



Sygn. akt I CSK 777/15

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 16 listopada 2016 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Anna Kozłowska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marian Kocon

SSN Władysław Pawlak

Protokolant Beata Rogalska

w sprawie z powództwa P. spółki z o.o. w [...] obecnie G. Spółki z o.o. w [...] przeciwko F. spółce z o.o. w G.

o zakazanie, zobowiązanie i zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 16 listopada 2016 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt VI ACa .../14,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w [...] do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

P. Sp. z o.o. z siedzibą w [...] (obecnie G. Sp. z o.o. z siedzibą w [...]) w pozwie skierowanym przeciwko F. sp. z o.o. z siedzibą w G., z powołaniem się na art. 18 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 w zw. z art. 10 ust. 1, art. 16 ust. 1 pkt 2 oraz art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, domagała się:

„1. zakazania spółce F. korzystania z oznaczenia W., niezależnie od sposobu zapisu, samodzielnie lub jako elementu oznaczeń złożonych, jako tytułu czasopisma o tematyce społeczno-politycznej lub innej publikacji periodycznej, w tym serwisu internetowego o takiej tematyce, w formie papierowej, internetowej lub innej formie cyfrowej, w tym korzystania z tego oznaczenia w reklamie takiego czasopisma lub innej publikacji periodycznej, lub w innych działaniach promujących działalność wydawniczą pozwanej, w tym jako domena internetowa, związana z tematyką społeczno-polityczną,

2. nakazania pozwanej złożenia na własny koszt oświadczenia o treści: „F. sp. z o.o. oświadcza, że wydając czasopismo zatytułowane „Y.” dopuściła się wobec spółki P. sp. z o.o. w [...], będącego wydawcą dziennika „X”, tygodnika „Z.” oraz serwisu internetowego pod nazwą „[...]”, czynu nieuczciwej konkurencji. Za popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji F. sp. z o.o. przeprasza swoich czytelników i czytelników dziennika „X.”, tygodnika „Z.” i serwisu „[...]”. Zarząd F. sp. z o.o. w składzie: T. P. - Prezes, M. K. - Członek Zarządu”, poprzez dwukrotne, w odstępie tygodniowym, zamieszczenie tego oświadczenia w wydaniu ogólnopolskim dziennika G., na stronie trzeciej głównego grzbietu tej gazety, w formie umieszczonego na białym tle ogłoszenia w ramce o powierzchni co najmniej A5, pisanego pogrubioną, czarną czcionką bezszeryfową Arial Bold lub jej odpowiednikiem o wielkości nie mniejszej niż 12 pkt, z interlinią nie mniejszą niż 14, przy czym pierwsze ogłoszenie ma zostać opublikowane w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, jak i poprzez dwukrotną emisję, w odstępie dwóch dni, w każdym z ogólnopolskich programów telewizyjnych: [...], bezpośrednio przed lub bezpośrednio po bloku reklamowym przypadającym w godzinach od 18:30 do 21:30, w formie 30 - sekundowego przekazu wizualnego, podczas którego powyższe oświadczenie ma zostać wyświetlone na białym tle czarną pogrubioną

czcionką o takim rozmiarze, aby oświadczenie wypełniło nie mniej niż 4/6 i nie więcej niż 5/6 powierzchni ekranu, a granice tekstu oświadczenia (górna, dolna i boczne) pozostawały w równej odległości od krawędzi ekranu, przy czym pierwsza emisja ma nastąpić w terminie 14 dni od uprawomocnienia się wyroku,

3. upoważnienia powódki do opublikowania oświadczenia lub emisji oświadczenia z pkt. 2 na koszt pozwanej - na wypadek, gdyby nie dokonała ona publikacji oświadczenia lub emisji w określonym terminie,

4. zasądzenie od pozwanej kwoty 50.000 zł na cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej oraz ochroną dziedzictwa narodowego, to jest na rzecz Polskiego Stowarzyszenia [...], płatnej w terminie 14 dni od uprawomocnienia się wyroku”; domagała się nadto zasądzenia kosztów procesu.

Pozwana wносиła o oddalenie powództwa zaprzeczając, aby dopuściła się zarzucanych czynów nieuczciwej konkurencji.

Wyrokiem z dnia 20 stycznia 2014 r. Sąd Okręgowy w [...] oddalił powództwo ustalając, że powódka działa na rynku wydawniczym od 1991 roku. Jest wydawcą m.in. dzienników X., [...] i Z. oraz miesięcznika S. Jest też administratorem serwisu internetowego (...), dostępnego pod adresem (...).pl, funkcjonującym jako subdomena głównej strony internetowej (...).pl. Serwis powstał w kwietniu 2011 r. i był pomyślany jako nowatorska platforma komunikacji z czytelnikiem. Zamieszczane w nim publikacje, w części stanowiące materiały zaczerpnięte z innych periodyków, w szczególności z Z., dotyczą aktualnych problemów społeczno-politycznych. Serwis jest reklamowany i promowany w internetowym wydaniu tygodnika Z. oraz na głównej stronie internetowej dziennika X. - pod adresem [...]. Na początku funkcjonowania serwis odnotowywał dużą liczbę odwiedzin. Obecnie także cieszy się pewną popularnością, jednak dokładne określenie liczby użytkowników serwisu nie jest możliwe. Powódka w dniu 16 listopada 2012 r. zgłosiła do rejestracji w Urzędzie Patentowym RP słowne znaki towarowe [...], m.in. dla usług wydawniczych w klasie 16 klasyfikacji nicejskiej. W dniu 8 marca 2013 r. w dzienniku X. ukazało się jej ogłoszenie o zamiarze sprzedaży tych znaków. Tytuł prasowy „Y.” dla dzienników wydawanych w formie elektronicznej dostępnej w Internecie został na rzecz spółki G. zarejestrowany przez Sąd postanowieniem z dnia 27 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy nadto ustalił, że F. sp. z o.o. z siedzibą w G. została założona umową z dnia 18 czerwca 2012 r. Wniosek o zarejestrowanie dwutygodnika Y. pozwana złożyła w Sądzie Okręgowym w dniu 28 września 2012 r. i postanowieniem z dnia 11 października 2012 r. dokonano rejestracji tego tytułu prasowego dla dwutygodnika, a następnie - na wniosek pozwanej - dla tygodnika. Następnie, w dniu 8 listopada 2012 r., pozwana zarejestrowała nazwę domeny internetowej „(...) .pl”, pod którą została stworzona strona reklamująca nowe czasopismo, a w dniu 2 stycznia 2013 r. nabyła nazwę domeny (...) .pl. Spółka dysponuje także innymi nazwami w [...] ze wspólnym elementem [...] i innymi), pod którymi stworzone zostały strony internetowe. Pozwana w dniu 6 grudnia 2012 r. zgłosiła do rejestracji w Urzędzie Patentowym RP słowno-graficzny znak towarowy: Z., m.in. dla towarów w klasie 16 klasyfikacji nicejskiej - papierowe publikacje i wydawnictwa. Pismo Z. wydawane jest od 26 listopada 2012 r., początkowo jako dwutygodnik, a obecnie tygodnik. Jest reklamowane z wykorzystaniem telewizji i radia, w prasie, w postaci ulicznej reklamy wielkoformatowej. Redaktorem naczelnym pisma Z. jest J. K., a członkiem zarządu pozwanej spółki M. K., którzy byli współpracownikami X. i publikowali w wydawanym przez powódkę tygodniku Z.; współpracę z powódką zakończyli bez wzajemnych roszczeń. W tygodniku Y. publikują dziennikarze, którzy wcześniej współpracowali z X. Po wpisaniu w wyszukiwarce Google hasła [...] w wynikach wyszukiwania pojawia się serwis powódki i czasopismo pozwanej.

Dokonując oceny prawnej ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy w odniesieniu do czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (jedn. tekst: Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz.1503 ze zm.; dalej jako u.z.n.k.), który stanowi, że czynem takim jest takie oznaczenie towarów lub usług, które może wprowadzić w błąd co do ich pochodzenia, wskazał, że przepis chroni oznaczenia, które nie zostały objęte wyłącznością wynikającą z rejestracji lub udzielenia prawa ochronnego, lecz rzeczywiście używane w obrocie gospodarczym zdołały wypracować własną zdolność odróżniającą, przed działaniami naruszcyciela, który później rozpoczął używanie konfuzyjnego oznaczenia. Wskazał, że zarejestrowane znaki towarowe i używane przez przedsiębiorców oznaczenia można natomiast uznać za podobne, jeżeli, z punktu

widzenia określonego kręgu odbiorców, są one przynajmniej częściowo identyczne w jednym lub kilku istotnych aspektach. Przystępując do analizy czy przez zachowanie pozwanej doszło do naruszenia tego przepisu, Sąd Okręgowy powołując się na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczące zarejestrowanych znaków towarowych oznaczył kryteria, których zastosowanie pozwala na prawidłową subsumpcję. Wskazał, że konieczne jest dokonanie oceny wizualnych, fonetycznych i znaczeniowych cech oznaczeń i ich całościowego oddziaływania na percepcję należycie poinformowanego, dostatecznie uważnego i rozsądnego przeciętnego konsumenta. Ocena podobieństwa przeciwstawianych sobie znaków nie może ograniczać się do badania tylko jednego z elementów tworzących złożony znak i porównania go z innym znakiem. Porównania należy dokonać przez analizę przeciwstawionych sobie oznaczeń postrzeganych jako całości, co nie oznacza, że ogólne wrażenie pozostawione przez złożony znak w pamięci relewantnego kręgu odbiorców nie może - w niektórych przypadkach - zostać zdominowane przez jeden lub kilka z jego składników. Tylko wtedy, gdy wszystkie pozostałe składniki są bez znaczenia, ocena podobieństwa może zależeć wyłącznie od elementu dominującego. Ocena prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd w zakresie podobieństwa wizualnego, fonetycznego lub koncepcyjnego spornych znaków powinna się opierać na wywieranym przez nie całościowym wrażeniu ze szczególnym uwzględnieniem ich elementów odróżniających i dominujących. Z zasady bowiem, odbiorcy nie uznają elementu opisowego, stanowiącego część złożonego znaku towarowego, za odróżniający i dominujący w całościowym wrażeniu, jakie ten znak wywiera. O ile przeciętny konsument postrzega zwykle znak towarowy jako całość i nie zagłębia się w analizę jego poszczególnych elementów, o tyle to właśnie jego dominujące i odróżniające cechy są, co do zasady, najłatwiej zapamiętywane. Sąd Okręgowy wskazał, że prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd istnieje wtedy, gdy znaczna część relewantnego kręgu odbiorców mogłaby zostać skłoniona do omyłkowego zakupu towaru pozwanego, uznając, że pochodzą one z tego samego przedsiębiorstwa, ewentualnie, że z przedsiębiorstw powiązanych ze sobą gospodarczo. 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 towarów lub usług. Przeciętny konsument, dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny, którego ocena decyduje o uznaniu istnienia lub braku ryzyka konfuzji, powinien być definiowany z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności do określonej grupy konsumentów, szczególnie podatnych na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy. Przeciętny konsument rzadko ma możliwość przeprowadzenia bezpośredniego porównania różnych znaków, musi zazwyczaj zdawać się na zachowany w pamięci niedoskonały obraz tych znaków towarowych. Ryzyko konfuzji jest tym większe, im silniejszy jest charakter odróżniający znaku towarowego, który wynika z jego samoistnych cech lub renomy. Te kryteria zastosowane w sprawie doprowadziły Sąd Okręgowy do konkluzji skutkującej oddaleniem powództwa.

Mimo bezspornego faktu, że spółka P. jako pierwsza używała dla serwisu internetowego dostępnego pod adresem (...).pl, jako podstronę strony internetowej [...], znaku graficznego Y., to zdaniem Sądu zaoferowany przez strony materiał dowodowy nie dawał podstawy do stwierdzenia że serwis ten stanowił - w rozumieniu art. 10 ust. 1 u.z.n.k. – towar samodzielny, odrębny od internetowego wydania dziennika X. Gdyby jednak przyjąć odmiennie, to zdaniem Sądu Okręgowego, serwis internetowy [...] i tygodnik Y. nie są towarami identycznymi. Serwis internetowy i czasopismo można jednak uznać za towary komplementarne, wydawca gazety w wersji papierowej często uzupełnia bowiem swą ofertę o jej wersję elektroniczną i serwis internetowy. Odnosi się to w szczególności do prasy społeczno-politycznej adresowanej do lepiej zorientowanego i bardziej wymagającego czytelnika, zwykle o spolaryzowanych poglądach. Z uwagi na powyższe, w ocenie Sądu Okręgowego towary powódki oraz pozwanej uznać należało za podobne.

Porównując oznaczenia tak rozumianych towarów Sąd Okręgowy wskazał, że za oznaczenie towaru powódki uważać należy znak słowo-graficzny „Y.” wraz z rysunkiem (...), ewentualnie pełny adres strony pod którym serwis jest dostępny czyli [...]. Wskazał, że powódka nie dowiodła samodzielności ani siły odróżniającej oznaczenia Z. Ponadto, sformułowanie „Y.” ma charakter opisowy. Używając

takiego sformułowania dla serwisu umieszczonego w Internecie powódka musiała mieć świadomość jego opisowego charakteru i konieczności znoszenia używania takiego oznaczenia przez innych uczestników rynku. Nie może zatem żądać przyznania jej wyłączności używania tego oznaczenia dla towarów i usług identycznych lub podobnych ze względu na to, że w jej rozumieniu oznaczenie to nie nawiązuje do Internetu. Dystynktywność oznaczenia powódki wzrasta przez użycie charakterystycznej czcionki i rysunku (...), których nie powtarza oznaczenie pozwanej. Oznaczenie pozwanej ma uproszczoną grafikę i kolorystykę nie mającą nic wspólnego z powódką ani z oznaczeniem któregośkolwiek z jej produktów. Pomimo powtórzenia słownego elementu Y. nie ma podstaw do przyjęcia, że zorientowany użytkownik Internetu, czytelnik prasy społeczno - politycznej w wersji elektronicznej lub papierowej mógłby uznać, że wydawcą tygodnika Y. jest powódka lub podmiot powiązany z nią gospodarczo. W odniesieniu do tego rodzaju prasy można mówić o wysokiej świadomości i spolaryzowanych oczekiwaniach, które mają wpływ na decyzję o nabyciu czasopisma. Za istotne dla przyjęcia ustalenia braku konfuzji uznał też Sąd okoliczności w jakich doszło do zerwania współpracy z X. grupy osób tworzących następnie tygodnik Z., które to okoliczności opisywała prasa.

Ponieważ ani w płaszczyźnie wizualnej ani fonetycznej ani koncepcyjnej oznaczenia stron nie były identyczne to powtórzenie przez pozwaną w jej słowno-graficznym tytule prasowym oznaczeniu elementu słownego Y. samo przez się nie uzasadniało przyjęcia, że rodziło to konfuzję konsumencką.

Nie znalazł też Sąd podstaw dla przyjęcia, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 16 ust.1 pkt 2 u.z.n.k., to jest zastosowania reklamy wprowadzającej w błąd, podobnie jak i czynu z art. 3 tej ustawy. W tym wypadku niezbędne było udowodnienie, co nie nastąpiło, że użycie oznaczenia podobnego acz niekonfuzyjnego miało negatywny wpływ na interesy gospodarcze powódki.

Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 11 maja 2015 r. oddalił apelację powódki aprobując ustalenia faktyczne Sądu pierwszej instancji stanowisko Sądu Okręgowego co do braku dostatecznej zdolności odróżniającej używanego przez powoda oznaczenia Y. Nie dowodzą jej takie okoliczności jak wcześniejsze używanie oznaczenia przez powoda, posiadanie przez serwis własnej nazwy i logo,

własnego adresu internetowego, rejestracja nazwy serwisu jako tytułu prasowego, a także zgłoszenie nazwy serwisu w charakterze znaku towarowego, czy też posiadanie własnego Profilu na facebooku i twitterze, jego reklamowanie oraz posiadanie własnego zespołu redakcyjnego, przede wszystkim z uwagi na niesamoistne używanie tego oznaczenia przez powoda, ale jako podstrony internetowej serwisu „[...]”. Za trafną uznał też ocenę Sądu Okręgowego co do opisowego charakteru znaczenia zwrotu Y. dla serwisu umieszczonego w Internecie.

Wskazał nadto, że używane przez pozwaną oznaczenie Y., mimo iż jest ono niewątpliwie podobne do oznaczenia używanego przez powoda Y. nie wprowadza konsumentów w błąd co do pochodzenia tak czasopisma w wersję papierowej jak i serwisów internetowych, od stron postępowania. Obowiązek wykazania konfuzji obarczał w procesie powoda i powód temu obowiązkowi nie sprostał. Ryzyko konfuzji co do tożsamości oznaczeń zachodzi wówczas, gdy w normalnych warunkach obrotu gospodarczego przeciętni odbiorcy, do których skierowana jest działalność przedsiębiorców, mogą wnioskować na podstawie podobieństwa używanych oznaczeń, że pomiędzy obydwoma „produktami” istnieją jakieś powiązania gospodarcze (np. kapitałowe, prawne, organizacyjne). Istota czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 u.z.n.k. polega zatem na używaniu oznaczeń, które mogą wprowadzić klientów w błąd, w szczególności co do źródła pochodzenia towarów lub usług. Na ryzyko tak rozumianej konfuzji ma wpływ podobieństwo oznaczeń, a te w płaszczyznach wizualnej, znaczeniowej i fonetycznej zostały poddane wszechstronnej analizie przez Sąd pierwszej instancji. Prawidłowo Sąd Okręgowy dokonał oceny mając na względzie warstwę graficzną, jak i koncepcyjną opartą na całościowym wrażeniu, ze szczególnym uwzględnieniem elementu dominującego w postaci zwrotu „Y.” jak i mającego mieć charakter różnicujący słowa „[...]”. To w szczególności warstwa graficzna, wizualna oznaczeń eliminuje w przeważającym stopniu ewentualne ryzyko konfuzji, w sytuacji gdy oznaczenie powódki zawiera zwrot „[...]”, a także dodatkowo [...] plus dodatkowy zwrot „[...]” koloru niebieskiego, natomiast oznaczenie pozwanego to napis „Y.” koloru białego na czerwonym tle. Dystynktywność oznaczenia powódki wzrasta właśnie przez użycie charakterystycznej czcionki i rysunku (...), których



nie powtarza oznaczenie pozwanej. W tym kontekście częściowe podobieństwo warstwy słownej sprowadzające się jedynie do użytego, i to w dodatkowo wieloznacznego zwrot „Y.”, trudno uznać za determinantę konfuzyjnego charakteru obu oznaczeń. Sąd Apelacyjny zaaprobował również przyjęty przez Sąd pierwszej instancji model świadomego konsumenta, a więc należycie zorientowanego użytkownika Internetu, a także czytelnika prasy społeczno - politycznej, mającego wysoki poziom świadomości, i nie kierującego się wyłącznie tytułem czasopisma czy oznaczeniem serwisu internetowego, lecz przede wszystkim zawartymi tam treściami, często nie ograniczającego się do prostego odbioru informacji, lecz sięgającego do opinii i ocen. Sam fakt, że zarówno czasopismo jak i serwis internetowy pozwanego, a także serwis internetowy powoda dotyczą tematyki społeczno – politycznej, trudno uznać za wystarczający dla przyjęcia, że zachodzi ryzyko konfuzji, szczególnie gdy mamy do czynienia z czytelnikiem o określonych preferencjach, świadomym, nierzadko dokonującym wyboru określonych treści z uwagi na konkretnych autorów, czy redaktorów, który decyduje się na nabycie gazety bądź otwarcie serwisu internetowego nie ze względu na ich tytuł ale autora. Przeciętny, należycie poinformowany, ustalony zgodnie z wyżej przyjętym modelem konsument, nie będzie mieć tym samym trudności z odróżnieniem wskazanych serwisów.

Z uwagi więc na brak znacznego ryzyka konfuzji, udzielenie powodowi ochrony prawnej na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji było nieuzasadnione.

Ponadto, jak wskazał Sąd Apelacyjny, brak znacznego ryzyka konfuzji przesądził o braku możliwego naruszenia potencjału rynkowego powódki, co sprawia, że działanie pozwanego, polegające na wprowadzeniu do obrotu czasopisma /serwisu internetowego/, trudno było uznać za zagrażające interesom powódki, a tym samym naruszające art. 3 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 1, 3, 6 u.z.n.k. Przy braku ryzyka konfuzji w rozumieniu tego przepisu, bez znaczenia tym samym była kwestia pierwszeństwa powódki wykorzystania oznaczenia. Brak konfuzji u przeciętnego konsumenta przesądził też o niezasadności zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. odnośnie do wprowadzającej w błąd, a stosowanej przez pozwaną, reklamy. Za irrelevantną dla rozstrzygnięcia uznał

Sąd kwestię ewentualnej złej wiary pozwanego przy rejestracji tytułu prasowego W. mającej uzasadnić naruszenie art. 17 pkt 43 k.p.c. w zw. z art. 21 prawa prasowego.

W skardze kasacyjnej od wyroku Sądu Apelacyjnego opartej na zarzutach naruszenia prawa materialnego, powód zarzucił naruszenie art. 10 ust. 1 u.z.n.k. oraz naruszenie tego przepisu w związku z art. 18 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy a także naruszenie art. 3 u.z.n.k. przez niezastosowanie. We wnioskach kasacyjnych domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku i orzeczenia co do istoty sprawy przez uwzględnienie powództwa w całości.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Hipotezą art. 10 u.z.n.k. objęte są m.in. oznaczenia indywidualizujące, a więc oznaczenia wskazujące na pochodzenie produktów, pełniące funkcję właściwą dla znaków towarowych. Stąd też stanowisko Sądów tak co do potrzeby jak i możliwości wykorzystania dorobku orzeczniczego związanego ze znakami towarowymi przy dokonywaniu kwalifikacji prawnych oznaczeń dla ustalenia wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów jest trafne, w związku z czym przypomnieć należy, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowane jest stanowisko, że znak towarowy powinien być oceniany jako całość i nie można oceny tej ograniczać do poszczególnych jego elementów (por. przykładowo wyrok z dnia 11 marca 1999 r., III RN 136/98, OSNAP 2000, nr 1, poz. 2). Przedmiotem takiej całościowej oceny musi być też znak naruszciciela. Ocena musi skupiać się na podobieństwach znaków, a nie na różnicach. Trzeba bowiem mieć na względzie, że nabywca towarów rzadko ma możliwość bezpośredniego porównywania znaków i nie dokonuje szczegółowych analiz kroju czy koloru czcionki. Nie bez przyczyny doktryna określa pamięć konsumenta jako „niedoskonałą”, ograniczoną do ogólnego wrażenia odbieranego zmysłami. Trzeba też zwracać uwagę na to, że w stosowanych w obrocie znakach słowno-graficznych, części słownej przypisuje się znaczenie dominujące, bowiem decyduje ona o łatwości postrzegania oraz przyswajania przez odbiorców (por. wyrok SN z dnia 1 lutego 2001 r., I CKN 1128/98, OSNC 2001, nr 9, poz. 136). Warstwa słowna odgrywa też decydującą rolę w reklamie towaru.

Oceniając zatem oznaczenia, którymi posługują się strony z punktu widzenia ich podobieństw, nie sposób nie zauważyć, że stanowią one znaki słowno-graficzne umieszczane na ich, podobnych produktach/towarach lub wręcz takich samych, jeśli uwzględnia się, że pozwany oznaczenia tego używa również dla serwisu internetowego. Dominującym elementem jest słowo .. Stanowisko Sądu, że jest to element opisowy budzi wątpliwości biorąc pod uwagę, że przyjmuje się, iż na opisowy charakter znaku wskazuje okoliczność, że jedyną i bezpośrednio przekazywaną informacją, jest ta, która wskazuje na cechę towaru, natomiast nie mają opisowego charakteru te znaki, które dopiero drogą pośredniego wnioskowania mogą stanowić oznaczenie takich cech (por. wyrok NSA z dnia 16 grudnia 2009 r. II GSK 214/09).

Zarzut konfuzji uzasadniony jest nie tylko wówczas, gdy według opinii klientów zachodzi tożsamość między dwoma - w istocie różnymi produktami - lecz wówczas, gdy kupujący uświadamiają sobie wprawdzie różnice między nimi, ale mimo to mogą mieć mylne wyobrażenie o źródle ich pochodzenia. Zakaz wywoływania mylnych wyobrażeń przez czyny przykładowo wymienione w art. 10 u.z.n.k. stanowi konsekwencję zasady posługiwania się w obrocie prawdziwymi oznaczeniami i informacjami. Zakłada ona, iż podmioty uczestniczące w walce konkurencyjnej nie będą podejmowały działań celowo fałszywych lub mogących wywołać omyłki (zwykle na korzyść działającego) po to, aby przyciągnąć klientów. O tym, czy w konkretnym przypadku z działaniem takim mamy do czynienia, decyduje wiele okoliczności towarzyszących, a jedną z bardziej istotnych jest ustalenie, o jaki produkt chodzi (tzw. masowy czy kupowany bardziej okazjonalnie), co zwykle determinuje równocześnie kategorię odbiorców, a więc również poziom ich percepcji. Odpowiednich ocen dokonuje się z uwzględnieniem przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka dotyczy.

Dla dokonania stosownych ocen, dotyczących możliwości wywołania wprowadzającego w błąd skutku, istotny jest stan świadomości przeciętnego, modelowego uczestnika rynku. Wzorzec taki nie jest, i nie może być, jednolity,

Podstawowe znaczenie mają w tym zakresie trzy elementy w postaci dostatecznie uważnego, ostrożnego i dokładnie poinformowanego konsumenta, ujęte w pkt 18 i 19 preambuły dyrektywy Nr 205/29 z dnia 11 maja 2005 r. o nieuczciwych praktykach handlowych. (Dz. UE L 149/22 z 11.06.2005) W dyrektywie podkreślono, iż przy ustalaniu wprowadzania w błąd należy brać pod uwagę przeciętnego konsumenta, do którego praktyka rynkowa jest kierowana lub do którego dociera. Uwzględnić należy także zachowania gospodarcze konsumentów względem określonego produktu, gdyż od tego, z jakiego rodzaju towarem mamy do czynienia, zależy, jaki będzie poziom uwagi konsumenta przy decyzji o zakupie (artykuł masowy, dobro luksusowe itp.). Należy również mieć na uwadze specyfikę językową, kulturową i społeczną danego kraju, co prowadzić musi do wspomnianego powyżej zróżnicowania odpowiednich ocen w zależności od państwa, w którym są dokonywane. W krajowym porządku prawnym wzorzec ten obecnie został zdefiniowany w art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. nr 171, poz. 1206 ze zm.). Na gruncie tej ustawy ochroną objęci zostali „konsumenci przeciętni”, legitymację czynną zaś przyznano osobie, której interesy zostały zagrożone lub naruszone (art. 12 ust. 1). Jednakże ochrona zostanie udzielona wówczas, gdy dana praktyka rynkowa „jest sprzeczna z dobrymi obyczajami lub może zniekształcić zachowania rynkowe przeciętnego konsumenta” - art. 4 ust. 1 ustawy. Celem jest tu zatem ochrona interesów ekonomicznych wyselekcjonowanej grupy uczestników rynku. Nieco inne zadania spełnia ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która w aktualnym brzmieniu nie chroni wprost konsumentów, lecz przede wszystkim przedsiębiorców. Jednakże wszędzie tam, gdzie mowa jest o delikcie w postaci wprowadzenia w błąd, skutek ten musi być do kogoś odniesiony. Tym „kimś” jest właśnie przeciętny adresat danego czynu konkurencji. Budując zatem odpowiedni wzorzec na potrzeby konkretnej sprawy, powinno się kierować wskazówkami zawartymi w dyrektywie i w odpowiadającej jej ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym.

W postępowaniu uregulowanym w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji o tym, czy zachodzi możliwość wywołania błędu,

decyduje nie tylko ocena przeciętnego uczestnika rynku. Istotna jest również okoliczność, czy chodzi o towary (usługi), które są rodzajowo zbliżone oraz to, w jakich warunkach rynkowych odbywa się sprzedaż, o jaki rodzaj towaru chodzi itd. Powyższe jest istotne skoro sądy ustaliły, że towary stron są podobne. Istnienie ryzyka wprowadzenia w błąd jest warunkiem sine qua non zastosowania art. 10 u.z.n.k. Wprowadzenie w błąd polega na wywoływaniu lub jedynie na samej możliwości wywołania wśród przeciętnych klientów mylnego przekonania co do istotnych cech towaru lub usługi, tu: pochodzenia towaru. Zarzut konfuzji uzasadniony jest nie tylko wówczas gdy według opinii klientów zachodzi tożsamość między dwoma - w istocie różnymi - produktami, ale także wówczas, gdy kupujący uświadamiają sobie wprawdzie różnice między nimi, mimo to jednak mogą mieć mylne wyobrażenie o źródle ich pochodzenia (por. wyroku SN z dnia 22 października 2002 r., III CKN 271/01).

Dla zastosowania art. 10 u.z.n.k. wystarczające jest stwierdzenie możliwości (ryzyka) wprowadzenia w błąd. Ta możliwość nie podlega stopniowaniu. Zgodzić należy się ze skarżącym, że stopień takiego ryzyka może wpłynąć na zakres uwzględnienia powództwa, a zatem na zakres zastosowanych sankcji przewidzianych w art. 18 ustawy. Ustalenie możliwości ryzyka wprowadzenia w błąd nie jest ustaleniem okoliczności faktycznej, ale kwalifikacją prawną. Jeżeli zatem w motywach rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wskazał, że powodowi nie można udzielić ochrony z powodu braku znacznego stopnia konfuzji, to niewątpliwie ma rację skarżący zarzucając w tej mierze naruszenie prawa materialnego. Stanowisko pozwanego, że chodzi tu zaledwie o przejęzyczenie jest nietrafne. Takie sformułowanie oznacza, że Sąd Apelacyjny dokonał wykładni i uczynił to ponad treść normatywną analizowanej normy prawnej.

Zważywszy, że z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, że w ocenie tego Sądu nie było podstaw do analizowania zachowania pozwanego w płaszczyźnie art. 3 u.z.n.k. z powodu braku znacznego ryzyka możliwej konfuzji, trafne są zarzuty skargi kasacyjnej i w tym zakresie.

Dodać też należy, że dla zakwalifikowania zachowania pozwanego jako czynu nieuczciwej konkurencji przewidzianego w tym przepisie nie jest wymagane wykazywanie stanu zagrożenia interesom powoda.

Podzielić należy stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone wyroku z dnia 14 października 2009 r. V CSK 102/09, że jeżeli przedsiębiorca dochodzi tylko zaniechania niedozwolonych działań, w konkretnym stanie faktycznym sam sposób naruszenia dobrych obyczajów może wystarczyć do uznania, że kwestionowane zachowania co najmniej zagrażają interesom tego przedsiębiorcy. W tym aspekcie Sąd Apelacyjny nie poczynił żadnych ustaleń i ocen.

Z przedstawionych przyczyn Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji, o kosztach postępowania kasacyjnego orzekając na podstawie art. 108 § 2 w związku z art. 398<sup>21</sup> k.p.c.

jw

kc