다는 점을 인정할 만한 증거도 없다.

위 기간 동안 원고와 케이티의 시장점유율이 상승하고, 기타 경쟁사업자들의 시장점유율이 감소하는 경향을 보이고 있기는 하나, 원고와 케이티의 시장점유율 상승 및 기타 기업메시징사업자들의 시장점유율 감소 경향은 이 사건 행위가 있기 이전인 2008년경부터 지속적으로 이루어져 온 것으로 보이고, 이 사건 행위 이후 시장점유율의 감소가 특별히 가속화 되었다고 볼 만한 사정도 없다.

따라서 피고 제출 증거만으로 경쟁사업자들의 시장점유율 감소와 이 사건 행위 사이에 명확한 인과관계가 존재한다고 보기 부족하다.

결국, 원고의 이 사건 행위로 인하여 그 부당성이 사실상 추정될 정도의 경쟁제한의 효과가 발생하였다거나 입증되었다고 보기는 어렵다.

(3) 부당하게 경쟁사업자를 배제할 우려 여부

앞서 인정한 사실, 앞서 채택한 증거, 갑 제11호증의 기재 및 변론 전체의 취지에 의하여 알 수 있는 다음 각 사정을 고려하면 피고가 제출한 증거만으로 원고의 이 사건 행위가 객관적으로 부당하게 경쟁사업자를 배제할 우려가 있는 행위에 해당한다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 원고의 이 사건 행위는 기업메시징서비스 가격을 인하하는 행위로 원칙적으로 판매가격의 인하는 소비자 후생에 기여하는 행위인 점, 원고의 이 사건 행위에 따른 가격경쟁으로 기업메시징서비스 가격은 오히려 하락한 점, 이 사건 행위 기간 동안 기업메시징서비스 시장규모는 매년 10 ~ 20%의 성장률을 보인 점, 또한 같은 기간 전체 기업메시징사업자들의 전송서비스 이용건수 역시 지속적으로 증가한 점, 달리 기업메시징서비스의 혁신이 저해되었다거나 다양성이 감소되었다는 점을 인정할 만한 증거가 없는 점, 기업메시징서비스 시장의 시장점유율의 변화와 이 사건 행위 사이에 명확한 인과관계가 있다고 보기 부족한 점 등은 앞서 본 바와 같다.

② 피고는 원고, 케이티의 기업메시징서비스 시장의 점유율이 확대되면 기업메시징서비스를 대체할 수 있는 기술의 혁신 및 경쟁서비스가 개발·확산될 가능성이 낮아질 것이라고 주장한다.

그러나 기업메시징서비스 시장에서 가격 경쟁력이 약화되는 경우 경쟁사업자들은 원고와 케이티의 영향력이 큰 전송서비스에 대한 의존도가 낮은 새로운 서비스로의 대체 및 전환 노력을 더욱 가속화할 것이라고 볼 수도 있고, 원고와 케이티의 기업메시징서비스 시장 점유율 확대와 그 대체 서비스에 대한 혁신 저해 사이에 인과관계가 추정된다고 보기는 어렵다.

③ 다음 각 사정을 고려하면 설령 피고의 주장대로 원고의 행위로 이동통신사업자를 겸하지 않은 기업메시징서비스 사업자가 시장에서 배제된다 하더라도, 원고에게 경쟁사업자 배제 이후 사후적인 이윤회수의 가능성이 존재한다고 보기 어렵다.

경쟁사업자 배제 후 다시 가격을 인상하는 것이 어렵다면, 원고의 이 사건 행위는 궁극적인 기업메시징서비스 가격 인하의 효과를 초래하므로 이를 소비자의 후생을 저해하는 것이라거나 부당하게 경쟁사업자를 배제할 우려가 있는 행위라고 보기 어렵다.

㉠ 기업메시징서비스 시장에는 원고 뿐 아니라 경쟁자인 케이티, 이동통신사업자인 SK텔레콤의 계열사인 SK브로드밴드 등이 존재한다.

케이티는 원고와 마찬가지로 이동통신사업과 기업메시징서비스 사업을 수직결합한 업체로, 상위시장인 이동통신시장에서 원고보다 훨씬 높은 점유율을 가지고 있고, 기업메시징서비스 시장의 시장점유율 역시 2010년 13.91%에서 2013년 경 25.24%로 급속도로 성장하였을 뿐만 아니라 그 시장점유율이 계속하여 확대되고 있는바, 원고의 이 사건 행위로 위와 같은 업체들이 시장에서 배제될 우려가 있다고 보기 어렵다.

원고와 위 업체들 사이에 가격 경쟁이 지속되는 이상 원고가 기업메시징서비스 가격을 단독으로 인상하여 이윤을 회수할 가능성이 있다고 보기는 어렵다.

만약 원고가 케이티 등 업체와 담합하여 함께 가격을 올린다면 그러한 행위가 공정거래법의 규율 대상이 되는 것이지, 향후 있을지 여부가 불명확하고 막연한 장래의 위법한 담합가능성을 사전에 차단하기 위해서 이 사건 처분을 하는 것이 정당화 되는 것은 아니다.

㉡ 또한, 피고 주장처럼 원고의 이 사건 행위로 인하여 대부분의 경쟁사업자들이 재판매사업자로 전환할 가능성이 있다고 가정하더라도, 기업메시징서비스 영위에 필요한 필수 설비 및 기술력, 고객 등을 보유한 상태로 재판매사업자로서 기업메시징서비스 시장에 잔류한 업체들은 원고가 이윤을 회수하기 위하여 기업메시징서비스 가격을 인상하는 경우 기업메시징서비스 사업자로 재전환하여 원고와의 가격 경쟁을 통한 이윤 확보를 추구할 것임을 예견할 수 있다.

따라서 위와 같이 잠재적 경쟁자가 존재한다는 점에서도 원고의 경쟁사업자 배제 후 가격인상은 어려울 것으로 보인다.

피고는 위 잠재적 경쟁자들은 언제든지 원고와 케이티가 저가 경쟁을 재개하여 다시 그들을 시장에서 배제시킬 수 있음을 알고 있으므로, 재전환 비용을 들여 기업메시징서비스 시장에 재진입할 유인이 매우 낮다고 주장하나, 갑 제 11호증의 1, 2의 각 기재에 의하면 재판매사업자의 재전환 비용은 1억 원 남짓으로 경쟁사업자들의 규모에 비하여 적은 금액임을 알 수 있고, 원고 등 역시 적은 재전환 비용으로 재판매사업자의 재전환이 이루어질 수 있음을 인지하고 있는 이상 위 재전환 비용을 초과하는 수준의 가격 인상을 단행하기는 어려울 것으로 보인다.

㉢ 더욱이 기술발전과 더불어 기업고객의 메시지를 이용고객에게 전달할 수 있는 수단이 갈수록 다양화되고, 그 안전성 등이 높아지며 비용은 더욱 저렴한 대체·보완재 등이 출현하고 있는 상황이고, 이는 시간의 경과에 따라 더욱 가속화 될 것으로 보인다.

이러한 점에서도, 경쟁사업자 배제 후 원고의 이윤회수를 위한 가격인상은 어려울 것이다.

㉣ 시장지배적 지위에 있는 기업이 수직적 기업결합 후 원재료가 되는 상위시장의 판매가격보다 하위 시장에서의 판매가격을 더 낮게 설정하는 행위 자체가 시장지배적 지위를 남용하여 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위에 해당한다고 보는 경우에도, 수직적 기업결합을 통한 비용 절감 효과는 효율성에 기여하는 측면이 있는 이상, 이는 적어도 상위시장의 판매가격이 충분히 합리적인 상황임을 전제로 그 경쟁제한성을 인정하여야 할 것이다.

즉 상위시장의 판매가격이 합리적인 범위 이상으로 높게 설정된 경우에는 상위시장의 높은 판매가격을 규제하는 것이 소비자 후생의 측면에서 보다 바람직할 것이다.

이 사건의 경우 상위시장의 판매가격인 원고의 전송서비스 가격에 대한 합리성의 정도에 관한 피고의 입증이 없는 이상, 원고의 일부 기업메시징서비스 판매 가격이 이동통신사업자를 겸하지 않은 기업메시징서비스 사업자들의 기업메시징서비스 원가에 해당하는 전송서비스 평균 최저 이용요금 단가보다 낮다는 이유만으로 곧바로 그 부당성이 인정된다고 보기 어렵다.

(4) 독점을 유지·강화할 의도나 목적 여부

앞서 인정한 사실 및 앞서 채택한 증거 및 변론 전체의 취지에 의하여 인정되는 다음 각 사정을 고려하면 원고에게 이 사건 행위 당시 독점을 유지·강화할 의도나 목적이 있었다고 보기도 어렵다.

- ① 원고가 기업메시징서비스의 건당 가격을 원고가 그 기업메시징서비스 1건을 생산하기 위해 투입하는 비용(전송서비스 이용요금 포함)보다 낮은 가격으로 판매하였다면, 이는 원고에게 손해를 야기하는 것으로 위와 같은 가격설정 행위는 경쟁사업자를 배제할 목적을 제외하고는 다른 합리성을 찾기 어렵다.

그러나 원고가 기업메시징서비스 판매가격을 자신의 비용 미만으로 설정했다고 볼 만한 증거가 없다.

- ② 이 사건 행위 당시 원고는, 기업메시징서비스 시장의 2위 사업자인 케이티에 가격 경쟁에 대응하고, 가격 협상과정에서 큰 협상력을 발휘하는 대형 기업고객들의 지속적인 기업메시징서비스 가격인하 요구 및 입찰경쟁 등으로 인하여, 손실이 발생하지 않는 한도 내에서 가격을 인하할 요인이 있었던 것으로 보인다.

- ③ 피고는, 원고가 무선통신망을 보유한 기간통신사업자로서 얻을 수 있는 기대수익의 상실을 감수하면서 저가판매행위인 이 사건 행위를 하였으며, 이는 장기적 관점에서 기업메시징서비스 시장의 경쟁사업자를 배제하고 인위적으로 자신의 시장지배력을 확대하려는 유인에서 비롯된 행위라고 주장한다.

그러나 위와 같은 피고의 주장은 원고가 이동통신사업자로만 존재하는 경우와 기업메시징서비스 시장에 참여하는 경우에 기업메시징서비스 시장의 크기가 동일하다는 전제 하에서만 타당한데, 원고가 기업메시징서비스 시장에 참여한 이래로 위 시장은 지속적으로 확대되어 왔고 위와 같은 시장 확대에 있어 기업메시징서비스 시장의 1위 사업자인 원고의 영향이 없었다고 단정하기는 어렵다는 점에서 이는 타당하지 않다.

더욱이, 원고의 이 사건 행위로 인하여 원고에게, 가격 경쟁력 획득을 통한 대형 고객 유치에 따른 유·무형의 이익이 발생할 수 있는 점 등을 고려하면 피고 제출 증거만으로, 원고가 기업메시징서비스 시장에 참여하지 않고 전송서비스만을 제공하였을 때 얻을 수 있는 기대수익보다 기업메시징서비스 시장에 참여하여 이 사건 행위를 한 경우의 수익이 더 적다고 단정할 수 없다.

설령 기대 수익 상실이 인정된다고 가정하더라도, 앞서 본 바와 같이 원고에게 기대 수익의 손실 부분에 대한 사후적 충당 가능성이 없다는 점에 있어서도 원고의 독점 유지·강화 목적을 인정하기 어렵다.

다) 소결론

원고의 이 사건 행위가 시장지배적 지위 남용 행위에 해당한다고 볼 수 없는 이상 이를 전제로 이루어진 이 사건 처분은 이 사건 시정명령의 적법 여부에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 위법하다.

3. 결론

그렇다면 이 사건 처분은 어느 모로 보나 위법하므로 이를 모두 취소하여야 한다.

원고의 청구는 이유 있으므로 이를 인용하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

(별지 생략)

판사 이동원(재판장) 김진석 이인석