



공정거래법과 지적재산권의 만남

IMS Health GmbH & Co. v. NDC Health GmbH & Co. (2004)¹⁾

정영진 | 법무법인 율촌 변호사

I. 들어가며

종래 경쟁법(competition law or antitrust law)과 지적재산권(intellectual property rights)제도를 본질적으로 서로 갈등관계에 있는 것으로 보는 견해가 적지 않았다. 지적재산권제도는 국가가 지적재산권 보유자에게 일정기간 그 권리를 배타적으로 사용할 수 있는 권리를 부여하는 것이기 때문에 경쟁을 제한하는 것이고 경쟁법은 경쟁을 촉진하는 것이기 때문에 양 법제도는 서로 갈등관계에 있다는 것이다. 그러나 현재에는 그러한 견해는 거의 불식되었다고 볼 수 있다. 장기적 또는 동태적인 관점에서 보면 기술의 진보는 경쟁법이 배분적 효율성(allocative efficiencies)의 감소를 초래하는 반경쟁적 행위를 제거하는 것과 마찬가지로 소비자후생의 증대에 기여하는 것이 인정되고 있다. 따라서 미래의 새로운 제품이나 공정의 개발에 있어서의 경쟁을 촉진하기 위하여 현재 지적재산권에 의한 경쟁의 부분적인 감소는 허용해야 한다는 견해가 득세하고 있다.²⁾ 미국 법무부와 연방거래위원회의 지적재산권에 관한 지침도 이러한 현대적 견해를 따르고 있다.³⁾ 지적재산권은 소위 “신경제(new economy)” 산업의

1) Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG vs. NDC Health GmbH & Co. KG, 29 April 2004.

2) See the Organization for Economic Co-operation and Development (“OECD”), Competition Policy and Intellectual Property Rights (Paris, 1989).

3) “The intellectual property laws and antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression... The antitrust laws promote innovation and consumer welfare by prohibiting certain actions that may harm competition with respect to either existing ways or new ways of serving consumers.” (4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶13,132 (April 6, 1995), ¶1.0.)

주요한 생산물로서⁴⁾ 경쟁법에 의하여 규제하는 것은 적절하지 않다는 주장⁵⁾도 있으나 일반적인 명제로서 받아들여지고 있지는 않다.⁶⁾

그러나 지적재산권과 경쟁정책을 어느 범위에서 조화할 수 있을 것인지는 쉬운 일이 아니다. 비교법적으로 각국의 지적재산권제도와 경쟁법은 그 역사적 발전과정 및 산업의 발달단계에 따라 상이하게 발전하여 왔기 때문에 그 조화의 국제적인 공통분모를 찾기는 매우 어렵다. 예컨대 지적재산권제도에 관하여 보면, 유럽연합에서 지적재산권제도는 각 회원국의 국내법에 의하여 인정되며 그 권리의 인정범위도 회원국의 국내에만 미치는 것이 원칙이기 때문에 상표권을 제외하고는 유럽연합 차원에서 지적재산권을 부여하지 않는다.⁷⁾ 미국에서는 연방 차원에서 특허권을 비롯한 각종 지적재산권이 인정되고 있는 것과 대조되는 점이다. 또한 유럽연합에서는 유럽경제공동체(EEC)의 창설 초기부터 제도자유주의(ordo-liberal school)의 영향으로 특허로 인한 독점이 진입장벽으로 작용할 수 있다는 점에 대하여 상당한 우려가 존재하였다.⁸⁾ 1960년대와 1970년대를 포함하여 상당기간 동안 유럽연합에서는 지적재산권을 주장하

4) Richard A. Posner, *Antitrust Law*(2nd edition)(2001), at 245-246.

5) 이들의 기본적 입장은 독점금지집행당국이나 법원이 독점금지법을 적용하기 위해서는 그 전제로 관련산업을 이해하여야 하는데 이들이 엄청난 속도의 혁신이 이루어지고 있는 신경제산업을 이해하기는 힘들다는데 있다. See Adam Liptak, Millions for Defense, *N.Y. Times*, Feb. 4, 2001, at 10 ("Courts, which are rarely competent to regulate technology to begin with, surely cannot do it on a schedule entirely divorced from the pace of technical development."); David J. Teece & Coleman, *The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries*, 43 *Antitrust Bull.* 801, 809 (1998)(noting that "efforts to hobble the winner in one round of innovations will be seen as diminishing the returns available from competing in such high-risk environments, thereby diverting resources to other sectors of the economy displaying less risk and affording less innovation."). Frank H. Easterbrook, *Does Antitrust Have a Competitive Advantage*, 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 5, 8 (2000)(stating that regulators can "condemn or approve(conduct with clear competitive effects) out of hand").

6) 클린턴행정부 시절 미 FTC 의장을 지냈던 Pitofsky 교수는 구경제나 신경제나 카르텔의 부정적 효과와 독점력의 남용을 막는 독점금지법의 목적에는 차이가 있을 수 없다고 한다(Joel M. Mintnick, *A Structural Approach to Analyzing Competition in B2B e-Commerce*, 15 *Antitrust*, Fall 2000, at 31,32 (referring to Pitofsky's argument that "the antitrust issues arising in the high technology context are the same issues that antitrust has traditionally addressed"). See also FTC, *Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces*, Executive Summary, at 2, at <http://www.ftc.gov/Os/2000/10/b26report.pdf> (Oct.2000)(stating that B2Bs "are amenable to traditional antitrust analysis").

7) 회원국내에서 상표권을 등록하는 것도 가능하지만 Spain의 Alicante에 등록하면 전 EU회원국에서 등록된 상표권이 인정된다(Council Regulation 40/94 on the Community Trademark, Dec. 20, 1993, 1994 O.J. (L 11)1.

8) See David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*



는 것은 생산을 제한하고 지적재산권에 의하여 보호받는 제품의 가격을 올리는 것이라는 부정적인 이미지가 강하였다.⁹⁾ 따라서 지적재산권의 행사는 유럽경제공동체내에서 단일의 시장을 만든다는 EC조약의 근본적인 목적에 배치된다는 인식이 팽배하였다. 그렇다고 하여 EC조약이 지적재산권의 보호를 인정하지 않는 것이 아니었다. EC조약 제36조는 지적재산권의 보호를 이유로 수출입에 제한을 가하는 것을 금지하지 않는다는 명문의 규정을 두고 있음을 참고할 필요가 있다.¹⁰⁾ 그러나 미국에서는 1890년 Sherman법이 통과될 당시에 단일통화가 유통되고 있던 것을 포함하여 미국의 경제가 대체적으로 통합되어 있었기 때문에 단일의 시장을 달성하여야 한다는 고려가 크지 않았고 연방지적재산권제도도 이미 마련되어 있었다. 따라서 유럽연합에 비하여 미국에서는 지적재산권의 행사를 경쟁촉진적인 것으로 보는 경우가 많다.¹¹⁾

우리나라의 공정거래법은 일본의 독점규제법 제21조를 그대로 받아들여¹²⁾ 제12장 “적용제외”의 장에서 양 법제의 관계를 명문으로 규정하고 있다. 즉 제59조는 공정거래법의 규정은 “저작권법, 특허법, 실용신안법, 의장법 또는 상표법에 의한 권리의 행사라고 인정되는 행위에 대하여는 적용하지 아니 한다”고 규정하고 있다. 그런데 독점규제법 제32조 및 동 법 시행령 제47조는 지적재산권도입계약 등이 부당한 공동행위, 불공정거래행위 및 재판매가가격유지행위에 해당하는 사항을 내용으로 하는 국제계약을 체결하여서는 안 된다고 규정하고 있어 지적재산권의 행사에 대한 공정거래법의 적용을 인정하고 있다. 따라서 지적재산권의 행사에 대하여 공정거래법이 적용될 수 있다는 점을 명문으로 인정하고 있다고 볼 수 있다.¹³⁾ 공정거래위원회 (“공정위”)는 2000년 8월 30일 “지적재산권의부당한행사에대한심사지침”을 제정하여 시행하고 있다. 그러나 우리나라에서는 아직까지 공정거래법 제59조의 구체적인 적용에 대한 공정위의 심결례나 법원의 판례가 축적되어 있지 못하기 때문에 선진국의 판례의 태도와 그 근거에

232-65 (1998).

9) Valentine Korah, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*, 69 *Antitrust L. J.* 801, 803-804 (2002).

10) [t]he provisions of Articles 30 to 34 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of (...) the protection of industrial and commercial property”.

11) CCH Trade Reg. Rep. 13, 132; see Commission evaluation report, of Dec. 20, 2001, COM/2001/786 final, points 46-58.

12) 村上政博淺見節子, 特許ライセンスの日米比較, (2004), at 123-129.

13) 정상조, 지적재산권 남용행위에 대한 공정거래법 적용방안, 공정거래위원회 용역(1998), at 28-31. “병행수입에 있어서의불공정거래행위의유형고시”도 있고, 일정한 저작물에 대한 재판매가가격유지행위의 제한규정 적용의 배제 등 다수의 규정들이 산재되어 있다.

대한 면밀한 검토가 절실하다.

본 고에서 검토하게 되는 IMS Health GmbH & Co. v. NDC Health GmbH & Co. 사건(“IMS 사건”) 판결은 경쟁법과 지적재산권제도의 관계에 대한 유럽사법법원의 가장 최근의 대표적인 판결로서 매우 정치한 법리를 제시하고 있기 때문에 공정거래법 제59조의 해석 뿐만 아니라 현재 전 세계적으로 시장지배적지위의 남용의 문제가 제기되고 있는 Microsoft 사건¹⁴⁾의 이해에도 큰 도움이 되리라고 생각한다.

II. 사건 개요

1. 사실관계

미국 회사인 Intercontinental Marketing Services Health Inc.(“IMS”)는 독일에서의 지역적 약품 판매정보를 제약회사들에게 제공하는 사업을 하고 있었다. 이러한 정보를 제공하는 업자들은 독일의 데이터보호법에 따라 약국의 개별적인 매출을 확인할 수 없었으므로 적어도 세 개의 약국을 “brick” 또는 “module”이라고 불리는 지리적 구역으로 그룹화 하였다. IMS는 독일법에 위반하지 않기 위하여 독일을 1,860개의 브릭(brick)으로 나누는 구조 또는 2,847개의 브릭으로 구성된 파생구조(“브릭구조”)를 만들어냈다. 이 브릭구조는 지방자치단체들의 경계, 우편번호, 인구밀도, 운송수단 및 약국과 병원의 지역적 분포 등 다양한 기준을 고려하여 만들어졌다. IMS는 이 구조에 기초하여 약품의 판매에 대한 보고서를 작성하고 작성된 보고서를 제약회사에 제공하였다. IMS는 바로 이 구조가 데이터베이스로서 저작권을 갖는다고 주장하였다. IMS는 브릭구조를 판매하기만 한 것이 아니라 무료로 약국과 병원에 배포하기도 하였다. 이러한 이유로 브릭구조는 업계의 표준이 되었고, IMS의 고객들은 자신들의 정보와 유통망을 위 구조에 맞추게 되었다.

IMS의 전(前) 경영자는 1998년 회사를 떠난 후 Pharma Intranet Information AG(“PII”)를 설립하였다. 이 회사도 역시 독일에서의 약품의 지역적 정보를 브릭구조에 맞춰

14) 가장 최근의 EC법원의 명령으로는 Order of the President of the Court of First Instance in case T-201/04 R, Dec. 22, 2004 (Press Release No. 103/04)를 참조.



판매하는 활동을 하였다. 이후 PII는 National Data Corporation Health Information Services(“NDC”)에 인수되었다. 원래 NDC는 2,201개의 브릭구조를 판매하려고 했으나, 1,860개 또는 2,847개의 브릭구조에 익숙해진 잠재적 고객들이 이를 꺼린다는 것을 알고 1,860개 또는 3,000개의 브릭구조를 이용하였다. 그러나 이는 IMS가 이용하는 구조와 매우 유사하였다.

2. 사건의 경과

IMS는 NDC가 사용하는 구조는 독일에서의 IMS의 저작권을 침해하는 것이라는 이유로 NDC를 상대로 Main주의 Frankfurt 법원에 저작권침해소송을 제기하였다. 2000년 10월 27일 Frankfurt 지방법원은 PII가 1,860개 브릭구조에서 파생된 어떠한 브릭구조도 사용하지 못하도록 하는 내용의 잠정처분(einstweilige Verfung; interlocutory order)을 발령하였고, 이에 대한 항고는 기각되었다. NDC가 PII를 인수한 후에도 NDC에 대하여 2000년 12월 28일 같은 내용의 잠정처분이 발령되었다. 항고법원은 IMS의 브릭구조는 저작권법(Urheberrechtsgesetz) 제4조가 의미하는 데이터베이스 저작물로서 동 법에 의해 보호된다는 것이며, NDC가 이를 위반하였다고 보았다.¹⁵⁾

이에 대하여 NDC는 IMS에 대하여 IMS의 구조를 사용할 수 있는 라이선스를 요청하였으나 거절당하자 2000년 12월 19일 EC위원회에 IMS의 행위가 EC조약 제82조에서 규정하고 있는 시장지배적지위의 남용에 해당한다는 이유로 제소하였다. EC위원회는 2001년 7월 3일 IMS에게 관련시장에 현존하는 모든 사업자에게 라이선스를 부여하도록 하는 잠정조치(interim measure)를 명하였다.¹⁶⁾ IMS가 만든 1,860개 단위시장 구조는 관련 시장에서 업계 표준이 되었고, 이 구조를 사용하지 않고는 관련 시장에서 경쟁한다는 것이 불가능하기 때문에, 아무런 객관적인 정당한 사유 없이 이 구조의 이용을 거절하는 것은 모든 경쟁자들을 배제시킬 가능성이 있으므로 ‘특별한 사정(exceptional circumstances)’이 있다는 이유에서였다. 2001년 8월 6일 IMS는 EC조약 제230조에 따라 위 잠정조치명령에 대한 무효소송(action for annulment)을 제기함과 동시에 EC조약 제242조 및 제243조에 따라 위 결정의

15) EC위원회는 회원국내에서의 저작권의 유효성에 대한 판단을 할 수 없으므로 저작권침해소송에 대한 독일 법원의 결정은 EC위원회를 구속한다.

16) Commission’s decision 2002/165/CE of 3 July 2001, case COMP D3/38.044, NDC Health/IMS Health: interim measures, [2002] OJ L 59/18.

효력정지를 청구함과 아울러 이러한 잠정조치명령에 대하여 항고하였는바, 2001년 10월 26일 유럽1심법원(Court of First Instance: CFI)의 법원장은 CFI가 실체판단을 내릴 때까지 EC위원회의 명령을 중지시켰고,¹⁷⁾ 유럽사법법원(European Court of Justice: ECJ)의 법원장도 원심의 판단을 인용하였다.¹⁸⁾ 그 후 EC위원회는 2003년 8월 13일 더 이상 긴급성이 없다는 이유로 위 잠정조치명령을 철회하였다.¹⁹⁾

한편 Frankfurt의 지방법원은 EC조약 제82조의 해석상 IMS가 적절한 조건하에서도 NDC에게 브릭구조에 대한 라이선스를 부여하지 않는 등 권리를 남용하는 경우 IMS는 금지 청구권을 행사할 수 없다고 보았다. 이에 따라 소송절차를 중지하고 ECJ에게 다음과 같은 문제에 대하여 EC조약 제234조에 근거하여 선결적 결정(preliminary ruling)을 해 달라고 요청하였다.²⁰⁾ 회원국의 국내 법원이 ECJ로부터 선결적 결정을 받기 위하여 사안을 회부(preliminary reference)하는 것은 EU의 특유한 제도로서 ECJ가 미 연방대법원과 같이 국내 법원의 상위 피라미드에 위치하는 것이 아니라 회원국의 국내 법원과 ECJ의 협력을 통하여 EC조약의 통일적인 해석과 적용을 위하여 마련되었으며, EC법 발달의 견인차 역할을 해왔다.²¹⁾

1. 시장지배적사업자가 저작권법으로 보호되는 데이터베이스에 관해 같은 지역의 시장에 접근하려는 사업자에게 라이선스를 부여하지 않는 경우, 그 시장에서의 잠재적 고객들이 그 데이터베이스에 기초한 상품에 의존하고 있기 때문에 그 데이터베이스를 이용하지 않는 다른 상품들을 거부한다면 위 라이선스 거부 행위는 EC조약 제82조의 해석상 남용행위에 해당되는가?
2. 저작권법으로 보호되는 데이터베이스의 개발에 시장에서의 상대방(즉 고객)을 참여시킨 정도는 시장지배적사업자의 남용행위의 문제와 관련이 있는가?

17) First order (provisional stay) of 10 August 2001, Case T-184/01 R, IMS Health Inc. v. Commission, [2001] ECR II-2349, [2002] 4 CMLR 1, [2002] ECDR 16. Second order of 26 October 2001, Case T-184/01 R, IMS Health Inc. v. Commission, [2001] ECR II-3193, [2002] 4 CMLR 2.

18) IMS Health Inc. v. NDC Health Corp., Case C-481/01, 11 April 2002, [2002], 5 CMLR 1 (ECJ).

19) Press Release of the Commission, 13 August 2003, No. IP/03/1159, available at http://europa.eu.int/comm/competition/press_releases/.

20) Frankfurt 법원이 시장지배적사업자임을 이미 결정하였고, 이에 대하여 ECJ의 검토는 인정되지 않으므로 ECJ는 남용 여부만을 판단하였다.

21) T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*(fourth edition)(1998), at 258-260.



3. 종래 시장지배적사업자의 상품을 공급받아온 고객들이 미래에 저작권법으로 보호되는 그 데이터베이스를 이용하지 않는 경쟁사업자의 상품을 구입하는 경우 부담하게 될 실질적인 비용이 시장지배적사업자의 남용행위 문제와 관련이 있는가?

ECJ는 2004년 3월 24일 EC위원회가 Microsoft 사건에 대한 결정을 발표한지 약 한달 후인 2004년 4월 29일 오랫동안 기다려왔던 선결적 판결(preliminary judgment)을 내렸다.

III. ECJ의 판결

1. 첫 번째 질문에 대하여

ECJ는 복제에 대한 배타적 권리는 지적재산권자의 권리의 일부이므로, 라이선스의 거부는 비록 시장지배적사업자의 행위라 하더라도 그 자체로는 시장지배적지위의 남용을 구성하지 않는다는 점을 분명히 하였다. 그럼에도 불구하고 배타적 권리의 행사는 “특별한 사정이 있다면 (in exceptional circumstances)” 남용행위가 될 수도 있다고 하였다. ECJ는 특정한 사업 활동에 불가결한(indispensable) 제품 또는 서비스에 대한 접근에 대한 저작권을 갖고 있는 사업자가 라이선스를 거절하는 행위가 EC조약 제82조상의 “남용”에 해당하기 위해서는 다음과 같은 특별한 사정이 있어야 한다고 판시하였다. 첫째, 시장지배적사업자의 라이선스 거부가 잠재적 소비자 수요가 있는 새로운 상품의 출현을 막을 것, 둘째, 그것이 부당할 것, 셋째, 2차시장(secondary market)에서의 경쟁을 배제하는 것일 것이라는 세 요건이 충족되어야 한다.

첫 번째 요건과 관련하여, 라이선스 부여를 거부하는 것이 소비자의 희생하에 2차시장의 발전을 가로막는 경우에만 지적재산권의 보호보다 자유경쟁의 보호가 이익형량에서 우세하다. 따라서 라이선스를 요구한 사업자가 2차시장(secondary market)에서 지적재산권으로 보호되는 기존의 상품이나 용역을 복제하는 데에만 한정하지 않고, 잠재적 소비자 수요가 있는 새로운 상품이나 용역을 생산하려는 의도일 때에만 라이선스 거부를 남용으로 인정해야 한다고 하였다. 두 번째 요건과 관련해서는 당사자들의 별다른 주장이 없었으므로 별도로 특별한 판단을 하지는 않았다. 세 번째 요건이 가장 중요한 쟁점으로 부각되었다. ECJ는 우선 동 요건이 충족되기 위해서는 상류시장(upstream market)과 하류시장(downstream

market)의 두 개의 시장이 존재하여야 한다고 판시하였다. 상류시장은 문제되고 있는 제품이나 서비스(본 건에서는 1860 브릭구조이고 Bronner 사건에서는 홈배달시스템이다)로 구성된 시장이고, 하류시장 내지 2차시장(secondary market)은 그 제품이나 서비스가 다른 제품이나 서비스를 생산하는데 사용되는 시장이다(본 건에서는 지역판매에 대한 보고서(reports on regional sales)시장이고 Bronner 사건에서는 일간신문시장이다). ECJ는 이 경우의 시장은 실제의 시장일 필요는 없고 단지 가정적(hypothetical)이어도 상관없다고 함으로써 두 개의 시장이 존재하는 것이 중요하다는 점을 재차 강조하였다.

본 판결은 회원국 법원의 선결적 판결에 대한 요청에 따라 ECJ가 판단한 것이므로 구체적으로 본 건에서 상기 요건이 구비되었는지 여부는 독일 법원이 판단하여야 한다. 예컨대, 세 번째 요건의 경우 독일 법원은 상류시장을 형성하고 있는 IMS의 1860 브릭구조가 독일의 지역 판매데이터를 공급하는 하류시장의 경쟁에서 불가결한 것이며, IMS가 라이선스를 거부함으로써 인하여 하류시장의 경쟁이 완전히 제거될 가능성이 있는지를 판단하여야 한다.

2. 두 번째 및 세 번째 질문에 대하여

ECJ는 특정 상품이 사업활동에 필수적인지를 결정하기 위해서는 대체상품이 존재하는지, 기술적·법적 혹은 경제적 장벽이 있어서 어떤 사업자도 대체상품을 만드는 것이 불가능하거나 심히 어려운지 여부를 판단해야 한다고 하였다. 그리고 경제적 장벽의 존재를 인정하기 위해서는 “최소한,” 기존 제품이나 서비스를 지배적사업자와 상응하는 규모로 생산하는 것이 경제적으로 가능하지 않다(not economically viable)는 점이 인정되어야 한다고 하였다. 따라서 독일 법원이 이러한 사실이 존재하는지를 결정하는데 있어서 제약회사들이 1,860개 단위시장 구조의 개발에 높은 정도로 참여했다는 사실, 그 때문에 사용자들이 기술적인 측면에서 위 브릭구조에 의존하게 되었다는 사실을 고려해야 한다고 하였다. 만일 이러한 사실이 인정된다면 제약회사들은 다른 구조에 기초하여 지역적 판매정보를 얻기 힘들 것이고, 따라서 대체구조를 만드는 사업자는 제약회사들에게 경제적 유용성이 전혀 없는 조건을 제시해야만 할 것이라고 하였다.

3. 결론

ECJ는 전술한 이유로 다음과 같이 판결하였다.



1. 시장지배적사업자가 지적재산권에 의하여 보호되는 브릭구조에 대한 라이선스 부여를 거절하는 것이 남용인지를 판단하는데 있어서는 다음에 따라야 한다. 즉 보호되는 구조가 본 건에서 문제되고 있는 종류의 조사결과를 판매하는데 있어서 필수불가결(indispensable)한지 여부를 판단하기 위해서는 그 구조를 개발하는데 사용자들이 참여한 정도와 대안적인 구조(alternative structure)에 기초하여 제공되는 의약품(pharmaceutical products)의 지역적 판매정보에 대한 조사결과를 구입하는데 잠재적 사용자들이 부담하여야 하는 (특히 비용의 측면에서의) 지출(outlay)을 고려하여야 한다.
2. 시장지배적지위에 있고 회원국에서 제약상품의 지역적 판매정보를 제공하는데 필수불가결한 브릭구조에 대하여 지적재산권을 가지고 있는 사업자가, 같은 회원국에서 그러한 정보를 제공하고자 하는 다른 사업자에게 그 구조를 사용할 수 있는 라이선스 부여를 거절하는 행위는, 다음 조건을 충족한다면 EC조약 제82조에서의 시장지배적지위의 남용을 구성한다.

첫째, 라이선스를 요구하는 사업자는, 문제의 정보제공시장(market for the supply of the data in question)에서 그 지적재산권의 보유자가 제공하지 않으며, 잠재적 소비자 수요가 있는 새로운 상품이나 용역을 제공하려고 한다. 둘째, 거부행위가 객관적 고려에 의해 정당화되지 않는다. 셋째, 거부행위가 회원국에서의 의약품의 판매정보 공급 시장에서 모든 경쟁을 배제함으로써 지적재산권의 보유자에게만 그 시장을 유보하는 결과를 가져온다.

IV. 평석

ECJ의 IMS 판결의 의미를 이해하기 위해서는 IMS 판결에서 광범위하게 인용되고 있는 Magill 판결과 Bronner 판결을 포함한 IMS 판결 이전의 유럽사법법원에 대한 이해가 필수적이다. 따라서 이하에서는 먼저 IMS 판결 이전 지적재산권의 행사와 관련하여 시장지배적지위의 남용에 관한 조항인 EC조약 제82조가 어떻게 해석되어 왔는지 그 판례이론을 검토하기로 한다.

1. IMS 판결 이전의 판례의 태도

유럽 법원은 IMS 판결 이전에 Renault,²²⁾ Volvo,²³⁾ Magill 그리고 Ladbroke 사건²⁴⁾ 등 모두 4번에 걸쳐 지적재산권의 행사가 EC조약 제82조에 위반되는지 여부에 대하여 판결하였다. 또한 지적재산권의 행사와 관련된 것은 아니었지만 필수설비이론(essential facilities doctrine)이 문제된 사건에서 위 네 개의 사건 판결을 다시 한번 논하고 있다는 의미에서 중요한 의미를 띠고 있는 Bronner 판결²⁵⁾이 있다. Renault와 Volvo 사건 판결에서는 라이선스 부여의 거절이 남용이 되는 상황에 대한 구체적 판단은 없었으며, 자의적으로 라이선스를 거절하는 것과 같이 지적재산권의 행사가 남용이 되는 사례를 단순히 열거하고 있는데 그쳤다.

1990년대 초 Magill 사건에서야 비로소 ECJ는 시장지배적지위의 남용을 이유로 라이선스의 강제실시(compulsory licensing)가 인정되는 상황을 구체적으로 논하였다. 이 사건은 몇 개의 TV방송사업자들이 자신들의 프로그램 스케줄을 종합한 TV가이드를 출간하고자 하는 출판사에게 프로그램 스케줄의 라이선스를 거절한데서 비롯되었다. 당시 아일랜드에서는 아일랜드의 Radio Telefis Eireann(RTE), 영국의 BBC, Independent TeleVision 그리고 Channel 4의 각각의 TV가이드가 출간되고 있었으나, 이들 방송사의 프로그램을 종합한 TV가이드는 출간되지 않고 있었다. Magill이 종합TV가이드를 출간하자 RTE, BBC 그리고 Independent Television Publications들은 Magill을 상대로 저작권법 위반으로 제소하였다. 아일랜드 법원은 Magill이 이들 방송사의 프로그램 스케줄을 더 이상 사용하지 못하도록 하는 사용중지명령(injunctive order)을 내렸다. 이에 대하여 Magill은 이 문제를 EC 위원회에 제소하였고, EC위원회는 TV방송사업자들이 자신들의 방송 스케줄을 Magill에게 라이선스 하지 않은 것은 시장지배적사업자의 남용행위에 해당한다고 하였고, 이들 방송사업

22) Case C-53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicolie & Maxicar v. Reie nationale des usines Renault, [1988] ECR 6039.

23) Case C-238/87, AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd, [1988] ECR 6211; [1989] 4 CMLR 122; CMR 14498.

24) Case T-504/93, Tierce Ladbroke SA v. Commission of the European Communities, [1997] ECR II-923; [1997] 5 CMLR 309 (CFI).

25) Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG & Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & KG. [1998] ECR 7791 (ECJ).

26) Commission Decision No 89/205/EEC of 21 December 1988, Magill TV Guide/ITP, BBC and



자들로 하여금 Magill에게 합리적인 로열티로 방송 스케줄을 제공하라고 명령하였다.²⁶⁾ CFI²⁷⁾와 ECJ²⁸⁾는 이러한 EC위원회의 결정을 각각 인용하였다. 이 사건 판결에서 ECJ는 시장지배적지위의 남용을 이유로 지적재산권 보유자에게 강제실시를 명하는 것은 “예외적인 상황에(in exceptional circumstances)” 한한다고 하면서 그 조건을 밝혔다. 첫째, 지적재산권 보유자가 자신이 제공하지 않으면서도 잠재적인 소비자(potential customer)의 수요가 있는 새로운 제품의 출현(appearance of a new product)을 방해하여야 한다. 둘째, 라이선스의 거절이 부당하여야(unjustified) 한다. 셋째, 지적재산권 보유자가 2차시장(secondary market)에서의 모든 경쟁을 배제하고 그 시장을 자신의 것으로만 유지하여야 한다. 그러나 이 사건 판결에서는 예외적인 상황이 인정되기 위한 이상의 3가지 요건이 누적적으로 충족되어야 하는지 아니면 어느 하나의 요건만 충족되면 되는지에 대하여 해석의 여지를 남겨두었다.²⁹⁾ Ladbroke 사건에서 벨기에의 TV경마도박업자인 Ladbroke는 프랑스의 경마운영자들이 경마관련 사진과 음향을 제공해 달라는 자신의 요청을 거절한 것은 시장지배적지위를 남용한 것이라고 주장하였으나, CFI는 Magill 사건에서와는 달리 Ladbroke가 관련시장(downstream market)인 벨기에시장에서 이미 시장지배력을 갖고 있으므로 본 사건에서 Magill 사건 판결을 적용하는 것은 부적절하다고 판시하였다. 다만 CFI는 공급거절이 EC조약 제82조 위반이 되기 위한 추가적인 조건을 제시하였는바, 해당 공급거절이 Magill 사건 판결에서 제시하고 있는 새로운 제품의 출현을 방해하는 경우뿐만 아니라 실제적 또는 잠재적으로 대체재(real or potential substitute)가 없기 때문에 문제되는 사업활동을 영위하는데 필수적인(essential) 제품 또는 서비스에 대하여 공급거절이 있는 경우에도 EC조약 제82조 위반이 될 수 있다고 판시하였다.³⁰⁾

전술한 바와 같이 Bronner 판결은 지적재산권의 행사와 직접적으로 관련된 것은 아니며, 필수설비이론의 논의와 보다 직접적으로 관련이 있는 판결이나 지적재산권이 해당 사업활동을

RTE, O.J. (1998), L 78/43.

27) Case T-69/89, Radio Telefis Eireann v. Commission of the European Communities, [1991] ECR II-485.

28) See cases C-241/91 and C-242/91, Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v. Commission, [1995] ECR 743.

29) See e.g. V. Korah, The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience, (2002) Antitrust L.J., p. 801, at pp. 810, 811, 814; F.Fine, NDC/IMS: In Response to Professor Korah. (2002) 70 Antitrust L. J., p.247, at p. 251.

30) Para. 131 of the Ladbroke judgment.

하는데 있어서 필수적인 경우가 많다는 점에서 이에 관한 대표적인 판결인 Bronner 판결을 검토할 필요가 있다. Der Standard라는 일간신문의 발행인인 Bronner는 훨씬 규모가 큰 경쟁자인 Mediaprint가 유지하고 있던 매우 발전된 일간신문의 홈배달시스템(home-delivery system)에 대한 접근을 원하였다. Bronner는 위 홈배달시스템에 대한 접근을 거부하는 Mediaprint의 행위는 EC조약 제82조에 상응하는 오스트리아 경쟁법을 위반하였다고 주장하였다. 오스트리아 법원은 EC조약 제234조에 따라 위 접근거절이 EC조약 제82조에 위반되는지 여부에 대하여 ECJ에 선결적 판단을 요청하였다. ECJ는 Magill 판결을 언급하면서 “예외적인 상황(in exceptional circumstances)”에서 지적재산권의 라이선스를 거부하는 행위는 EC조약 제82조에 따른 남용(abuse)이 될 수 있다는 점을 인정하였다. 다만 ECJ는 Magill 판결은 네 가지 점에서 예외적인 사건(exceptional case)이었다고 하였다. 첫째, Magill이 라이선스를 받고자 하는 대상은 종합TV가이드를 출간하는데 필수적인(indispensable) 것이었다. 둘째, Magill은 TV방송사업자의 프로그램 스케줄 없이는 TV가이드를 전혀 출간할 수 없었다. 셋째, 종합TV가이드에 대하여는 매우 강한 소비자의 수요가 있었다. 넷째, 라이선스의 거절은 TV가이드에 관한 2차시장(secondary market)의 경쟁을 모두 제거할 위험이 있었다. ECJ는 일반론으로서 지적재산권의 행사가 EC조약 제82조로 인정되기 위한 3가지 요건을 제시하였다. Magill 판결에서 제시한 요건 중 두 개의 요건과 Ladbroke 판결에서 추가적으로 제시한 요건으로 구성되어 있다. 첫째, 라이선스의 거절이 2차시장(secondary market)에서의 경쟁을 모두 제거할 가능성이 있어야 한다. 둘째, 라이선스의 거절이 객관적으로(objectively) 부당하여야 한다. 셋째, 실제적 또는 잠재적 대체물이 없어서 라이선스를 받고자 하는 사업자가 해당 사업활동을 하는데 필수적인(indispensable) 제품 또는 서비스와 관련되어 있어야 한다. ECJ는 이러한 요건을 모두(cumulatively) 충족하는 경우에 라이선스의 거절이 EC조약 제82조 위반이 될 수 있다고 하였다. 그러나 ECJ는 다른 배달방법에 의하여도 일간신문을 배달할 수 있으므로 위 Mediaprint가 유지하고 있는 홈배달시스템이 Bronner에게 필수적인 것은 아니라고 보았다.

2. IMS 판결의 의미

IMS 판결은 세 가지 면에서 의미가 있는 판결로 평가되고 있다. 첫째, Magill 판결에서 제시한 세 가지 요건을 대체적으로 재확인하고 있으며, 특히 이들 요건이 중첩적으로(cumulative) 충족되어야 한다는 점을 분명히 하였다. 둘째, 두 개의 시장이 존재하여야 한다는 점을 확인하였다. 셋째, 본 사건 판결은 지적재산권 일반이라기보다는 저작권에만 적용된다고



하여 그 의미의 확대를 경계하였다.³¹⁾ 따라서 본 판결은 본질적으로 지적재산권에 대한 것으로 지적재산권 이외의 재산권에 대하여는 여전히 Bronner 판결이 유효하다.

본 판결은 전술한 바와 같이 Magill 판결의 내용을 재확인하고 있으나 몇 가지 측면에서 Magill 판결에서 의문이 있었던 부분에 대하여 입장을 밝히고 있다. 첫째, ECJ는 상류시장(upstream market)은 잠재적 시장(potential market) 또는 심지어 가정적인 시장(hypothetical market)이어도 족하다고 판시하였다. 따라서 지적재산권 시장의 특성을 감안하면 사실상 두 개의 시장이 있어야 한다는 요건은 큰 의미가 있는 것은 아니지 않느냐는 의견이 있을 수 있다. 둘째, ECJ는 지적재산권에 의하여 보호되는 제품 또는 서비스가 잠재적인 소비자의 수요가 있는 “새로운 상품(new product)”의 생산에 필수불가결해야 한다는 Magill 판결의 요건을 재확인하였다. “새로운 상품”에 대한 이러한 요건은 Bronner 판결에는 없는 요건이므로 지적재산권에 의하여 보호되는 필수설비(essential facilities)는 보다 높은 수준의 입증의 필요하다는 것으로 해석될 수도 없지 않으나 이러한 요건을 인정해야 할 경제적 합리성이 있는지는 분명하지 않다는 견해가 있다.³²⁾ 특히 ECJ는 라이선스를 요청한 사업자가 사실상(essentially) 2차시장(secondary market)에서 이미 제공되고 있는 상품이나 서비스를 복제(duplicating)하는 것에 불과해서는 안 된다고 하였다. ECJ는 지적재산권자가 제공하지 않고 있으며 잠재적인 소비자의 수요가 있는 새로운 제품을 생산하려고 해야 한다고 하여 Magill의 기준을 보다 구체화하였다. 그러나 ECJ는 어떤 경우에 “새로운 상품”이라고 할 수 있는지에 대하여 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다. 그러나 ECJ가 밝히고 있는 두 개의 시장요건이나 새로운 상품에 대한 요건은 그 인정에 상당한 재량의 여지가 많아 실무적으로 그다지 큰 장애로 작용하지 않을 것이라고 볼 여지가 많다. 이러한 측면에서 시장지배적지위를 갖고 있는 지적재산권 보유자에게는 그렇게 달가운 판결이라고 보기는 힘들다.³³⁾ 이러한 판례의 취지는 어떠한 방식으로든지 향후의 Microsoft 사건 판결에 영향을 미치게 될 것

31) Estelle DERCLAYE, *The IMS Health Decision: A Triple Victory*, *World Competition* 27(3), at 402 (2004).

32) Derek Ridyard, “Compulsory Access under EC Competition Law A New Doctrine of ‘Convenient Facilities’ and the Case for Price Predation,” 11 *European Competition Law Review*, 669 (2004) (“It is hard to see a justifiable public policy rationale for this (new product) condition”).

33) Damien Geradin, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court’s judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telecom?*, to be published in the *Common Market Law Review*, December 2005 (on file with the author), at 12.

이므로 유럽 법원이 어떠한 입장을 취할 것인지 흥미롭다.

전술한 바와 같이 EU시장의 통합을 지상과제로 하여 탄생한 유럽공동체는 시장분할의 도구로 사용될 가능성이 있는 지적재산권의 행사에 대하여 다소 엄격한 태도를 취하여 왔으므로 IMS 판결도 그러한 취지에서 이해할 수 있는 측면이 있다. 이에 비하여 미 연방대법원은 최근의 Trinko 사건에서 필수설비이론(essential facilities doctrine)³⁴⁾에 대하여 매우 보수적인 판결을 내린 적이 있는바,³⁵⁾ 필수설비이론이 직접적으로 경쟁법과 지적재산권의 조화문제에 관련된 것은 아니지만 미 대법원의 이 문제에 대한 인식의 편린을 맛볼 수 있다. 즉, 각 국가 또는 법역(jurisdiction)마다 경쟁법과 지적재산권에 대하여 나름대로 상이한 조화방안을 추구하고 있다고 할 수 있다. 물론 각국 또는 법역마다 경쟁법과 지적재산권의 상이한 조화정책으로 인하여 GE Honeywell 사건과 같이 국가간의 마찰이 발생할 수도 있다. 따라서 우리나라에서의 경쟁법과 지적재산권제도의 관계에 대한 논의에서도 WTO 등 국제적인 경쟁규범의 조화문제에 관심을 가지고 적극적으로 대처해야 할 필요가 있다. **경쟁지널**

34) 미국에서의 필수설비이론은 United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 US 383 (1912)에서 발달되어 왔다고 볼 수 있으며, Aspen Skiing 사건(Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847 (1985))을 계기로 많은 논의가 있었다. 유럽에서는 Commercial Solvents v. Commission, Cases 6/73 & 7/73 [1974] ECR 223M [1974] 1 CMLR 309에서 발전되어 나왔다.

35) Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 682 (2004).