

## UZASADNIENIE

Postanowieniem wydanym 17 VIII 2011 r. Sąd oddalił wniosek (...) z siedzibą w N. o udzielenie zabezpieczenia roszczeń względem (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Zażalenie uprawnionej oddalone zostało przez Sąd Apelacyjny w Warszawie 28 X 2011 r. w sprawie sygn. akt VIACz 1811/11. (k.650)

3 X 2011 r. (...) w N. wniosła o :

1. zakazanie (...) spółce z o.o. w W. wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach suplementu diety (...);
2. zakazanie pozwanej reklamowania, w tym za pośrednictwem Internetu, suplementu diety (...) poprzez porównywanie go do produktu I (...) oraz poprzez sugerowanie, że jest to produkt leczniczy;
3. zakazanie pozwanej używania w obrocie i reklamie oznaczenia (...);
4. zakazanie pozwanej stosowania opakowania produktu (...) w kolorach zielono-białym z motywem profilu ludzkiej głowy;
5. nakazanie pozwanej usunięcia skutków niedozwolonych działań poprzez wycofanie z obrotu suplementu diety (...);
6. zakazanie pozwanej wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach przez pozwaną suplementu diety (...);
7. zakazanie pozwanej reklamowania, w tym za pośrednictwem Internetu, suplementu diety (...) poprzez porównywanie go do produktu leczniczego (...) oraz poprzez sugerowanie, że jest to produkt leczniczy;
8. nakazanie pozwanej usunięcia skutków niedozwolonych działań poprzez wycofanie z obrotu suplementu diety (...);
9. nakazanie pozwanej zapłaty na rzecz (...) Komitetu Ochrony (...) kwoty 25.000 zł;
10. nakazanie pozwanej zamieszczenia na jej koszt ogłoszenia, w obramowaniu, na stronie 2 albo 3, w rozmiarze nie mniejszym niż 1/4 strony w magazynach *Gazeta (...)* oraz (...), a także w dzienniku ogólnopolskim *Gazety (...)*, w wydaniu głównym, w rozmiarze nie mniejszym niż 1/4 strony, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, o treści: (...) Sp. z o.o. oświadcza, że suplementy diety (...) oraz (...) nie są produktami leczniczymi i nie mogą być stosowane wspomagająco w chorobach zatok i górnych dróg oddechowych. (...) Sp. z o.o. z siedzibą w W. wyraża ubolewanie z powodu faktu, iż wprowadzając do obrotu i reklamując suplementy diety (...) oraz (...) naruszyła przepisy prawa, dobre obyczaje, zasady uczciwej konkurencji oraz prawo ochronne na znak towarowy (...) ze szkodą dla (...) z siedzibą w N., Niemcy oraz zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości."

Wniosła przy tym o upoważnienie powódki do zamieszczenia ogłoszeń, na koszt pozwanej w razie, gdyby we wskazanym terminie nie dopełniła ona obowiązku wykonania wyroku lub złożyła oświadczenie o innej treści lub formie niż nakazana.

11. zasądzenie kosztów postępowania. (k.2-219)

Na rozprawie 26 XI 2012 r. powódka sprecyzowała żądanie z tiret 10. w ten sposób, że wniosła o nakazanie pozwanej zamieszczenia ogłoszenia, w którego treści pierwsze zdanie brzmi: (...) Sp. z o.o. oświadcza, że suplementy diety (...) oraz (...) nie są produktami leczniczymi." W drugim zdaniu należy natomiast wykreślić sformułowanie "prawo ochronne na znak towarowy". (k.1401)



Pozwana wprowadza obecnie do obrotu suplementy diety (...) w tabletkach i (...) w syropie. (...) zawiera w jednej tabletkie 50 mg korzenia goryczki, 50 mg kwiatu dziewanny, 50 mg kwiatu bzu czarnego, 50 mg ziela werbeny oraz 25 mg ekstraktu z liści (...). (...) zawiera 10 mg ekstraktu z korzenia goryczki, 10 mg ekstraktu z kwiatu dziewanny, 50 mg ekstraktu z kwiatu bzu czarnego, 20 mg ekstraktu z ziela werbeny i 25 mg ekstraktu z liści (...). Dawka dzienna (...) to - dla dorosłych - 1 tabletkę 1-2 razy dziennie, dla dzieci od 6 roku życia 1 tabletkę raz dziennie. (...) jest zalecany dla dzieci powyżej 3 roku życia w dawce dziennej 5 ml. (dowód: kopie opakowań i ulotek k.76-83, wydruki ze stron internetowych k.91-92). (...) i (...) zawierają wyższe stężenia substancji czynnych niż produkt leczniczy (...). (bezsporne)

Suplementy diety (...) i (...) działają wspomagająco w procesach samooczyszczania się zatok, funkcjonowania zatok i błon śluzowych oraz prawidłowego funkcjonowania układu odpornościowego. (bezsporne – tak też opakowania wraz z ulotkami informacyjnymi k.367-375) Oferowane są przez pozwaną jako suplementy diety, wspomagające utrzymanie równowagi (homeostazy) organizmu.

Od dwóch lat pozwana intensywnie promuje swoje produkty, prowadząc kampanię reklamową skierowaną do konsumentów, lekarzy i farmaceutów, w której początkowo prezen-towała (...) i (...) jako produkty o działaniu leczniczym, porównując je do leku (...). W marcu 2011 r. w reklamie (...), umieszczonej obok artykułu Rozpoznanie i leczenie ostrego zapalenia oskrzeli w numerze (...) magazynu (...) znalazło się stwierdzenie: „Zatoki? katar, kaszel? Problem ustanie po (...)”. (dowód: materiały reklamowe k.104-113, e-mail z 16 VI 2011 r. k.114-128, ulotka k.1061-1062) Na kongresach i konferencjach z udziałem lekarzy i farmaceutów przedstawiciele pozwanej informowali, że (...) i (...) to tańsze odpowiedniki (...), sugerując, iż są produktami leczniczymi, a nie suplementami diety. (dowód: zeznania świadków C. P. k.1227-1230, P. S. k.1403-1405) W ulotkach rozdawanych lekarzom pozwana znalazły się stwierdzenia:

- Za najczęstsze problemy dotyczące górnych dróg oddechowych odpowiedzialne są niemal te same wirusy i szczepy bakteryjne, dlatego szczególnie u dzieci warto stosować preparaty wspomagające o potwierdzonym, kompleksowym działaniu rozrzedzającym wydzielinę zmniejszającym obrzęk błony śluzowej bakteriostatycznym i barierowym dla wirusów stymulującym odporność. (dowód: ulotka lekarska (...) k.106)

- Każde zapalenie górnych dróg oddechowych powinno być leczone pod kontrolą lekarza. Jednak szczególnie w przypadku przeziębień, kataru, zapalenia zatok istotne jest stosowanie preparatów wspomagających o działaniu rozrzedzającym wydzielinę zmniejszającym obrzęk błony śluzowej bakteriostatycznym i barierowym dla wirusów stymulującym odporność. (dowód: ulotka lekarska (...) k.110)

Pozwana umieszczała w aptekach plakaty reklamujące (...) hasłem: podwójna bariera dla wirusów sugerujące, że preparat ten ma działanie przeciwwirusowe, czyli że jest produktem leczniczym, a nie suplementem diety. (dowód: plakat k.113) Rozsyłała do aptek wiadomości elektroniczne z ofertą o treści: Bardzo polecam (...) i (...) jest to ciekawa propozycja dla pacjentów kupujących (...). Nasze preparaty zawierają wysoko-skondensowaną kompozycję ekstraktów roślinnych przewyższającą skład (...). Warto zwrócić uwagę na zastosowany po raz pierwszy w Polsce ekstrakt z liści (...) - jeden z najpopularniejszych skandynawskich środków o działaniu m.in. bakteriostatycznym, tworzącym barierę dla wirusów. Stężenie składników naszych preparatów jest 3 krotnie wyższe w porównaniu do (...) i z tego powodu są bardzo wygodne w dawkowaniu: wystarczy 1 tabletkę lub 1 łyżeczka dziennie (1 tabletkę (...) = 3 tabletki (...)). Koszt leczenia naszym preparatem jest z pewnością dużo mniejszy dla pacjenta. (dowód: e-mail z 16 VI 2011 r. k.114-128, zeznania świadków C. P. k.1227-1230, P. S. k.1403-1405, M. F. k.1402-1403)

Obecnie pozwana prowadzi promocję obu preparatów nie używając już porównań ani odniesień do leku (...), jako produktu konkurencyjnego. (dowód: opakowania, ulotki informacyjne k.367-375, materiały reklamowe k.388-405, 452-457, 746-757, zeznania świadków M. Z. k.1230-1231, P. G. k.1231-1232, A. J. k.1232-1233, J. T., S. S. i B. A., D. S., E. L. - w aktach sygn. ICps 4/12 Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie)

Produkty pozwanej są suplementami diety, żywnością w rozumieniu ustawy z 25 VIII 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Ich zadaniem jest uzupełnienie diety człowieka o brakujące substancje. Nie mają za

zadanie modyfikowania funkcji fizjologicznych organizmu. Główny Inspektor Sanitarny ani Główny Inspektor Farmaceutyczny nie zanegowali prawidłowości zgłoszenia (...) i (...) jako suplementów diety, a nie produktów leczniczych, pomimo że zawierają one substancje aktywne stosowane w produktach leczniczych. (bezsporne – tak też informacja na k.739 i decyzje k.1038-1041, 1152-1156, 1179-1183)

Produkty stron są oferowane w aptekach. (bezsporne – tak też fotografie k.93-95)

Spółce (...) służą prawa z rejestracji wzorów wspólnotowych nr(...) i nr(...) przedstawiających zewnętrzną postać opakowań. (dowód: świadectwa (...) k.378-384) Szata graficzna opakowań produktów (...) została opracowana na zlecenie pozwanej przez grafika R. K.. (bezsporne)

14 XII 2010 r. A. S. (1) zgłosiła w UP RP znak towarowy(...) (...) (bezsporne – tak też dokumentacja k.459-464) Po zmianie zgłaszającego (k.723), decyzją z 3 IX 2012 r. UP RP udzielił pozwanej prawa ochronnego na słowny znak towarowy (...). (świadectwo ochronne k.1462-1465) 5 IX 2011 r. A. S. (1) zgłosiła także znak towarowy (...) (...) (bezsporne – tak też dokumentacja k.472-477) 6 X 2010 r. pozwana zgłosiła w UP RP znak towarowy (...). (...) (bezsporne – tak też dokumentacja k.466-470), a 5 IX 2011 r. znak towarowy(...). (...). (bezsporne – tak też dokumentacja k.479-484)

Czyniąc powyższe ustalenia Sąd oparł się na twierdzeniach i dowodach zaofiarowanych przez strony w terminach określonych przepisami art. 479<sup>12</sup> § 1 i art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c., pomijając twierdzenia i oddalając wnioski dowodowe, które – bez usprawiedliwienia konkretnymi okolicznościami - zgłoszone zostały dopiero w toku postępowania, począwszy od spóźnionej repliki wobec odpowiedzi na pozew zawartej w piśmie procesowym z 5 XII 2011 r., nie stanowiącym załącznika do protokołu rozprawy z 5 XII 2011 r. (k.563-596)

Za podstawę ustaleń Sąd przyjął zgodne twierdzenia stron, niebudzące wątpliwości co do ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, dowody z dokumentów, wydruków z Internetu, materiałów reklamowych i fotografii, a także korespondujące z nimi zeznania świadków i przedstawiciela pozwanej spółki A. S.. Sąd pominął jednak zeznania świadka P. R. (k.1474-1476) wewnętrznie sprzeczne, szczególnie po ich zweryfikowaniu nagraniem DVD (k.1477) oraz pozbawione obiektywizmu, ze względu na konflikt zaistniały pomiędzy świadkiem, a spółką córką powódki (...) , z pracy w której został zwolniony. Pomimo tendencyjności dostrzegalnej w zeznaniach świadków C. P. i P. S., wyraźnie zaangażowanych po stronie powodowej, Sąd uwzględnił je w części w jakiej były one zgodne z innym materiałem dowodowym (zeznaniami innych świadków, listem elektronicznym i materiałami reklamowymi rozpowszechnianymi przez pozwaną).

***Odnosząc się do zarzutów opartych na przepisach art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z 30 VI 2000 r. Prawo własności przemysłowej Sąd zważył co następuje :***

Zgodnie z art. 153 p.w.p., przez uzyskanie prawa ochronnego uzyskuje się wyłączność używania znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej (ust. 1) przez okres 10 lat od daty zgłoszenia znaku w Urzędzie Patentowym (ust. 2), z możliwością przedłużenia na kolejne okresy dziesięcioletnie (ust. 3). Używanie znaku towarowego polega w szczególności na:

1. umieszczeniu go na towarach objętych prawem ochronnym lub ich opakowaniach, oferowaniu i wprowadzaniu tych towarów do obrotu, ich imporcie lub eksporcie oraz składowaniu w celu oferowania i wprowadzania do obrotu, a także oferowaniu lub świadczeniu usług pod tym znakiem;
2. umieszczeniu znaku na dokumentach związanych z wprowadzaniem towarów do obrotu lub związanych ze świadczeniem usług;
3. posługiwaniu się nim w celu reklamy. (art. 154 p.w.p.)

Prawo wyłączne zostało przyznane właścicielowi znaku towarowego, aby umożliwić mu ochronę jego szczególnych interesów, zadbanie o to, aby znak ten mógł spełniać właściwe mu funkcje zagwarantowania konsumentom wskazania pochodzenia towaru lub usługi oraz ich jakości (gwarancyjną), komunikacyjną, reklamową i inwestycyjną. Wykonywanie tego prawa winno być zastrzeżone dla przypadków, w których używanie przez osoby trzecie określonego oznaczenia wpływa lub może negatywnie wpływać na pełnione przez znak funkcje (tak wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 22 IX 2011 r. w sprawie C-482/09 Budějovický Budvar, a także wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 18 VI 2009 r. w sprawie C-487/07 L'Oréal i in., z 23 III 2010 r. w sprawach połączonych od C-236/08 do C-238/08 Google France i Google), w szczególności gwarantowania konsumentowi lub końcowemu odbiorcy możliwości określenia pochodzenia towaru lub usługi nim oznaczonych, odróżnienia go (bez ewentualności wprowadzenia w błąd) od towarów lub usług innego pochodzenia. (tak wyroki ETS z 23 V 1978 r. w sprawie 102/77 Hoffmann-La Roche, z 18 VI 2002 r. w sprawie C-299/99 Philips, z 8 V 2008 r. w sprawie C-304/06 Eurohypo, wyrok Sądu Unii Europejskiej z 8 II 2011 r. w sprawie T-157/08 Insulate for life)

Z art. 296 ust. 1 p.w.p. wynika dla uprawnionego prawo wyłącznego i niezakłóconego używania znaku towarowego oraz zakazania innym osobom, które nie posiadają jego zgody, używania w obrocie :

1. znaku identycznego do znaku zarejestrowanego w odniesieniu do identycznych towarów;
2. znaku identycznego lub podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego w odniesieniu do towarów identycznych lub podobnych, jeżeli zachodzi ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, które obejmuje w szczególności ryzyko skojarzenia znaków;
3. znaku identycznego lub podobnego do renomowanego znaku towarowego, zarejestrowanego w odniesieniu do jakichkolwiek towarów, jeżeli może to przynieść używającemu nienależną korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku wcześniejszego.

Kwalifikacja naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy na tle tego przepisu powinna być dokonywana według zasad wypracowanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji (obecnie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Unii Europejskiej) na tle Pierwszej Dyrektywy Rady nr 89/104/EWG z 21 XII 1989 r. mającej na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych (zmienionej Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE z dnia 22 X 2008 r. mającą na celu zbliżenie ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do znaków towarowych) oraz rozporządzenia Rady (WE) nr 207/2009 z dnia 26 II 2009 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego.

Zasadniczym warunkiem udzielenia uprawnionemu ochrony przed naruszeniami jest udokumentowanie istnienia prawa i jego treści. Prawo wyłączne na znak towarowy ma charakter formalny, stąd jego istnienie może być skutecznie dowodzone wyłącznie dokumentem urzędowym – świadectwem ochronnym Urzędu Patentowego RP lub (w odniesieniu do znaków międzynarodowych zgłaszanych w trybie porozumienia madryckiego) świadectwem Światowej Organizacji Własności Intelektualnej i dodatkowo dowodem uznania ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, bez którego znak towarowy ma jedynie status zgłoszenia.

Należy przyznać rację pozwanej zarzucającej (...) nieprzedstawienie w terminie określonym w art. 479<sup>(12)</sup> § 1 k.p.c. dowodów aktualności ochrony znaku towarowego (...) oraz uznania w Polsce ochrony znaku (...). Co więcej, ze świadectw załączonych do pozwu wynika, że uprawnioną jest nie powódka lecz (...) z siedzibą w N.. Sąd nie podziela przekonania powódki, że złożenie wymaganych dokumentów w toku postępowania uzasadniało dopiero zgłoszenie zastrzeżenia w odpowiedzi na pozew. W tym przypadku mamy do czynienia z prawem, a nie z faktem, nie mógłby mieć zatem zastosowania przepis art. 229 k.p.c. Nie można się także zgodzić z tezą o powszechnej znajomości zawartości bazy internetowej UP PR, co do której zgodności z rejestrami Urzędu, Sąd ma zasadnicze wątpliwości, wynikające z doświadczenia w orzekaniu w tego rodzaju sprawach.

Składając dokumenty, powódka uchybiła obu terminom zakreślonym art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c., nie zachowując także 14-o dniowego terminu do zgłoszenia twierdzeń i dowodu, liczonego od momentu gdy stało się to możliwe i potrzebne. **Niezłożenie wymaganych dokumentów urzędowych wykluczało poczynienie przez Sąd ustaleń dotyczących istnienia prawa wyłącznego i określenia zakresu jego aktualnej ochrony.**

Niewykazanie dokumentem urzędowym pierwszeństwa udzielenia i aktualności ochrony znaków towarowych (...) wyklucza zastosowanie względem nich reguł oceny konfliktu praw określonych zarówno w orzecznictwie krajowym, zgodnie z którym, jeśli korzystanie ze znaku towarowego prowadzi do naruszenia uprawnień do znaku zarejestrowanego wcześniej, to naruszciciel powinien zaprzestać realizowania formalnie przysługujących mu uprawnień, gdyż nie podlegają one materialno-prawnej ochronie, przy czym, właściciel znaku zarejestrowanego wcześniej może dochodzić roszczeń wobec naruszciciela bez konieczności uprzedniego unieważnienia rejestracji jego prawa do znaku (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 23 X 2008 r. VCSK 109/08), jak również unijnym (por. wyroki Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 21 II 2013 r. w sprawie C-561/11 Federation Cynologique internationale i z 16 II 2012 r. w sprawie C-488/10 Celaya Emparanza y Galdos Internacional SA) Powódka nie może zasadnie twierdzić, że to jej prawa wyłączne – jako wcześniejsze – zasługują na ochronę bez potrzeby unieważniania praw pozwanej do znaków towarowych i wzorów wspólnotowych, skoro nie dowiodła ich istnienia.

Wobec niezłożenia przez powódkę dowodów przynależnych jej praw do znaków towarowych (...) i IR- (...), kwestionowanych przez pozwaną, **Sąd oddalił, jako nieudowodnione, żądanie objęte tiret 3. pozwu. (art. 296 ust. 1 w zw. z ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p.)** Nawet jednak gdyby uznać, że pomimo braku dokumentu urzędowego – prawa wyłączne (...) zasługują na ochronę przed naruszeniami, żądanie powódki musiałoby podlegać oddaleniu, jako nieuzasadnione.

Ocena identyczności lub podobieństwa znaków opiera się na ich zgodności wizualnej, fonetycznej oraz znaczeniowej. Sporne znaki należy porównywać całościowo, przy czym decydujące znaczenie mają elementy odróżniające i dominujące, a nie opisowe. Dwa znaki towarowe są do siebie podobne jeżeli, z punktu widzenia określonego kręgu odbiorców, są one przynajmniej częściowo identyczne w jednym lub kilku istotnych aspektach. (por. wyrok SPI z 23 X 2002 r. w sprawie T-6/01 Matratzen ) Identyczność porównywanych znaków występuje wówczas, gdy są one dokładnie jednakowe lub charakteryzują się niedostrzegalnymi dla przeciętnego konsumenta różnicami. Dla stwierdzenia, czy w konkretnym przypadku znaki są identyczne, czy też można mówić zaledwie o podobieństwie, konieczne jest dokonanie oceny wizualnych, fonetycznych i znaczeniowych cech znaków i ich całościowego oddziaływania na percepcję należycie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta. (por. wyrok ETS z 20 III 2003 r. w sprawie C-291/00 LTJ Diffusion )

Dokonując oceny podobieństwa towarów należy brać pod uwagę wszystkie czynniki charakteryzujące zachodzące między nimi relacje (zależności), szczególnie rodzaj towarów, ich przeznaczenie, sposób używania lub korzystania z nich, warunki w jakich są sprzedawane, a także ich wzajemny, konkurencyjny lub komplementarny charakter. (por. wyroki Sądu z 23 X 2002 r. w sprawie T-388/00 ELS, z 4 XI 2003 r. w sprawie T-85/02 Castillo ) Całościowa ocena zakłada pewną współzależność między branżami pod uwagę czynnikami, w szczególności podobieństwem znaków towarowych oraz podobieństwem towarów, których one dotyczą, przy czym niski stopień podobieństwa między towarami może być zrównoważony znaczącym stopniem podobieństwa między znakami towarowymi i odwrotnie. (zasada wzajemnej zależności - por. wyroki ETS z 23 X 2002 r. w sprawie T-6/01 Matratzen , z 13 IX 2007 r. w sprawie C-234/06 Il Ponte Finanziaria i z 18 XII 2008 r. w sprawie C-16/06 Mobilix )

W myśl utrwalonego orzecznictwa, prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd istnieje wtedy, gdy odbiorcy mogliby uznać, że dane towary lub usługi pochodzą z tego samego przedsiębiorstwa, ewentualnie z przedsiębiorstw powiązanych gospodarczo. (por. wyroki ETS z 29 IX 1998 r. w sprawie C-39/97 Canon, z 4 V 1999 r., z 22 VI 1999 r. w sprawie C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer, z 2 IX 2010 r. w sprawie C-254/09 CK Calvin Klein ) Prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd powinno być oceniane w sposób całościowy, zgodnie ze sposobem postrzegania określonego konsumenta, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności konkretnego

przypadku, w szczególności wzajemnej zależności między podobieństwem oznaczeń i towarów lub usług, których one dotyczą. (por. wyroki ETS z 11 XI 1997 r. w sprawie C-25/95 Sabel i z 23 III 2006 r. w sprawie C-206/04 Mülhens )

Ocena prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd w zakresie podobieństwa wizualnego, fonetycznego lub koncepcyjnego spornych oznaczeń powinna się opierać na wywieranym przez nie całościowym wrażeniu ze szczególnym uwzględnieniem ich elementów odróżniających i dominujących. (por. wyroki ETS z 11 XI 1997 r. w sprawie C-25/95 Sabel i z 23 X 2002 r. w sprawie T-6/01 Matratzen ) Z zasady, odbiorcy nie uznają elementu opisowego, stanowiącego część złożonego znaku towarowego, za element odróżniający i dominujący w całościowym wrażeniu, jakie ten znak wywiera. (por. wyroki SPI z 3 VII 2003 r. w sprawie T-129/01 BUDMEN i z 6 VII 2004 r. w sprawie T-117/02 Chufafit ) O ile przeciętny konsument postrzega zwykle znak towarowy jako całość i nie zagłębia się w analizę jego poszczególnych elementów (por. wyrok ETS z 11 XI 1997 r. w sprawie C-251/95 SABEL ), o tyle to właśnie dominujące i odróżniające cechy oznaczenia są, co do zasady, najłatwiej zapamiętywane. (por. wyroki SPI z 23 X 2002 r. w sprawie T-104/01 Fifties , z 10 IX 2008 r. w sprawie T-325/06 Capio )

Właściwy krąg odbiorców składa się z przeciętnych konsumentów, należycie poinformowanych, dostatecznie uważnych i rozsądnych, przy czym poziom uwagi konsumentów może się różnie kształtować w zależności od kategorii przedmiotowych towarów lub usług. (por. wyroki ETS z 22 VI 1999 r. w sprawie C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer , z 6 V 2003 r. w sprawie C-104/01 Libertel i z 12 I 2006 r. C-361/04 Ruiz Picasso, wyroki SPI z 23 X 2002 r. w sprawie T-104/01 Fifties , z 30 VI 2004 r. w sprawie T-186/02 Dieselit ) Przeciętny konsument rzadko ma możliwość przeprowadzenia bezpośredniego porównania różnych znaków towarowych, musi zazwyczaj zdawać się na zachowany w pamięci niedoskonały obraz tych znaków towarowych. Prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd jest tym większe im silniejszy jest charakter odróżniający znaku towarowego, który wynika z jego samoistnych cech lub jego renomy (znajomości, rozpoznawalności znaku na rynku). (por. wyroki ETS z 22 VI 1999 r. w sprawie C-342/97 Lloyd Schuhfabrik Meyer , z 11 XI 1997 r. w sprawie C-251/95 SABEL i z 29 IX 1998 r. w sprawie C-39/97 Canon , wyroki SPI z 1 II 2005 r. w sprawie T-57/03 Hooligan , z 21 II 2006 r. w sprawie T-214/04 POLO i z 5 IV 2006 r. w sprawie T-202/04 Echinacin )

Istnieje pewna współzależność między znajomością znaku towarowego wśród odbiorców, a jego charakterem odróżniającym - im bardziej znak towarowy jest znany, tym bardziej wzmocniony jest jego charakter odróżniający. Przy dokonywaniu oceny, czy znak towarowy cieszy się wysoce odróżniającym charakterem wynikającym z jego znajomości wśród odbiorców, należy rozpatrzyć wszystkie istotne okoliczności danego przypadku, w szczególności udział znaku towarowego w rynku, natężenie, zasięg geograficzny i długość okresu jego używania, wielkość inwestycji dokonanych przez przedsiębiorstwo w celu jego promocji, udział procentowy zainteresowanych grup odbiorców, którym znak towarowy umożliwia zidentyfikowanie towarów jako pochodzących z określonego przedsiębiorstwa, jak również oświadczenia izb handlowych i przemysłowych lub innych stowarzyszeń zawodowych. (por. wyrok SPI z 12 VII 2006 r. w sprawie T-277/04 Vitakraft-Werke ) Ciężar udowodnienia siły znaku, a przez to jego odróżniającego charakteru, spoczywa na powodzie. (art. 6 k.c.)

**Oceniając zarzut naruszenia prawa wyłącznego, z punktu widzenia przepisu art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p. Sąd uznał, że** w niniejszej sprawie mamy do czynienia z podobieństwem towarów, dla których udzielona została ochrona znakom towarowym (...) (leki) i towarów, dla których używany jest znak (...) (suplement diety). Ich sprzedaż odbywa się w aptekach, co w przypadku produktów leczniczych zmniejsza ryzyko konfuzji konsumenckiej, są one bowiem podawane przez farmaceutów, którzy powinni rozróżniać leki od suplementów diety i wydawać klientowi właściwy produkt, zależnie od jego potrzeb.

Znaków towarowych stron nie można uznać za podobne, w rozumieniu art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p. Identyczne w początkowym elemencie (...), który ma ten sam źródłosłów **sinus** – z języka łacińskiego - zatoki, wskazujący w sposób przyjęty dla tego typu produktów, ich przeznaczenie (k.486-516, 725-728). Słusznie pozwana twierdzi, że istnieje wiele niekolizyjnych oznaczeń zawierających ten element, zarejestrowanych w Urzędzie Patentowym RP (...), (...), (...) i funkcjonujących w obrocie handlowym (...), (...), (...), (...), (...). Dodatkowym potwierdzeniem, że element (...) w

nazwie handlowej towarów stron - wskazuje na zatoki jest wygląd opakowań, na których przedstawiono głowę ludzką i miejsca, na które produkty mają oddziaływać.

Wspólny obu znakom, element (...) ma charakter opisowy, nie może być zatem uznany za decydujący o uznaniu przez konsumentów podobieństwa (...) i (...). Powódka nie może rościć sobie pretensji do wyłączności używania tego elementu słownego, jako dystynktywnego w znaku towarowym chronionym dla leków, w szczególności przeznaczonych do leczenia chorób zatok. Decydując się na zgłoszenie znaku zawierającego ten element musiała mieć świadomość, że używać go będą dla oznaczania swych towarów także jej konkurenci rynkowi.

Końcowe części znaków stron wyraźnie się od siebie różnią - (...) i (...), decydując o odmienności oznaczeń w ogólnym oglądzie świadomego i rozsądnego konsumenta, który nie zostanie wprowadzony w błąd co do pochodzenia (...) i (...). Nie można uznać zatem, że przeciwstawiane sobie znaki są identyczne na płaszczyźnie fonetycznej, wizualnej lub koncepcyjnej.

**Znaki towarowe (...) nie zasługują także na ochronę na podstawie art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p.** Renoma znaku jest elementem, który należy uwzględnić w ramach oceny, czy podobieństwo oznaczeń lub towarów i usług jest wystarczające dla zaistnienia prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd, po ustaleniu podobieństwa znaków, a nie w celu ustalenia tego podobieństwa. (por. wyrok ETS z 3 IX 2009 r. w sprawie C-498/07 La Española, wyroki SPI z 12 XII 2002 r. w sprawie T-110/01 HUBERT, z 15 IX 2009 r. w sprawie T-308/08 MANGO adorably, z 8 II 2011 r. w sprawie T-194/09 LAN ) Orzecznictwo wspólnotowe utożsamia renomę ze znajomością znaku towarowego, jego sławą, nie zaś z jakością towarów lub usług, dla których znak ten jest chroniony (ekskluzywnością). Już w wyroku z 14 IX 1999 r. w sprawie C-375/97 ( General Motors ) Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że elementem renomy znaku, jest jego szeroka znajomość przez relewantnych odbiorców na określonym terytorium (niekoniecznie powszechna znajomość w rozumieniu art. 6<sup>(bis)</sup> Konwencji paryskiej o ochronie własności przemysłowej z 20 III 1883 r.). Oceniając, czy wymaganie jest spełnione, sąd musi wziąć pod uwagę wszystkie istotne elementy stanu faktycznego, w szczególności :

- udział w rynku,
- intensywność, zasięg geograficzny i okres używania,
- wielkość inwestycji poniesionych przez przedsiębiorstwo w związku z promocją.

Kryteria te zostały zastosowane przez Sąd Pierwszej Instancji w wyrokach z 13 XII 2004 r. w sprawie T-8/03 ( Emilio Pucci) i z dnia 25 V 2005 r. w sprawie T-67/04 ( SPA-Finders ) Także w wyroku z 6 II 2007 r. w sprawie T-477/04 ( TDK ) Sąd stwierdził, że aby spełnić wymóg związany z renomą, znak towarowy musi być znany znacznej części odbiorców potencjalnie nimi zainteresowanych. Rozstrzygając o renomie konkretnego znaku towarowego sąd powinien dokonać szczegółowej i wszechstronnej oceny zaferowanych mu dowodów w odniesieniu do zakresu i poziomu działań handlowych, sponsoringowych i promocyjnych uprawnionego, służących budowaniu renomy. Zwraca też uwagę na rodzaj towaru, uzyskany poziom sprzedaży, popularność wśród konsumentów, rozmiar, częstotliwość i regularność sponsorowania różnych wydarzeń przyciągających dużą liczbę widzów, pozwalające na uznanie, że znak towarowy spełnia kryterium renomy, jako znany znacznej części odbiorców. (por. także wyrok ETS z 27 XI 2008 r. w sprawie C-252/07 INTEL )

W ocenie Sądu, (...) nie dowiodła w tym postępowaniu, że znaki (...) są znakami renomowanymi (poziomu ich znajomości w relatywnym kręgu konsumentów) ani tego, że używanie przez (...) kwestionowanego oznaczenia, bez uzasadnionej przyczyny przynosi jej nienależną korzyść albo jest szkodliwe dla odróżniającego charakteru lub renomy znaków R- (...) i IR- (...). Odwoływanie się wyłącznie do poglądów orzecznictwa i doktryny, bez wskazania i udowodnienia konkretnych okoliczności sprawy uzasadniających taką ocenę, należy uznać za niewystarczające. Powódka nie określiła, a tym bardziej nie udowodniła tego, z jaką intencją działała pozwana, dążąc do uzyskania nienależnych jej korzyści ani też zmiany rynkowej, jaka nastąpiła na skutek używania przez nią znaku (...).



Uzasadniając stanowisko Sądu wystarczy odwołać się do odpowiedzi na pytanie prejudycjalne udzielonej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 27 XI 2008 r. w sprawie C-252/07 INTEL, odnoszącej się do wykładni przepisu art. 4 ust. 4a pierwszej dyrektywy Rady 89/104/EWG z 21 XII 1988 r., zgodnie z którym istnienie związku między wcześniejszym renomowanym znakiem towarowym a znakiem późniejszym, o którym mowa w wyroku z 23 X 2003 r. w sprawie C-408/01 Adidas, a także używanie późniejszego znaku powodujące lub mogące powodować czerpanie nienależnych korzyści z charakteru odróżniającego lub renomy wcześniejszego znaku bądź też działające lub mogące działać na ich szkodę, winno być oceniane całościowo, przy uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności sprawy. To, że późniejszy znak przywołuje na myśl przeciętnemu, właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i rozsądnemu konsumentowi znak wcześniejszy, jest jednoznaczna z istnieniem między nimi takiego związku. Okoliczność, że :

- wcześniejszy znak towarowy dla określonych towarów i usług cieszy się dużą renomą i
- te towary i usługi nie są podobne lub w znacznym stopniu podobne do towarów i usług, dla których został zarejestrowany późniejszy znak, i
- wcześniejszy znak jest niepowtarzalny w odniesieniu do jakichkolwiek towarów lub usług, i
- późniejszy znak przywołuje przeciętnemu, właściwie poinformowanemu, dostatecznie uważnemu i rozsądnemu konsumentowi na myśl wcześniejszy znak towarowy,

nie wystarczy, aby dowieść, że używanie późniejszego znaku towarowego powoduje lub może powodować czerpanie nienależnej korzyści z charakteru odróżniającego lub renomy wcześniejszego znaku towarowego bądź też działa lub może działać na ich szkodę. Przedstawienie dowodu na okoliczność, że używanie późniejszego znaku towarowego działa lub może działać na szkodę charakteru odróżniającego znaku wcześniejszego, wymaga wykazania zmiany rynkowe-go zachowania przeciętnego konsumenta towarów lub usług, dla których wcześniejszy znak jest zarejestrowany, będącej konsekwencją używania znaku późniejszego lub dużego prawdopodobieństwa, że taka zmiana nastąpi w przyszłości. **W przekonaniu Sądu, materiał dowodowy sprawy nie daje podstaw do uznania, że (...) dopuściła się naruszenia praw ochronnych na znaki towarowe (...), zdefiniowanego w art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.**

**Odnosząc się do zarzutów stawianych spółce (...), a opartych na przepisie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 IV 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd zważył co następuje :**

Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na zasadach wolności gospodarczej i swobody konkurencji. Każdy przedsiębiorca funkcjonujący na rynku może podejmować działania zmierzające do pozyskiwania kontrahentów – nabywców oferowanych przezeń towarów i usług. Co do zasady dozwolone są konkurencyjne działania, bez względu na to jak dotkliwe skutki mogą wywierać w sferze interesów innych uczestników obrotu. Ustawodawca zwraca się przeciwko nim tylko o tyle, o ile są one sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami albo też podważają fundamenty konkurencji jako takiej. (por.: Wojciech Pyziół, Anna Walaszek-Pyziół Czyn nieuczciwej konkurencji (analiza pojęcia). Przegląd Prawa Handlowego 1994/10/1)

Ustawa z dnia 16 IV 1993 r. reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej - w interesie publicznym, przedsiębiorstw oraz klientów (art. 1) i nie może być traktowana jako instrument służący wyeliminowaniu konkurencji w ogóle, w celu zachowania dominującej pozycji. (tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 30 IX 1998 r. I ACa 281/98 Apel.-Lub.1999/1/1) Zgodnie z przepisem art. 3, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. (ust. 1) W ust. 2 przykładowo wymienia się czyny nieuczciwej konkurencji, jak np. wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, nieuczciwa lub zakazana reklama. Uznanie działania za czyn nieuczciwej konkurencji warunkowane jest kumulatywnym spełnieniem następujących przesłanek:

- czyn ma charakter konkurencyjny,
- narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta,
- jest bezprawny, tj. sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Jak słusznie stwierdził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 22 XI 2000 r. (I ACa 688/00, OSA 2001/5/28), nie każde zachowanie naruszające dobre obyczaje może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1. Dyspozycją tego przepisu objęte są tylko te czyny sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes przedsiębiorcy, co ma miejsce wówczas, gdy działanie (zaniechanie) konkurenta powoduje pogorszenie lub brak spodziewanej poprawy możliwości nabycia lub zbytu oferowanych dóbr i usług. (tak Beata Gadek Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art.3 u.z.n.k.), Uniwersytet Jagielloński, Zeszyt 85, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2003 r. s.156-161)

O naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wtedy, gdy na skutek działania konkurencyjnego nastąpi pogorszenie lub nie nastąpi oczekiwana poprawa możliwości nabywania lub zbywania dóbr bądź usług. Decyduje o tym sposób, w jaki działanie konkurenta jest odbierane przez potencjalnych adresatów. Zważywszy, że prawa przedsiębiorcy uczestniczącego w obrocie mają charakter względny, tylko adresatom działań nieuczciwie konkurencyjnych służyć będzie roszczenie o ich zaniechanie i naprawienie szkody. Obowiązek wskazania i udowodnienia istnienia zagrożenia obciąża występującego z zarzutem nieuczciwej konkurencji. Deliktowy charakter odpowiedzialności nieuczciwego konkurenta uzasadnia także obciążenie powoda obowiązkiem udowodnienia szkody i istnienia związku przyczynowego. (art. 415 i art. 361 § 1 w zw. z art. 6 k.c.)

Naruszenie prawa odnosi się do bezwzględnie i powszechnie obowiązujących przepisów, w szczególności u.z.n.k., przepisów o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, o ochronie dóbr osobistych, prawa własności, praw autorskich, ochrony konsumentów, kodeksu karnego. Dobre obyczaje, w znaczeniu określonym w art.3 ust.1 u.z.n.k., rozumieć jednak należy podobnie do zasad współżycia społecznego. Są to zatem normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. Normy te mogą się więc odnosić do innych stosunków społecznych niż typowe zasady współżycia społecznego na tle kodeksu cywilnego. O tym, czy dane działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, decyduje całokształt okoliczności, a zwłaszcza cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań. Czyn sprzeczny z prawem nie musi być zarazem sprzeczny z dobrymi obyczajami, gdyż zależy to od charakteru naruszonych norm. Dla ustalenia dobrych obyczajów poważne znaczenie mogą mieć ustalone przez organizacje samorządu zawodowego kodeksy etyczne. (tak: Marian Kępiński Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny 1994/2/1) Pojęcie dobrych obyczajów odczytuje się najczęściej w ujęciu ekonomiczno-funkcjonalnym, przywiązującym wagę nie do przestrzegania dobrych obyczajów w ogóle lecz do zachowania przedsiębiorców w działalności gospodarczej, odchodząc od dokonywania oceny z punktu widzenia ogólnych zasad etyczno-moralnych, gdzie istotne kryterium stanowiło poczucie godności ogółu ludzi myślących sprawiedliwie i słusznie. Obecnie, dobre obyczaje to normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 26 IX 2002 r. III CKN 213/01 OSNC 2003/12/169, B. Gadek op.cit. s.127-144)

Sąd podziela reprezentowany w doktrynie pogląd, iż art. 3 ust. 1 w sposób ogólny definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, przykładowo wymieniając ust.2 takie czyny, typizowane dodatkowo w art. 5-17 u.z.n.k. Przepisy te pozostają ze sobą w takich relacjach, że:

- wymienione w ustawie czyny nieuczciwej konkurencji nie tworzą zamkniętego katalogu, za nieuczciwie konkurencyjne można uznać także działanie niewymienione w art. 5-17, jeżeli tylko spełnia ono przesłanki zdefiniowane w art. 3 ust. 1,
- wymagania wskazane w definicji odnoszą się do czynów wymienionych w art. 5-17, art. 3 ust. 1 spełnia więc funkcję korygującą w stosunku do przepisów szczególnych typizujących czyny nieuczciwej konkurencji. Gdy dany stan

faktyczny, formalnie, spełnia przesłanki z art. 5-17, w rzeczywistości jednak działanie nie wykazuje któregoś ze znamion art. 3 ust.1 (np. bezprawności) wykluczone jest uznanie go za czyn nieuczciwej konkurencji.

Uznanie konkretnego działania za czyn nieuczciwej konkurencji wymagać będzie zatem ustalenia, na czym ono polegało i zakwalifikowania go pod względem prawnym przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu wskazanego w rozdziale 2. u.z.n.k. (Czyny nieuczciwej konkurencji - art. 5-17) lub deliktu tam nieujętego ale odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1. Czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17 u.z.n.k. i dopiero gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z nich, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3. (tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 30 IX 1998 r. I ACa 281/98 Apel.-Lub.1999/1/1)

Domagając się zakazania pozwanej wytwarzania, oferowania - w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach suplementów diety (...) i (...) (tiret 1. i 6. pozwu) oraz usunięcia skutków niedozwolonych działań przez wycofanie z obrotu tych produktów (tiret 5. i 8. pozwu), powódka odwoływała się do klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie wykazała jednak, że doszło do naruszenia prawa lub dobrych obyczajów handlowych. Wskazane żądania wynikać miały z nieprawidłowej – jej zdaniem – rejestracji (...) i (...), jako suplementów diety, a nie produktów leczniczych. Sąd nie zgodził się z zarzutem pozwanej braku w tym zakresie drogi sądowej, jednak należy uznać jej rację co do tego, że o nienaruszeniu prawa przez zgłaszającego produkt jako spożywczy lub leczniczy ich wytwórcę decydują wyłącznie kompetentne:

- organy państwowej inspekcji sanitarnej, która na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z 14 III 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej upoważniona jest do rozstrzygnięcia m.in. o wycofaniu z obrotu środka spożywczego - zgodnie z art. 30 ustawy z 25 VIII 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia w zw. z art. 27 uPIS, podstawą wydania takiej decyzji może być stwierdzenie, że produkt objęty powiadomieniem spełnia wymogi produktu leczniczego,

- organy państwowej inspekcji farmaceutycznej, które - zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy z 6 IX 2001 r. prawo farmaceutyczne - sprawują m.in. nadzór nad warunkami wytwarzania i importu produktów leczniczych, a na podstawie art. 108 ust. 4 pkt 1 p.f., wydają decyzje o wstrzymaniu, wycofaniu z obrotu lub zakazie stosowania produktów leczniczych w razie podejrzenia lub stwierdzenia, że dany produkt nie jest dopuszczony do obrotu w Rzeczypospolitej Polskiej;

W tym przypadku, decyzje Głównego Inspektora Sanitarnego potwierdziły prawidłowość zgłoszenia przez N. (...) i (...) jako suplementów diety, nie można ich zatem traktować jako produktów leczniczych. Gdyby nawet uznać, że Sąd był uprawniony do dokonywania w tym zakresie samodzielnej oceny, to nie mógłby tego uczynić ze względu na niezaoferowanie mu przez powódkę, na której spoczywa ciężar dowodu (art. 6 k.c.) dowodu z opinii biegłego, której nie mogą zastąpić, kwestionowane przez pozwaną, opinie prywatne. Sąd nie znajduje także podstaw do uznania, że zgłoszenie (...) i (...) jako suplementów diety narusza dobry obyczaj handlowy. Skoro ich wytwórca nie przeprowadził badań klinicznych i nie ma udokumentowanej ich skuteczności medycznej, nie może zgłaszać swych preparatów do rejestracji, jako produktów leczniczych.

Suplementy diety (...) oraz (...) są środkami spożywczymi, mającymi na celu uzupełnienie normalnej diety, będącymi skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny efekt fizjologiczny. Nie ma żadnych podstaw do uznania, że podobieństwo ich składników do składników (...) może uzasadniać uznanie preparatów (...) za produkty lecznicze. Zgodnie z niezaprzeczoną dowodami, deklaracją pozwanej, wszystkie składniki pełnią wyłącznie funkcje wspomagające oczyszczanie dróg oddechowych i zatok, odkrztuszanie i rozpuszczanie śluzu w oskrzelach oraz wzmacniające organizm. Nie mają one natomiast właściwości zapobiegania ani leczenia chorób występujących u ludzi, stanowiących - zgodnie z art. 2 pkt 32 p.f. - podstawę do uznania danej substancji za produkt leczniczy, a jedynie właściwości podtrzymywania naturalnych procesów zachodzących w organizmie człowieka. Teza przeciwna nie została przez powódkę udowodniona, choć to na niej spoczywał ciężar wykazania, że (...) i (...) są produktami leczniczymi wedle funkcji. Zważywszy, że wyjaśnienie tej

kwestii wymagałoby wiadomości specjalnych, konieczne było zgłoszenie wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, czego (...) zaniechała.

Działan pozwanej, kwalifikowanych przez Sąd, jako prowadzenie nieuczciwej reklamy, nie można uznać za podstawę do przyjęcia, iż (...) i (...) są produktami leczniczymi według prezentacji. Wyraźne i zrozumiałe informacje umieszczone przez wytwórcę na opakowaniach produktów i w ulotkach przyproduktowych nie wskazują ani nie sugerują przeciętnemu konsumentowi, który jest osobą świadomą, rozsądnie i krytycznie myślącą, że (...) i (...) mają działanie lecznicze lub zapobiegające chorobom, czy też, że można je stosować jako zamienniki jakichkolwiek produktów leczniczych. Opakowania i ulotki prezentują informacje o właściwościach wspomagających procesy organizmu lub nie-których narządów (oskrzeli, zatok), czyli dotyczą działań mających na celu utrzymanie równowagi organizmu, co jest cechą suplementów diety. Modelowy konsument, dysponujący pewnym zasobem wiedzy o otaczającej go rzeczywistości, potrafi prawidłowo zrozumieć kierowane do niego przez wytwórcę i sprzedawcę informacje, wykazując przy tym odpowiedni stopień krytycyzmu. Odczytując etykietę produktu lub materiał reklamowy odnoszący się do produktów pozwanej, z łatwością odnajdzie na nich wskazanie klasyfikacji produktu jako suplementu diety, które wyklucza powstanie u niego przekonania, że ma do czynienia z produktami leczniczymi.

Zgłaszając (...) i (...) jako suplementy diety pozwana nie naruszyła prawa ani nie postąpiła sprzecznie z dobrymi obyczajami. Zaoferowała konsumentom produkty, których charakter wyraźnie określiła na opakowaniach, pozostawiając im swobodę decyzji co do wyboru pomiędzy jej suplementami diety, a produktem leczniczym (...), o całkowicie odmiennych charakterystykach. W ocenie Sądu, nie ma podstaw do zasadnego postawienia jej w tym zakresie zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Wobec nieudowodnienia zasadności roszczeń wynikających z czynu nieuczciwej konkurencji, mającego polegać na niezgłoszeniu (...) i (...) jako produktów leczniczych lecz spożywczych, spełniającego przesłanki określone w klauzuli generalnej art. 3 ust. 1, Sąd oddalił powództwo w odniesieniu do żądań określonych w tiret 1., 5., 6. i 8. pozwu, oparte na przepisie art. 18 ust. 1 pkt 1 i 2 u.z.n.k. Dodatkowo jeszcze należy wskazać na nieadekwatność żądań (...), która kwestionując prawidłowość zgłoszenia (...) i (...) domaga się zakazania ich wytwarzania i oferowania oraz wycofania z obrotu.

Żądanie zakazowe sformułowane w tiret 4. pozwu wynika z zarzutu dopuszczenia się przez pozwaną czynu nieuczciwej konkurencji stygizowanego w art. 10 ust. 2 w zw. z ust. 1 u.z.n.k., a polegającego na wprowadzeniu do obrotu towaru w opakowaniu z oznaczeniem, które może wprowadzić klientów w błąd co do jego pochodzenia, o ile zastosowanie takiego opakowania nie jest uzasadnione względami technicznymi.

Sąd podziela argumentację zawartą w motywach odpowiedzi na pozew, wyłączającą w niniejszej sprawie uznanie za zasadny i należycie udowodniony zarzut dopuszczenia się przez (...) czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 u.z.n.k. Stawiając go (...) powinna była udowodnić, że:

- oznacza towary lub wprowadza do obrotu towary opatrzone danym oznaczeniem,
- służy jej pierwszeństwo zgodnego z prawem używania tego oznaczenia oraz
- istnieje możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia towarów.

Powódka nie wykazała spełnienia drugiej i trzeciej przesłanki. Nie przedstawiła twierdzeń i dowodów umożliwiających Sądowi ustalenie od kiedy używa postaci załączonego do pozwu opakowania leku (...) (k.68-69). Z materiału dowodowego wynika natomiast, że (...) używa trzech różnych opakowań produktu:

Wszystkie one utrzymane są w kolorystyce zielono-białej, z prawej strony przedstawiona jest głowa z zaznaczonymi zatokami, których schorzenia leczyć ma (...), Po stronie prawej znajduje się oznaczenie wytwórcy (...) i wyeksponowany znak towarowy (...).

Jeśli pominąć znak towarowy i firmę, opakowanie to nie posiada zdolności odróżniającej, co dodatkowo potwierdzają dokonywane w nim zmiany graficzne. Motyw głowy ludzkiej, również w ujęciu z boku, z zaznaczonym miejscem, na które ma oddziaływać dany produkt jest często stosowanym sposobem graficznego oznaczania opakowań leków i suplementów diety. Także zielono-biała kolorystyka nie odróżnia od innych produktu (...). Przeciwnie, jest ona często stosowana w odniesieniu do leków i suplementów diety o ziołowym pochodzeniu. Liczne przykłady przywołuje w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew (...).

Przeciwstawiając opakowaniu swego produktu opakowanie suplementu diety (...), powódka pomija oznaczenia swego przedsiębiorstwa i znak (...), doszukując się podobieństwa w kolorystyce i przedstawieniu głowy ludzkiej ze wskazaniem zatok.

Ze stawianymi zarzutami nie sposób się zgodzić. Opakowanie produktu powódki, we wskazanych elementach, nie może być uznane za charakterystyczne i mające zdolność odróżnienia. Konsument nie ocenia pochodzenia produktów stron, pomijając ich nazwy handlowe, oznaczenie producenta, zwracając uwagę na kolorystykę i wizerunek głowy. Przeciwnie, elementy te mają charakter opisowy – zielona kolorystyka (różne odcienie u każdej ze stron) wskazuje na produkt roślinny, zaś zarys zatok i głowy ludzkiej na schorzenie. Pewne (ogólne) podobieństwo w tych elementach, w zwykłych warunkach obrotu nie może wprowadzić odbiorców w błąd co do pochodzenia produktu pozwanej. Nie można uznać, że dla konsumenta jakiegokolwiek znaczenie ma właśnie wygląd opakowania, że kolorystyka i motyw głowy ze wskazaniem na zatoki determinują rozpoznawalność produktu. Przeciwnie, nabywając produkt konsument zwraca się uwagę nie na graficzne cechy opakowania, lecz na umieszczone na nim znaki towarowe i oznaczenia producentów.

Sąd nie podziela także przekonania powódki, iż używanie przez pozwaną kwestionowanego opakowania godzi w renomę produktu leczniczego (...). (...) ograniczyła się w tym wypadku do postawienia zarzutu w żaden sposób go nie uzasadniając i nie powołując na jego poparcie jakichkolwiek dowodów. **Żądanie objęte tiret 4. pozwu nie ma uzasadnienia także w przepisach art. 18 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.**

Należy ponadto stwierdzić, że pozwanej służy - skuteczne erga omnes - prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego nr (...) - (...), któremu (...) nie może przeciwstawić własnego prawa z lepszym pierwszeństwem. Dopóki prawo (...) nie zostanie zaprzeczone w trybie określonym przepisami rozporządzenia Rady (WE) nr 6/2002 z 12 XII 2001 r. w sprawie wzorów wspólnotowych, Sąd nie ma żadnych podstaw do kwestionowania jego ważności.

W przekonaniu Sądu, uzasadniony jest natomiast stawiany pozwanej zarzut wielo-krotnego dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 16 ust. 1 u.z.n.k. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama:

1. sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka;
2. wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi;

Przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy m.in. uwzględnić jej elementy dotyczące ilości, jakości, składników i przydatności reklamowanych towarów, a także zachowania się klienta. (ust. 2)

Zgodnie z ust. 3 art. 16, reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo oferowanych przez niego towarów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Reklama porównawcza nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, jeżeli spełnia łącznie następujące przesłanki:

1. nie jest reklamą wprowadzającą w błąd, o której mowa w ust. 1 pkt 2;
2. w sposób rzetelny i dający się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównuje towary zaspokajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu;

3. w sposób obiektywny porównuje jedną lub kilka istotnych, charakterystycznych, sprawdzalnych i typowych cech tych towarów, do których może należeć także cena;
4. nie powoduje na rynku pomyłek w rozróżnieniu między reklamującym a jego konkurentem, ani między ich towarami, znakami towarowymi, oznaczeniami przedsiębiorstwa lub innymi oznaczeniami odróżniającymi;
5. nie dyskredytuje towarów, działalności, znaków towarowych, oznaczeń przedsiębiorstwa lub innych oznaczeń odróżniających, a także okoliczności dotyczących konkurenta;
6. w odniesieniu do towarów z chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia odnosi się zawsze do towarów z takim samym oznaczeniem;
7. nie wykorzystuje w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub chronionej nazwy pochodzenia produktów konkurencyjnych;
8. nie przedstawia towaru jako imitacji czy naśladownictwa towaru lub usługi opatrzonych chronionym znakiem towarowym, chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym.

Sąd jest zdania, że udokumentowane na piśmie i zeznaniami świadków przypadki prowadzenia przez przedstawicieli (...) działań, w których odnosi się wprost (...) i (...) do (...), porównuje ich składy i efekty, jakie można uzyskać dzięki ich stosowaniu, jest reklamą porównawczą, naruszającą dobry obyczaj handlowy. (art. 16 ust. 3) Należy zdecydowanie stwierdzić, że produkt leczniczy i produkt spożywczy jakim jest suplement diety należą do całkowicie różnych kategorii towarów, które nie mogą i nie powinny być ze sobą porównywane. Nie zaspakajają one tych samych potrzeb ani nie są przeznaczone do tego samego celu ( a contrario art. 16 ust. 3 pkt 2) Pacjent (konsument) nie może być przekonywany, że spożywając suplement diety uzyska taki sam a może nawet lepszy efekt medyczny, jaki osiągnąłby zażywając lek o potwierdzonych właściwościach klinicznych. Nie można także porównywać ich cen.

Dowodami dopuszczenia się przez pozwaną nieuczciwości w reklamie są:

- podawanie przez przedstawicieli (...) informacji na kongresach i konferencjach, że (...) i (...) to odpowiedniki leku (...),
- używanie w ulotkach reklamowych sformułowań wskazujących, że (...) i (...) mają zastosowanie i właściwości produktów leczniczych (stosuje się je w chorobach górnych dróg oddechowych),
- plakat reklamowy zawierający informację, że (...) ma działanie antybakteryjne,
- oferty wysyłane do aptek i hurtowni ze stwierdzeniem, że (...) i (...), ze względu na wysoko skondensowaną kompozycję ekstraktów roślinnych, zawierają większą ilość tych składników niż (...).

Zasadne są zarzuty powódki dotyczące sposobu prowadzenia przez (...), w sprzeczności z prawem, reklamy (...) i (...), sugerującej w opisie preparatów, informacji na opakowaniach i w sposobie oferowania ich przez przedstawicieli handlowych pozwanej, że produkty te mają wspomagać leczenie zatok, system odpornościowy, a (...) także leczenie chorób górnych dróg oddechowych. Także informacje zawarte na opakowaniu, w ulotce i w ofertach wskazują na to, że produkty pozwanej modyfikują funkcje organizmu poprzez działania farmakologiczne i immunologiczne.

Reklama pozwanej stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., jako sprzeczna z przepisem art. 46 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. (...) i (...) powinny być bowiem reklamowane tak, aby nie wprowadzać konsumenta w błąd przez przypisywanie im:

- działania lub właściwości, których nie posiada;

- właściwości zapobiegania chorobom lub ich leczenia albo odwoływanie się do takich właściwości, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 4 i art. 33 ust. 4 oraz zawieranie oświadczeń żywieniowych lub zdrowotnych niezgodnych z przepisami rozporządzenia nr 1924/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 XII 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności.

Stosowana przez (...) reklama może wprowadzać klientów w błąd i przez to wpływać na ich decyzje co do nabycia suplementu diety w przekonaniu, że uzyskają oni efekt, jaki może im zapewnić tylko produkt leczniczy. (art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.) Tymczasem, pozwana, jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie produkcji suplementów diety, powinna była zachować szczególną staranność, przygotowując materiały reklamowe i odpowiednio szkoląc swych przedstawicieli, tak aby zapobiec takim „incydentom” jak rozpowszechnianie ulotek, składanie ofert zawierających porównanie produktów stron, a w szczególności zachwalanie (...) i (...), jako tańszych, a przy tym równie wartościowych lub przewyższających korzyści uzyskiwane z zażywania (...). Nie można uznać za wystarczającą eliminację nieprawidłowości dopiero po tym jak się wydarzyły. Nie można też zgodzić się z argumentacją pozwanej, przekonującej, że działania jej przedstawicieli były ich własną inicjatywą.

W efekcie działań pozwanej konsument nie tylko mógł zostać wprowadzony w błąd co do właściwości (...) i (...), w szczególności uznając je za odpowiedniki produktu leczniczego (...), ale nade wszystko podjęta decyzja zakupowa mogła negatywnie odbić się na stanie jego zdrowia. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że takie pomyłki zdarzały się nawet lekarzom i farmaceutom, czego dowodzą zeznania świadków J. T., S. S., B. A., D. S. i E. L..

Dopuszczenie się przez (...) spółkę z o.o. w W. czynów nieuczciwej konkurencji stypizowanych w art. 16 ust. 1 i ust. 3 u.z.n.k. uzasadnia zastosowanie względem niej sankcji zakazowych określonych w tiret 2. i 7. pozwu. Jakkolwiek naruszenia miały miejsce w przeszłości, to postawa pozwanej, negującej swą odpowiedzialność za działania jej pracowników, a także szersze tło konfliktu stron, będących w sporze sądowym także w sprawie sygn. akt XXGC 310/12, uzasadniają uznanie, że istnieje realna groźba dopuszczenia się przez pozwaną w przyszłości działań nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy.

Stwierdzając naruszenie reguł uczciwej konkurencji i stosując wobec (...) sankcje zakazowe z art. 18 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i ust. 3 u.z.n.k.) Sąd uznał, że zawinienie, w rozumieniu rażącego braku staranności w prowadzeniu działalności gospodarczej, tak aby nie naruszać interesów gospodarczych konkurenta rynkowego, a nade wszystko nie szkodzić zdrowiu konsumenta, uzasadnia obciążenie pozwanej obowiązkiem zapłaty pokutnego w symbolicznej kwocie 10.000 zł, na rzecz (...) Komitetu Ochrony (...). (art. 18 ust. 1 pkt 6 u.z.n.k.) W pozostałej części roszczenie z tiret 9. pozwu podlegało oddaleniu, w intencji powódki, pokutne miało się bowiem odnosić do wszystkich zarzucanych pozwanej czynów nieuczciwej konkurencji.

Żądanie objęte tiret 10. pozwu zostało oddalone, jako nieudowodnione.

Rozstrzygając o jego zasadności, Sąd miał poważne wątpliwości zarówno co do ogólnikowego sformułowania oświadczenia, jego poprawności językowej, jak i wyboru publikatorów. Powódka nie tylko nie dowiodła ale nawet nie umotywowała w żaden sposób swych żądań, pozostawiając Sądowi ocenę ich adekwatności do sposobu naruszenia jej interesów gospodarczych, a w konsekwencji stwierdzenia konieczności usunięcia skutków sprzecznych z prawem i dobrym obyczajem handlowym działań (...). Tymczasem, nie jest rolą Sądu czynienie koniecznych ustaleń i poszukiwanie argumentów oraz dowodów na poparcie racji strony powodowej.

Sąd nie znalazł uzasadnienia dla odstąpienia od zastosowania względem (...) sankcji zakazowych ze względu na działania powódki naruszającej „zasadę czystych rąk”. Pozwana nie dowiodła w tym postępowaniu, że (...) dopuszcza się względem niej czynów nieuczciwej konkurencji, a swe zarzuty opiera na działaniach pracowników odrębnego od powódki podmiotu (...) spółki z o.o. w W.. Należy przy tym zauważyć, że ulotka zawierająca porównanie (...) z suplementem diety jest bezspornie reakcją na działania marketingowo-reklamowe pozwanej, a nie ich przyczyną. (k.583)

***O kosztach postępowania Sąd orzekł na zasadzie art. 100 zdanie pierwsze k.p.c., znosząc je wzajemnie, odpowiednio do wyniku sprawy.***