



Sygn. akt IV CSKP 67/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2021 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Władysław Pawlak (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Paweł Grzegorzczak

SSN Monika Koba

Protokolant Katarzyna Bartczak

w sprawie z powództwa B. w L. (Wielka Brytania)

przeciwko M. S.

o naruszenie zasad uczciwej konkurencji i praw ochronnych na znak towarowy,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej

w dniu 11 czerwca 2021 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...)

z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt V AGa (...),

**1. uchyla zaskarżony wyrok w zakresie oddalającym apelację
odnośnie do rozstrzygnięcia o roszczeniu publikacyjnym z
pierwotnego pozwu z dnia 7 sierpnia 2015 r., zmodyfikowanego
w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r. (punkt II) oraz co do
rozstrzygnięcia o kosztach postępowania apelacyjnego (punkt III)
i w tej części sprawę przekazuje Sądowi Apelacyjnemu w (...) do
ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania
kasacyjnego;**

2. oddala skargę kasacyjną w pozostałej części.

UZASADNIENIE

Powód B. w L. w pozwie z dnia 7 sierpnia 2015 r., skierowanym przeciwko M.S., modyfikowanym w latach 2015-2017 r. r., domagał się: 1) zakazania pozwanemu używania dla oznakowania stacji paliw, świadczonych przez niego usług, ich reklamy oraz sprzedaży paliw płynnych, zielono-żółtej kombinacji kolorów, w której kolor zielony zajmuje ponad 40% powierzchni elementów stacji paliw w postaci słupa cenowego, otoku wiaty głównej, słupów ją podtrzymujących, dystrybutorów paliwa oraz gzymsu ścian sklepu lub w której kolor zielony stanowi ponad 40% w zielono - żółtym zestawieniu kolorów na stacji paliw znajdującej się w B. przy ul. (...); 2) nakazania pozwanemu zaprzestania podświetlania na zielono elementów stacji paliw w postaci otoku wiaty głównej, słupa cenowego oraz gzymsu ścian sklepu na stacji paliw znajdującej się w B. przy ul. (...); 3) nakazania pozwanemu usunięcia opisanej w pkt 1 kolorystyki oraz oświetlenia wskazanego w pkt 2 ze stacji paliw w B. przy ul. (...) w terminie 30 dni od uprawomocnienia się wyroku; 4) nakazania pozwanemu trzykrotnego opublikowania na własny koszt - w ciągu miesiąca od uprawomocnienia się wyroku - na 3 lub 5 stronie redakcyjnej dzienników „Gazeta X” i „Gazeta Y” ogłoszenia o wielkości 2 lub 3 moduły wraz z przeprosinami o następującej treści: „M. S. zamieszkały w K., właściciel stacji paliw znajdującej się w B., ul. (...), oświadcza, że naruszył prawa ochronne na znaki towarowe B. z siedzibą w Wielkiej Brytanii oraz zasady uczciwej konkurencji, używając koloru zielonego jako dominującego oraz żółtego i białego jako kolorów uzupełniających w oznakowaniu ww. stacji. Wyraża z tego powodu ubolewanie oraz zobowiązuje się nie podejmować działań naruszających prawa B. w przyszłości”, wraz z upoważnieniem powoda do opublikowania powyższego oświadczenia w podanych powyżej tytułach prasowych na koszt pozwanego, w przypadku, gdyby nie dopełnił on obowiązku wynikającego z treści wyroku.

Od 2002 r. pomiędzy stronami toczyło się postępowanie, które ostatecznie po wydaniu jedenastu wyroków (czterech przez Sąd Okręgowy w B., czterech przez Sąd Apelacyjny w (...)) i trzech przez Sąd Najwyższy - IV CSK 61/09, IC CSK

231/10 i IV CSK 674/16) zakończyło się w dniu 27 września 2017 r. (wyrok Sądu Okręgowego w (...) z dnia 30 listopada 2015 r., sygn. akt VIII GC (...), zmodyfikowany częściowo wyrokiem Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 13 maja 2016 r., sygn. akt V ACa (...) oraz częściowo wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., sygn. akt IV CSK (...)) nakazaniem pozwanemu: 1) zaprzestania używania dla oznakowania stacji paliw, świadczonych przez niego usług, ich reklamy oraz sprzedaży paliw płynnych, zielono - żółtej kombinacji kolorów, w której kolor zielony zajmuje ponad 40% powierzchni elementów stacji w postaci słupa cenowego, otoku wiaty głównej, słupów ją podtrzymujących, dystrybutorów paliwa oraz gzymsu ścian sklepu lub w której kolor zielony stanowi 40% w zielono - żółtym zestawieniu kolorów; 2) zaprzestania podświetlania w zielono-żółtej kombinacji kolorów elementów stacji paliw w postaci otoku wiaty głównej, słupa cenowego oraz gzymsu sklepu; 3) usunięcia w terminie trzech miesięcy od uprawomocnienia się wyroku opisanej w pkt 1 zielono - żółtej kombinacji kolorów z otoku wiaty głównej, słupów ją podtrzymujących, dystrybutorów paliwa, gzymsu ścian sklepu, słupa cenowego znajdujących się na stacjach paliw położonych w K., T., L. k/B., N., O. k/B., Z. (Gmina B.) i B.; 4) usunięcia w terminie trzech miesięcy od uprawomocnienia się wyroku opisanego w pkt 2 podświetlenia elementów stacji paliw w postaci otoku wiaty głównej, słupa cenowego oraz gzymsu sklepu znajdujących się na stacjach paliw położonych w K., T., L. k/B., N., O. k/B., Z. (Gmina B.) i B.

Prawomocnym postanowieniem z dnia 10 października 2017 r. Sąd Okręgowy w B. odrzucił pozew z dnia 7 sierpnia 2015 r. w zakresie żądań zawartych w pkt 1 i 2, uznając, że wydany przez Sąd Okręgowy w B. prawomocny wyrok z dnia 30 listopada 2015 r., sygn. akt VIII GC (...), w odniesieniu do tych żądań, obejmuje także stację paliw w B. i w konsekwencji w tej części istnieje stan powagi rzeczy osądzonej.

W piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r. strona powodowa rozszerzyła powództwo domagając się nakazania pozwanemu: 1) zaniechania używania koloru zielonego lub zielono - żółtego niezależnie od jego odcienia, który stanowiłby ponad 40% widocznej powierzchni elementów stacji, tj. otoku zadaszenia nad stanowiskami tankowania paliw, każdego ze słupów

podtrzymujących zadanie, zewnętrznych powierzchni sklepu lub innego budynku znajdującego się na stacji paliw, każdego z dystrybutorów paliw, każdego ze stanowisk tankowania, pylonu cenowego - w połączeniu z kolorem białym, szarym lub srebrnym, niezależnie od odcienia, na stacji paliw znajdującej się w B. przy ul. (...) oraz na jakiegokolwiek stacji paliw pozwanego; 2) zaniechania używania zielonego podświetlania jakiegokolwiek zewnętrznych powierzchni stacji paliw, lub ich elementów, a także używania oświetlenia bezbarwnego, o ile oświetla ono zielone lub zielono - żółte powierzchnie stacji paliw w B. przy ul. (...) i na jakiegokolwiek innej stacji pozwanego; 3) usunięcia w terminie miesiąca od uprawomocnienia się wyroku opisanego w pkt 1 kolorystyki ze stacji paliw w B. przy ul. (...) i z jakiegokolwiek innych stacji paliw pozwanego; 4) usunięcia w terminie miesiąca od uprawomocnienia się wyroku opisanego w pkt 2 oświetlenia ze stacji paliw w B. przy ul. (...) i z jakiegokolwiek innych stacji paliw pozwanego; 5) dwukrotnego opublikowania na własny koszt - w ciągu miesiąca od uprawomocnienia się wyroku - na głównym grzbiecie każdego z dzienników „Gazeta X” i „Gazeta Y” ogłoszenia, o opisanego szczegółowo wielkości, o następującej treści: „M. S., właściciel stacji paliw, oświadcza, że naruszył prawa ochronne na znaki towarowe spółki B. z siedzibą w Wielkiej Brytanii oraz zasady uczciwej konkurencji, używając koloru zielonego jako dominującego w oznakowaniu swoich stacji. Wyraża z tego powodu ubolewanie oraz zobowiązuje się nie podejmować działań naruszających prawa B. w przyszłości”, wraz z upoważnieniem powoda do opublikowania powyższego oświadczenia w podanych powyżej tytułach prasowych na koszt pozwanego, w przypadku, gdyby nie dopełnił on obowiązku wynikającego z treści wyroku, albo alternatywnie nakazania pozwanemu opublikowanie sentencji wyroku na przedstawionych w tym punkcie żądania zasadach.

Postanowieniem z dnia 15 stycznia 2018 r. Sąd Okręgowy w B. odrzucił pozew w zakresie żądań zawartych w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r. w części dotyczącej punktów 1 - 4 z ograniczeniem do stacji paliw położonych w K., T., L. k/B., N., O. k/B., Z. (Gmina B.) i B., ze względu na przyjęcie powagi rzeczy osądzonej. Jednak w wyniku zażalenia strony powodowej, na skutek autokontroli dokonanej w trybie art. 395 § 2 k.p.c., postanowieniem z dnia 16 marca 2018 r. uchylił postanowienie z dnia 15 stycznia 2018 r. i odmówił odrzucenia pozwu co do

rozszerzonego powództwa w zakresie, w jakim dotyczy ono stacji paliw innych niż w B. przy ul. (...).

Postanowieniem z dnia 6 czerwca 2018 r., wydanym w sprawie VIII GC (...), Sąd Okręgowy w B. dokonał wykładni wyroku z dnia 30 listopada 2015 r. w zakresie pkt 1 i 2, w brzmieniu nadanym wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r. sygn. akt IV CSK 674/16, w ten sposób, że stwierdził, iż brak wskazania w tych punktach sentencji wyroku konkretnych stacji benzynowych objętym zakazem określonego oznakowania oznacza, że zakaz ten obejmuje wszystkie istniejące stacje benzynowe pozwanego, które ten zakaz naruszają, a nie tylko te stacje benzynowe, które zostały wymienione w pkt 3 i 4 wyroku.

W piśmie procesowym z dnia 6 sierpnia 2018 r. strona powodowa cofnęła pozew w zakresie żądań - zgłoszonych w dniu 7 sierpnia 2015 r. i następnie zmodyfikowanych w piśmie z dnia 23 czerwca 2016 r. - nakazania pozwanemu usunięcia wskazanej w pkt 1 kolorystyki oraz oświetlenia wskazanego w pkt 2 ze stacji paliw w B. przy ul. (...) w terminie 30 dni od uprawomocnienia się wyroku, zrzekając się tych roszczeń (tj. żądań nr 3 i 4 z pierwotnego pozwu) za okres do dnia 3 listopada 2017 r.

Wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2018 r. Sąd Okręgowy w B. oddalił w całości powództwo i orzekł o kosztach procesu oraz kosztach sądowych. W uzasadnieniu ustalił m.in., że strona powodowa prowadzi działalność gospodarczą w zakresie produkcji i dystrybucji paliw, olejów oraz produktów ropopochodnych w kilkudziesięciu krajach. Na polski rynek wkroczyła na początku lat 90-tych ub. wieku. Przez pierwsze dwa lata spółka zajmowała się rozwojem sieci dystrybucji produktów olejowych i smarów sprzedawanych w warsztatach naprawczych, sklepach i stacjach benzynowych. Produkty te były sprzedawane w zielonych opakowaniach z logo spółki. W 1993 r. powodowa spółka przeprowadziła kampanię reklamową promującą swoje produkty. Na targach była reprezentowana również w kolorze zielonym z logotypem żółtym, a stoiska były konstruowane w taki sposób, by podkreślić „zieloność” firmy. Wszelkie materiały reklamowe spółki „B.”, mające na celu jej promocję, były w kolorze zielonym z żółtymi dodatkami. Pierwszą stację w Polsce spółka „B.” otworzyła w G. w 1995 r.

Stacje benzynowe firmy „B.” są utrzymane w kolorystyce zielono-żółtej, przy czym kolor zielony ma charakter dominujący. Kombinacja poziomych pasów zielono-żółtych jest widoczna również na górnej części sklepu, poniżej zadaszenia. W kolorystyce stacji „B.” występują też barwy białe oraz zielono-srebrne. W porze nocnej podświetlona zostaje wiatła główna tworząc cienki pas koloru zielonego. W taki sam sposób jest podświetlony dach sklepu. Słupy podtrzymujące wiatłę główną, przy których znajdują się dystrybutory paliwa są białe lub szerokozielono - srebrne. Przez przeciętnego klienta stacje benzynowe „B.” są kojarzone z kombinacją kolorów zielonego i żółtego, z przewagą zielonego. Kolor zielony stanowi element wyróżniający stacji benzynowych „B.”, które na świecie i w Polsce cieszą się dużą rozpoznawalnością i renomą

W latach 1995-1996 strona powodowa zarejestrowała także w Polsce znaki towarowe o numerach R-[...], R – [...], R-[...]i R – [...], które są utrzymane w kolorystyce zielono-żółtej. Pierwotnie logotyp „B.” przypominał żółtą tarczę na zielonym tle z napisem „B.”, a od kilku lat logo powoda to zielono-żółty symbol przypominający słońce, określany jako „H.”.

Pozwany uzyskał począwszy od dnia 25 stycznia 2002 r. świadectwo ochronne na znak towarowy R – [...], przedstawiające niebiesko - żółto - zielono - biały symbol graficzny z napisem „S.”. Pierwszą stację benzynową pozwany założył w K. w 1994 r. Stacja była utrzymana w kolorystyce zielono - żółto - białej z fioletowym napisem „S.”. Przebudowa stacji paliw pozwanego w B. miała miejsce w 2008 r. i była utrzymana w kolorystyce zielono - żółtej (zielona górna część wiaty z żółtym obramowaniem u dołu, żółte słupy oraz zielono - srebrno - białe dystrybutory). Była ona oznaczona znakiem towarowym „S.” oraz czerwono - białym logiem z literą „S”. W nocy stacja podświetlana była na zielono, natomiast logotypy były podświetlane kolorem neutralnym.

Jesienią 2017 r., po wydaniu przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie IV CSK 674/16, stacje pod marką „S.”, w tym stacja w B., zostały przemalowane na zupełnie odmienny od wcześniej używanego kolor zielony - jasny zielony, wpadający w żółty z elementami srebrnymi. Zarówno słup cenowy, otok wiaty głównej i gzyms sklepu zostały w całości przemalowane na jednolity kolor - jasny

zielony, bez kombinacji kolorów zielonego i żółtego. Natomiast słupy podtrzymujące wiatę przemalowane zostały na kolor srebrny. Dystrybutory paliwa oraz cokół budynku - sklepu pozostały w kolorze zielonym, odcieniem zbliżonym do koloru używanego na stacji „B.”. W nocy stacje są podświetlane światłem naturalnej barwy.

Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutów pozwanego przedawnienia dochodzonych przez stronę powodową roszczeń, opartych zarówno na przepisach ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (jedn. tekst: Dz. U. z 2021 r., poz. 324; dalej: „p.w.p.”) i ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (jedn. tekst: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913; dalej: „u.z.n.k.”) oraz braku legitymacji procesowej czynnej powodowej spółki. Stwierdził, że cofnięcie części roszczeń z pierwotnego pozwu wraz z zrzeczeniem się ich za okres do dnia 3 listopada 2017 r. było nieskuteczne, ale w tym zakresie powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż nie istnieje zagrożenie, że pozwany przemaluje stację w B. na kolory, które stosował przed zmianą jesienią 2017 r.

Oceniając roszczenia strony powodowej sformułowane w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r., na podstawie przepisów ustawy - Prawo własności przemysłowej, Sąd pierwszej instancji, powołując się na związanie w tej materii poglądem Sądu Najwyższego w sprawie VIII GC 72/11, wyjaśnił, że znak towarowy strony powodowej jest znakiem renomowanym i obejmuje oznaczenie kolorem zielonym istotnych elementów wystroju stacji paliw. Kolor ten nadaje ton wystrojowi całego obiektu, a wrażenie kolorystyczne ulega wzmocnieniu w porze nocnej wskutek specyficznego podświetlenia stacji i decyduje o sile tego znaku towarowego. Zastosowane barwy intensywnej zieleni zarówno w górnych partiach wystroju (otok wiaty, gzyms sklepu), jak i w partiach położonych niżej (dystrybutory, przestrzeń w ich bliskim otoczeniu, kosze, tablice) powoduje, że jasne światło rzucone na elementy zielone rozprasza się w sposób wzmagający wrażenie zieleni jako barwy zdecydowanie dominującej, występującej na wszystkich poziomach przestrzennych.

Sąd pierwszej instancji, w kontekście art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p. odwołał się do postanowień dyrektywy nr 89/104 Rady Wspólnot Europejskich z dnia 21 grudnia 1988 r. w sprawie harmonizacji prawodawstwa państw członkowskich w dziedzinie znaków towarowych oraz rozporządzenia nr 40/94 Rady Wspólnot Europejskich z dnia 20 grudnia 1993 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego. Stwierdził, że przeprowadzone postępowanie dowodowe, a przede wszystkim analiza zdjęć stacji paliw pozwanego oraz oględziny stacji jednoznacznie wskazują, że obecny wygląd tych stacji nie prowadzi do ryzyka konfuzji ze znakiem towarowym strony powodowej, jak również, w kontekście przesłanek z art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p., obecny wygląd stacji benzynowych pozwanego po ich przemalowaniu nie rodzi nawet możliwości skojarzenia ich ze stacjami powoda. Powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w sprawie VIII GC 72/11, w wydanym we wcześniejszej fazie procesu, wyroku z dnia 3 czerwca 2009 r., IV CSK 61/09, że ochrona powoda nie obejmuje użycia każdej kombinacji kolorystycznej, a jedynie w ramach takiego zestawienia barw, które może wprowadzać w błąd co do oznaczenia przedsiębiorstwa, towaru lub usługi albo narusza prawo do wyłącznego używania znaku towarowego i w konsekwencji granicą ochrony, o którą może ubiegać się powód, jest zdolność odróżniająca zestawienia barw, a rzeczą sądu jest ustalenie, na czym ma polegać dominacja koloru zielonego w kompozycji użytej przez pozwanego tak, aby nie wprowadzała w błąd. Orzeczony w poprzedniej sprawie w stosunku do pozwanego zakaz dotyczył jedynie koloru zielonego, który w zestawieniu z kolorem żółtym nie może przekroczyć 40%. W ostatnim wyroku w tamtej sprawie (z dnia 27 września 2017 r., IV CSK 674/16) Sąd Najwyższy również potwierdził, iż powodowi przysługuje ochrona w zakresie barwy zielonej jako dominującej oraz żółtej i to w określonej kombinacji, tj. od 41 do 99% zielonego w połączeniu z kolorem żółtym, podkreślając, że pozwany może w wykonaniu wyroku stosować nieskończenie wiele kombinacji kolorów zielonego i żółtego, w dostępnych odcieniach i zestawieniach graficznych, byle tylko zachował zasadę, że kolor zielony nie będzie dominujący, o ile ma być nadal łączony z kolorem żółtym.

Mając na względzie powyższe Sąd Okręgowy zauważył, że chodzi tutaj o tego rodzaju połączenie, w którym barwy zielona i żółta występują samoistnie,

a nie jako ich fuzja, a zatem stronie powodowej nie przysługuje ochrona w odniesieniu do barwy stanowiącej mieszankę żółtej i zielonej. W efekcie powodowi nie przysługuje wyłączone prawo do oznaczania swojego przedsiębiorstwa, produktów i usług wszystkimi odcieniami koloru zielonego. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, zastosowaną przez pozwanego kolorystykę można określić jako żółto - zieloną, z niewielkimi tylko elementami *stricte* zielonymi (chodzi o niewielki pas koloru ciemnozielonego w dolnej części budynku - cokołu oraz na dystrybutorach paliwa). Zauważył też, iż powód uzyskał znak towarowy R – [...] na kombinację kolorów zielonego i żółtego, a nie oddzielnie na każdy z nich. Natomiast pozwany zastosował w otoku wiaty głównej wyłącznie jeden kolor (jasno-zielony, wpadający w żółty), który w 100% pokrywa otok wiaty, gzyms budynku i słup cenowy, zaś słupy podtrzymujące dach wiaty zostały pomalowane na kolor srebrny. Wprawdzie stacje paliw powoda są kojarzone z kolorem zielonym o odcieniu „butelkowym”, czyli ciemnym, występującym w dodatku w kombinacji z kolorem żółtym, ale analizując różnice w kolorystyce stacji paliw stron, Sąd Okręgowy zauważył, iż na słupie cenowym i od strony wjazdu na stację, na otoku wiaty znajduje się czerwony napis „S.”, a na pozostałych stronach wiaty znajduje się czerwona litera „S”. Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie ma również obaw co do możliwości pomylenia stacji pozwanego ze stacjami powoda w porze nocnej czy w czasie pochmurnej pogody. Kolor otoku wiaty głównej na stacjach pozwanego po podświetleniu bardziej rysuje się jako kolor biały z elementami koloru żółtego niż kolor zielony. Poza tym, słup cenowy pozwanego różni się nie tylko kolorystycznie, ale i kształtem oraz widnieje na nim napis „S.”. Stacje tankowania u powoda znajdują się obok słupa podtrzymującego zadaszenie, zaś u pozwanego w środku pomiędzy słupami. Nadto na stacji powoda są umiejscowione kosze na śmieci pomalowane na kolor zielony i biały, zaś na słupie powieszono są banery z nazwą paliwa „„B.” u.”. Tych elementów brak na stacjach pozwanego. Na stacjach powoda z każdej strony otoku wiaty zadaszenia znajduje się znak towarowy w postaci zielono-żółtego słońca, który jest zarejestrowanym wspólnotowym znakiem towarowym i różni się od logotypu stosownego przez pozwanego na oznaczenie jego przedsiębiorstwa.

Według Sądu Okręgowego przeprowadzona analiza roszczeń powoda na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3, art. 5 i art. 10) również uzasadniała oddalenie powództwa. Niezależnie od różnic kolorystycznych w wyglądzie stacji paliw stron, występują także różnice architektoniczne. Mianowicie słupy na stacjach powoda są prostokątne, a na stacjach pozwanego okrągłe. W tych okolicznościach przeciętny konsument, którym zasadniczo będzie kierowca, nawet w porze nocnej czy też podczas pochmurnej względnie deszczowej pogody, bez wątplenia odróżni stacje obu stron. Przeciętny konsument to osoba, która jest dostatecznie dobrze poinformowana, uważna i ostrożna. Sąd w ramach tak określonego modelu przeciętnego konsumenta, mając na względzie zgromadzony materiał dowodowy, dokonał samodzielnie oceny, czy wygląd stacji pozwanego może wprowadzać w błąd. Wskazał, że obecnie przeciętny konsument - kierowca korzysta ze smartfonów, a także nawigacji, które pozwalają sprawdzić, gdzie określona stacja paliw się znajduje.

Badając roszczenie nr 5 z pierwotnego pozwu, zmodyfikowanego w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r. Sąd pierwszej instancji również nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia. Przede wszystkim bowiem pozwany w listopadzie 2017 r. przemałował swoje stacje paliw i nie korzysta już z kolorystyki zbliżonej do stacji powoda. Poza tym długotrwałość poprzedniego postępowania wskazuje, że proces był wyjątkowo skomplikowany pod względem prawnym i naruszenie przez pozwanego znaków towarowych powoda oraz dopuszczenie się przez pozwanego czynów nieuczciwej konkurencji nie było oczywiste. Niezależnie od tego strona powodowa w ogóle nie wykazała jakiegokolwiek pomyłki klientów wywołanej działaniami pozwanego i w konsekwencji nie wykazała potrzeby publikacji ogłoszeń w żądanym wymiarze. Strona powodowa nie powoływała się na utratę klienteli, czy też na osłabienie renomy prowadzonego przez nią przedsiębiorstwa, jako następstw czynów nieuczciwej konkurencji pozwanego, a jedynie na to, że hipotetycznie mogło do tego dojść.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację strony powodowej, która obejmowała rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego o roszczeniu publikacyjnym z pozwu z dnia 7 sierpnia 2015 r. (zmodyfikowanego w piśmie

procesowym z dnia 23 listopada 2017 r.) oraz o roszczeniach z rozszerzonego powództwa zawartych w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r.

Sąd drugiej instancji nie podzielił zarzutów apelacyjnych skierowanych przeciwko podstawie faktycznej rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji. Podkreślił, że przedmiotem ochrony znakiem towarowym R – [...], z którego powód wywodzi roszczenia zawarte w rozszerzonym powództwie, jest uprawnienie do używania przez niego wyłącznie koloru zielonego na istotnych elementach wystroju stacji paliw i jest to renomowany znak towarowy. Zwrócił też uwagę, że w pierwotnym pozwie powód domagał się zakazania pozwanemu używania dla oznakowania stacji paliw, świadczonych przez niego usług, ich reklamy oraz sprzedaży paliw płynnych, zielono- żółtej kombinacji kolorów, w której - w ogólnym wrażeniu - bez względu na zastosowanie innych kolorów, w tym koloru białego, dominującym jest kolor zielony, a kolor żółty uzupełniający, a zatem w momencie wniesienia pozwu kolory uzupełniające inne niż żółty nie były jeszcze elementem wizerunku stacji benzynowych powoda. W tej sytuacji powód wskazując nowy przedmiot ochrony obejmujący kompozycję kolorystyczną z dominującym kolorem zielonym i uzupełniającymi kolorami innymi niż żółty powinien był wykazać zasadność tego rodzaju nowych roszczeń. W szczególności powinien udowodnić, od kiedy nowa odświeżona kolorystyka jego stacji uzyskała w obrocie zdolność odróżniającą związaną z wykorzystywanym tego rodzaju oznaczenia kolorystycznego lub takich znaków towarowych. W efekcie powód nie wykazał, że jego stacje benzynowe są rozpoznawane również poprzez te kolory uzupełniające kolor zielony jako dominujący.

Sąd Apelacyjny nie zgodził się ze stanowiskiem powoda, iż pomimo zmiany przez pozwanego kolorystyki stacji benzynowych nadal budzi ona skojarzenia ze stacjami powoda i jego znakami towarowymi, ponieważ zabieg pozwanego sprowadził się do użycia koloru z pogranicza zielonego i żółtego, który w ocenie powoda nadal mieści się w barwie zielonej. Sąd wskazał, że w załączonej przez powoda prywatnej ekspertyzie, sporządzonej na jego zlecenie, prof. dr hab. K. P. określa obecny kolor stacji pozwanego jako oliwkowy, a nie zielony.

Analizując roszczenia powoda, objęte rozszerzonym pozwem z dnia 23 listopada 2017 r., na gruncie ustawy - Prawo własności przemysłowej, Sąd drugiej instancji stwierdził, że pozwanemu nie można zakazać używania koloru zielonego w innym odcieniu niż odcień stosowany przez powoda, a jeśli chodzi o inne kolory używane przez powoda w kompozycji z kolorem zielonym, takie jak biały, szary i srebrny, to pozwany już wcześniej je stosował na elementach architektonicznych swoich stacji. Sąd Apelacyjny odwołał się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wywodząc, że prawnej ochronie podlega tylko taka kombinacja kolorów, która jest precyzyjnie zdefiniowana co do odcieni kolorów, obejmuje precyzyjnie wskazane proporcje kolorów oraz stanowi ściśle określony układ (rozmieszczenie) kolorów.

Sąd odwoławczy zakwestionował stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie, w jakim w ramy konstrukcji modelu przeciętnego konsumenta - kierowcy włączył dodatkową cechę w postaci posługiwania się przez kierowców smartfonem lub nawigacją przy wyborze stacji benzynowych. Wskazał, że nie ma podstaw do przyjmowania innego modelu przeciętnego konsumenta niż ten, który został wypracowany w poprzedniej sprawie i przedstawiony w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., w którym stwierdzono, że docelowa grupa klientów stron, odbiera ogólną kolorystykę stacji, nie precyzując detali kompozycji i w efekcie zdolność odróżnienia odcieni kolorów żółtego i zielonego jest niewielka, zwłaszcza, że nie istnieje możliwość bezpośredniego porównywania stacji stron i przeciętny konsument będzie polegał na niedoskonałym obrazie stacji jaki zachował w pamięci.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego przedstawiona przez Sąd Okręgowy konstrukcja konsumenta nie miała wpływu na prawidłowość merytoryczną rozstrzygnięcia. W kwestii właściwego paradygmatu przeciętnego konsumenta Sąd Apelacyjny przeprowadził własną ocenę faktyczną i prawną, podnosząc w pierwszym rzędzie, że test przeciętnego konsumenta nie jest testem statystycznym, a w celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku sąd musi polegać na własnej umiejętności oceny ryzyka konfuzji. W tym celu nie jest potrzebny dowód z opinii biegłego sądowego, który sam jest też konsumentem. Sąd „wciela się” w modelowego odbiorcę określonych

towarów i usług, przy czym tego typu odbiorca jest osobą należycie poinformowaną i uważną oraz racjonalną. Sąd drugiej instancji we własnym zakresie dokonał tzw. testu pamięci niedoskonałej i stwierdził, że nie zachodzi też pośrednie ryzyko konfuzji. Mianowicie, po zmianie przez pozwanego kolorystyki prowadzonych stacji, uważny konsument nie skojarzy stacji pozwanego z powodem. Różnice są widoczne już z drogi, a tym bardziej na samej stacji i są wyraźne również dla klienta, który wykazuje się przeciętną uwagą, a nie wyższym jej poziomem wynikającym z wykorzystywania smartfonu i nawigacji, tak jak przyjął Sąd Okręgowy. Powód stosuje swoje znaki towarowe nie tylko na stacji paliw, ale także na sprzedawanych na stacjach paliw produktach i w opisie świadczonych usług, natomiast pozwany nie sprzedaje własnych produktów i nie oznacza ich swoimi znakami towarowymi; nie zostało też wykazane, że pozwany sprzedaje produkty powoda.

Za prawidłowe Sąd drugiej instancji uznał oddalenie powództwa również w zakresie zawartego w powództwie rozszerzającym żądania zakazu używania zielonego podświetlenia i oświetlenia bezbarwnego zielonych lub zielono-żółtych powierzchni stacji paliw. Jeśli chodzi o stosowanie podświetlenia zielonego, to takie żądanie zostało uznane za bezzasadne w poprzedniej sprawie pomiędzy stronami, co znalazło wyraz w reformatoryjnym wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., IV CSK 674/16. Z kolei zakaz używania oświetlenia bezbarwnego zmierza do tego, aby pozbawić pozwanego możliwości oświetlania swoich stacji. W istocie więc celem powoda jest monopolizacja koloru zielonego w połączeniu z jakimkolwiek innym kolorem i w jakiegokolwiek proporcji.

Oceniając roszczenia powoda na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd drugiej instancji również nie znalazł argumentów do ich uwzględnienia. Wskazał, że przemalowanie przez pozwanego stacji na kolor oliwkowy nie może być uznane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 tej ustawy. Zresztą brak ryzyka konfuzji jest równoznaczny ze stwierdzeniem braku dokonania czynów nieuczciwej konkurencji. W świetle prawomocnego rozstrzygnięcia w sprawie VIII GC (...) pozwany mógł w dalszym ciągu używać kompozycji kolorystycznej z wykorzystaniem koloru ciemnozielonego i żółtego, o ile kolor ciemnozielony zajmował nie więcej niż 40% powierzchni.

W odniesieniu do roszczenia nr 5 z pierwotnego pozwu, w wersji zmodyfikowanej w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r., Sąd odwoławczy wyjaśnił, że nakazanie pozwanemu złożenia w prasie oświadczenia o żądanej przez powoda treści nie odpowiada brzmieniu rozstrzygnięcia, które zapadło w sprawie zakończonej prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w B. z dnia 30 listopada 2015 r., zmodyfikowanym wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r. Powód znając treść tego rozstrzygnięcia i będąc reprezentowany przez profesjonalnych pełnomocników nie dostosował do niego żądania publikacyjnego.

W skardze kasacyjnej strona powodowa zaskarżając w całości wyrok Sądu drugiej instancji, wniosła o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie o jego uchylenie i uwzględnienie w całości apelacji. Zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj.: I. art. 6 k.c. w zw. z art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p., art. 10 ust. 1, art. 5 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez ich niewłaściwe zastosowanie wynikające z błędnego utożsamienia przez Sąd drugiej instancji zakresu dochodzonych roszczeń zakazowych z „przedmiotem ochrony” wskazywanym przez powoda, co w konsekwencji doprowadziło do obciążenia powoda przez Sąd ciężarem dowodzenia szeregu okoliczności, które nie powinny być w ogóle brane pod uwagę przy ocenie zasadności jego roszczeń i co stanowiło podstawę oddalenia dochodzonych roszczeń w całości; II. art. 296 ust. 1 p.w.p. w zw. z art. 285 p.w.p. i art. 18 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. przez ich błędną wykładnię i oddalenie roszczeń powoda o zakazanie naruszania praw do znaku towarowego i oznaczania z uwagi na przyjęcie przez Sąd Apelacyjny, że konieczne jest ograniczenie zakazu wyłącznie do precyzyjnie określonego oznaczenia, używanego przez pozwanego w dacie wyrokowania, z pominięciem oceny zagrożenia wystąpienia naruszeń, co powinno być decydującym czynnikiem w ocenie zasadności tych roszczeń; III. art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p., art. 10 ust. 1, art. 5 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie oceny podobieństwa oznaczeń stron bez ustalenia właściwego dla niniejszej sprawy modelu przeciętnego konsumenta - kierowcy korzystającego ze stacji paliw, a zamiast tego przyjęcie wyłącznie percepcji Sądu orzekającego w sprawie; IV. art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p., art. 10 ust. 1 i art. 5 u.z.n.k. przez ich niewłaściwe

zastosowanie wynikające z: a) niedokonania przez Sąd Apelacyjny całościowej oceny porównywanych oznaczeń stron; b) odmowy zastosowania reguły wzajemnej zależności w sytuacji, gdy porównywane oznaczenia stron służą do oznaczenia tych samych towarów i usług; c) przyjęcia, że dla przyznania ochrony powód powinien wykazać istnienie większego niż przeciętne ryzyka wprowadzenia w błąd, podczas gdy stwierdzenie przez Sąd istnienia jakiegokolwiek ryzyka wprowadzenia w błąd powinno skutkować przyjęciem, że doszło do naruszenia praw i interesów powoda; d) pominięcia, w dokonanej przez Sąd Apelacyjny ocenie porównawczej oznaczeń analizy, tego, czy kwestionowane oznaczenie pozwanego mogą powodować ryzyko tzw. pośredniego wprowadzenia w błąd (tj. sytuacji, gdy przeciętny konsument odróżnia znaki towarowe/oznaczenia stron, jako oznaczenia towarów lub usług pochodzących od różnych przedsiębiorców, lecz ze względu na podobieństwa porównywalnych oznaczeń i identyczność usług może zasadnie przypuszczać, że pozwany używający oznaczenia podobnego do oznaczenia używanego przez powoda pozostaje z nim w związkach organizacyjnych, gospodarczych lub prawnych), które stanowi równorzędną formę sankcjonowanego na gruncie wskazanych przepisów wprowadzenia w błąd; V. art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p. przez błędną wykładnię przesłanki „ryzyka skojarzeń” i nieprzeprowadzenie oceny ryzyka skojarzeń prowadzących do naruszenia znaku renomowanego, tj. niedokonanie odrębnej oceny podobieństwa uwzględniającej renomę znaków towarowych powoda i ich dominujących cech, czyli koloru zielonego, a w zamian automatyczne zastosowanie tych samych kryteriów i wnioskowania, jakie zostało przeprowadzone przez Sąd w ramach oceny ryzyka konfuzji z art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p.; VI. art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez jego błędną wykładnię przejawiającą się w: a) uznaniu przez Sąd, że dla naruszenia dobrych obyczajów w rozumieniu tego przepisu niezbędne jest wprowadzenie w błąd; b) nieuwzględnieniu, że naruszeniem dobrych obyczajów w rozumieniu tego przepisu jest działanie pozwanego polegające na podjęciu działań mających wywołać wrażenie zastosowania się do wydanego przeciwko niemu prawomocnego orzeczenia sądowego, które jednak w istocie nie zmierzają do spełnienia celu orzeczonego zakazu; VII. art. 18 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 1, art. 5 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez ich błędną wykładnię i oddalenie w całości żądań publikacyjnych zgłoszonych

w pozwie, w jego pierwotnym brzmieniu, jak i żądań publikacyjnych zawartych w piśmie stanowiącym rozszerzenie powództwa z uwagi na bezzasadne przyjęcie przesłanek negatywnych dla zasądzenia tych roszczeń, w sytuacji gdy przesłanki te nie dają podstaw do oddalenia tych roszczeń w całości, a co najwyżej do ograniczenia treści i/lub formy żądanych publikacji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

I. W uchwale z dnia 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/2020, Sąd Najwyższy wyjaśnił, że sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 3), przy czym stwierdził, że przyjęta wykładnia nie ma zastosowania do orzeczeń, wydanych przez Sąd Najwyższy, przed dniem podjęcia tej uchwały.

Postanowienie o przyjęciu skargi kasacyjnej do rozpoznania zapadło w dniu 9 stycznia 2020 r. (k. 1516), w związku z czym, nie występuje problem wadliwości tamtego postępowania, które mogłoby mieć wpływ na prawidłowość postępowania przed Sądem Najwyższym, po przyjęciu skargi kasacyjnej do rozpoznania.

Wskazane przez pozwanego w załączniku do rozprawy z dnia 11 czerwca 2021 r. okoliczności, dotyczące prowadzenia postępowania w przedmiocie wygaśnięcia znaków towarowych, z których powód wywodzi dochodzone w tej sprawie roszczenia i wydanych w tym przedmiocie przez Kolegium Orzekające Urzędu Patentowego RP decyzji, nie mogły zostać uwzględnione, gdyż Sąd Najwyższy jest sądem prawa i nie prowadzi postępowania dowodowego. Zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. w postępowaniu kasacyjnym nie jest dopuszczalne powołanie nowych faktów i dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia.

II. Skarga kasacyjna zasługiwała na uwzględnienie w zakresie dotyczącym roszczenia nr 5 z pierwotnego pozwu z dnia 7 sierpnia 2015 r., w wersji zmodyfikowanej w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r.

Stosownie do art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać m. in. złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Z przepisu tego jednoznacznie wynika, że w razie gdy interes przedsiębiorcy został co najmniej zagrożony, przedsiębiorcy temu co do zasady przysługuje roszczenie publikacyjne, także w przypadku, gdy zostały uwzględnione roszczenia o zaniechanie niedozwolonych działań (art. 18 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.) oraz o usunięcie skutków niedozwolonych działań (art. 18 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k.). Zatem uwzględnienie co do zasady roszczenia publikacyjnego, gdy zostały uwzględnione roszczenia o nakazanie zaniechanie naruszeń i usunięcia ich skutków, nie jest uzależnione od dyskrecyjnej władzy sądu orzekającego. W art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. ustawodawca nie posłużył się formułą „sąd może” (por. np. art. 24 § 1 k.c. w zw. z art. 448 k.c.). Okoliczność, że w sprawie zostało wykazane jedynie zagrożenie interesu przedsiębiorcy, a nie także jego naruszenie, ma wpływ na zakres, w jakim roszczenie publikacyjne zostanie uwzględnione, ale nie może stanowić argumentu dla pozbawienia poszkodowanego - co do zasady - roszczenia publikacyjnego; podobnie zresztą jak w przypadku, gdy po dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji sprawca usuwa skutki tych czynów.

W orzecznictwie zostało już wyjaśnione, że roszczenie to pełni funkcję wychowawczą, prewencyjną, kompensacyjną oraz informacyjną (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2007 r., II CSK 289/07, OSNC 2008, nr 12, poz. 140).

W sprawie zostało wykazane, iż pozwany dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji bowiem dopiero w listopadzie 2017 r., w związku z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., sygn. akt IV CSK 674/16, przemałował stację paliw prowadzoną w B. przy ul. (...), a wcześniej, w tym także w chwili wniesienia pozwu, wykorzystywał kompozycję kolorów zielonego jako dominującego i żółtego jako uzupełniającego, w której kolor zielony zajmował ponad 40% powierzchni elementów tej stacji. W konsekwencji, co do zasady, stronie powodowej przysługiwało roszczenie publikacyjne. Nie mogło nastąpić jego oddalenie także z tego względu, że orzeczenie w sprawie zakończonej wyrokiem

Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., IV CSK 674/16, w zakresie żądań nr 1 i 2 z pozwu z dnia 7 sierpnia 2015 r., dotyczyło także stacji paliw pozwanego prowadzonej w B., zaś pozwany usunął skutki czynu nieuczciwej konkurencji i dokonał w toku niniejszego procesu zmiany kolorystyki tej stacji.

Jakkolwiek w sprawie VIII GC (...), jeszcze na jego wcześniejszym etapie powództwo w zakresie roszczenia publikacyjnego (łącznie z żądaniem zapłaty na wskazany cel społeczny) zostało oddalone i w tej części wyrok Sądu Okręgowego w B. z dnia 22 lutego 2008 r. uprawomocnił się wobec braku wniesienia przez stronę powodową apelacji, ale należy zauważyć, że roszczenie to, w podstawie faktycznej powództwa, nie obejmowało stacji paliw w B. przy ul. (...). Nadto z ustaleń faktycznych wynika, że w 2008 r. pozwany zakończył przebudowę tej stacji (uzyskując pozwolenie na jej użytkowanie decyzją z dnia 18 września 2008 r. - k. 333) i dopiero we wrześniu 2009 r. strona powodowa powzięła wiedzę odnośnie do funkcjonowania na rynku stacji paliw w B. przy ul. (...) oraz stosowania na niej przez pozwanego inkryminowanej kolorystyki.

Sąd, w ramach dyskrecjonalnej władzy, ma wpływ na to, w jakim zakresie zgłoszone żądanie publikacyjne w konkretnym stanie faktycznym zostanie uwzględnione (co do zakresu, treści i formy), by nie stanowiło dla zobowiązanego nadmiernej represji. W szczególności, w razie żądania złożenia stosownego oświadczenia w prasie należy mieć na uwadze zasięg podmiotowy i terytorialny, w którym można mówić co najmniej o zagrożeniu interesu przedsiębiorcy czynem nieuczciwej konkurencji sprawcy.

W orzecznictwie przyjmuje się, że treść i forma oświadczenia, o którym stanowi art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., powinna być „odpowiednia”, tj. uwzględniać racjonalnie pojmowanie kryterium celowości, a więc realizując cel, jakim jest zapewnienie pokrzywdzonemu, rzeczywistej i odpowiedniej satysfakcji, przy uwzględnieniu zakresu i sposobu działania pozwanego oraz proponowanych przez powoda środków usunięcia skutków naruszenia, co prowadzi do wniosku, że sąd może kształtować treść oświadczenia także przez uściślenie sformułowań (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2007 r., I CSK 28/07, nie publ.,

z dnia 11 lutego 2011 r., I CSK 334/10, nie publ. oraz z dnia 17 maja 2013 r., I CSK 499/12, nie publ.).

W efekcie powództwo w tym zakresie nie mogło zostać oddalone również na tej podstawie, że treść roszczenia publikacyjnego nie została dostosowana do rozstrzygnięcia wydanego w sprawie zakończonej wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2017 r., IV CSK 674/16.

Z tych względów, w tej części, Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c., a o kosztach postępowania kasacyjnego na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 398²¹ k.p.c., art. 391 § 1 k.p.c.

III. Skarga kasacyjna w części dotyczącej rozstrzygnięcia w przedmiocie roszczeń zawartych w rozszerzonym powództwie z dnia 23 listopada 2017 r. nie zasługiwała na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie należy jednak wskazać, że w podstawach kasacyjnych, w ramach zarzucanego uchybienia prawu materialnemu, skarżący powołuje równocześnie przepisy ustawy - Prawo własności przemysłowej i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podstawy kasacyjne nr I - IV), gdy tymczasem zakres normatywny, przesłanki i cele obu ustaw nie są identyczne. Zgodnie bowiem z art. 2 p.w.p. zwalczanie nieuczciwej konkurencji reguluje odrębna ustawa. W orzecznictwie wyjaśniono już, że cele obu ustaw są inne. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ma na celu przede wszystkim ochronę rynku przed nieuczciwymi działaniami zakłócającymi grę rynkową, w interesie publicznym, przedsiębiorców i klientów (art. 1 u.z.n.k.), w tym ochronę uprawnienia do korzystania z wypracowanej siły atrakcyjnej przedsiębiorstwa, zaś prawo własności przemysłowej chroni prawa wynikające z rejestracji m.in. znaku towarowego. Jednak fakt takiej rejestracji na rzecz uprawnionego nie wyłącza w stosunku do niego ochrony innego podmiotu na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem w świetle tej ustawy ocenie podlega nie tyle zarejestrowany znak, lecz sposób jego użycia w obrocie gospodarczym (zob. wydane pod rządą ustawy z dnia 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 4 maja 1932 r., Rw 521/32, nie publ.; wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2002 r., I CKN 1319/00,

OSNC 2004, nr 5, poz. 73, z dnia 8 kwietnia 2003 r., IV CKN 22/01, nie publ., z dnia 12 października 2005 r., III CK 160/05, nie publ., z dnia 23 października 2008 r., V CSK 109/08, nie publ., z dnia 16 stycznia 2009 r., V CSK 231/08, nie publ., postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1994 r., III CZP 109/94, nie publ.).

Oczywiście dopuszczalne jest dochodzenie kumulatywnej ochrony z obu ustaw, ale wówczas poszczególne podstawy kasacyjne powinny być oparte odrębnie na przepisach tych ustaw. Poza tym, strona powodowa w części podstaw kasacyjnych (nr I i III) niesłusznie utożsamia ochronę znaku towarowego realizowaną z art. 296 ust. 2 pkt 2 i art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p., gdyż w ostatnim przypadku ochrona ta, jako wywodzona z renomowanego znaku towarowego, ma szerszy zakres, aniżeli w pierwszym przypadku.

Są to jednak nieprawidłowości strukturalne podstaw kasacyjnych, które same w sobie nie uzasadniały oddalenia skargi kasacyjnej. Rozpoznając merytorycznie skargę kasacyjną Sąd Najwyższy analizował przedstawione podstawy kasacyjne odrębnie na gruncie wskazanych w tych podstawach przepisów obu ustaw.

Druga kwestia, w kontekście eksponowanych w skardze kasacyjnej podstaw, która wymaga doprecyzowania, dotyczy stanu prawnego, według którego podlegają ocenie zgłoszone roszczenia. Otóż stosownie do art. 3 ustawy z dnia 20 lutego 2019 r. o zmianie ustawy - Prawo własności przemysłowej (Dz. U. poz. 501), do oceny stosunków cywilnoprawnych, które powstały przed dniem wejścia w życie tej noweli (dnia 16 marca 2019 r.), stosuje się przepisy dotychczasowe, chyba że skutki tych stosunków nastąpiły po wejściu w życie tej noweli. Z uwagi więc na to, że skutki, z których strona powodowa wywodzi roszczenia, miały miejsce przed wejściem w życie powołanej noweli, w sprawie będą miały zastosowanie przepisy ustawy - Prawo własności przemysłowej w brzmieniu sprzed 16 marca 2019 r.

1. Sąd drugiej instancji w odniesieniu do roszczeń zgłoszonych w rozszerzonym powództwie dokonał prawidłowej oceny rozkładu ciężaru dowodu, z uwzględnieniem kwestii, które zostały już przesądzone w zakończonej prawomocnie sprawie o sygn. akt VIII GC (...), w tym szczególności w przedmiocie kwalifikacji znaków towarowych strony powodowej jako renomowanych oraz co do

zakresu naruszeń, jakich dopuścił się pozwany w związku z wykorzystaniem do wizerunku prowadzonych stacji paliw koloru zielonego, co do którego stronie pozwanej przysługują uprawnienia wynikające z zarejestrowanych znaków towarowych. Podnosząc zarzut naruszenia art. 6 k.c. w zw. z art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p. oraz art. 10 ust. 1, art. 5 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k., skarżący - co również wynika z uzasadnienia tej podstawy kasacyjnej - skoncentrował się na peryferyjnym i oderwanym od całości fragmencie rozważań prawnych Sądu drugiej instancji dotyczących powiązania, w konstrukcji roszczeń sformułowanych w piśmie procesowym z dnia 23 listopada 2017 r., stosowanej przez pozwanego kompozycji kolorystycznej stacji paliw z kolorami uzupełniającymi innymi niż kolor żółty. W świetle klarownych w tej materii wyjaśnień Sądu drugiej instancji była to dodatkowa podstawa oddalenia roszczeń objętych rozszerzonym powództwem. Natomiast uwypuklenia wymaga, że zasadniczą przyczyną oddalenia powództwa w zakresie opartym na przepisach ustawy - Prawo własności przemysłowej było stwierdzenie braku podobieństwa pomiędzy stacjami obu stron i w konsekwencji braku zagrożenia wystąpienia konfuzji, po tym jak pozwany jesienią 2017 r. przemalował prowadzone stacje paliw, w tym stację w B. przy ul. (...). Powyższy zarzut kasacyjny powoda miałby więc znaczenie, ale dopiero przy założeniu, że po przemalowaniu stacji zastosowany przez pozwanego jako dominujący kolor jest podobny do koloru, co do którego powód uzyskał prawo ochronne z zarejestrowanych znaków towarowych. Wobec tego jednak, że pozwany po przemalowaniu jesienią 2017 r. stacji benzynowych nie stosuje już koloru żółtego w kompozycji z dominującym kolorem, zaś powód w rozszerzonym powództwie eksponuje inne kolory jako elementy uzupełniające kolor dominujący, to na powodzie spoczywał, zgodnie z ogólnymi regułami procesowymi, ciężar wykazania podobieństwa pomiędzy stacjami stron, gdyż na podstawie prawomocnego wyroku w tamtej sprawie strona powodowa uzyskała ochronę w zakresie stosowania kompozycji kolorów zielonego i żółtego, z dominacją w określonej proporcji koloru zielonego.

Odnotowania wymaga, że przedmiotem dochodzonej ochrony, w ramach rozszerzonego powództwa, nie jest jednak sam kolor jako znak towarowy, ale wizerunek stacji benzynowej/benzynowych z jej elementami pomalowanymi

dominującym kolorem w kompozycji z innymi wskazanymi kolorami jako uzupełniającymi. W powołanym wyroku z dnia 21 października 2010 r., IV CSK 231/10, Sąd Najwyższy wskazał, że żądana przez powoda ochrona nie może być udzielona samemu kolorowi zielonemu jako elementowi składowemu znaku towarowego, którego ta ochrona dotyczy, w sytuacji gdy kolor ten od początku tamtego procesu był łączony z kolorem żółtym, a zatem nie ma uzasadnionego powodu, aby pozwany nie mógł w ogóle zastosować koloru zielonego w kompozycji z innymi kolorami. Z tej przyczyny skoro powód w rozszerzonym powództwie ochronę wizerunku prowadzonych stacji benzynowych wiązał ze stosowanym przez pozwanego kolorem dominującym w powiązaniu z innymi kolorami jako uzupełniającymi, wśród których nie było koloru żółtego, to tym samym obciążał go dowód, że nowe zestawienie barw, w stosunku do tej, co do której uzyskał ochronę na podstawie powołanego wyroku sądowego w sprawie VIII GC (...), narusza jego prawo do wyłącznego używania znaku towarowego, w szczególności, że nowa kompozycja kolorów (zestawienie barw) stosowana przez pozwanego nie ma zdolności odróżniającej w stosunku do stacji powoda.

W związku z szerszym zakresem ochrony z ustawy - Prawo własności przemysłowej opartej na renomowanym znaku towarowym w stosunku do ochrony również wywodzonej z zarejestrowanego znaku towarowym, ale nie renomowanego, analizę zarzutów kasacyjnych naruszenia prawa materialnego trzeba rozpocząć od oceny roszczeń powoda, których źródłem jest art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p. i wzajemnego stosunku ochrony unormowanej w art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p. Zgodnie tymi przepisami, w wersji mającej zastosowanie w tej sprawie, naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy, uzasadniającym dochodzenie roszczeń, o których mowa w art. 296 ust. 1 p.w.p., polega na bezprawnym używaniu w obrocie gospodarczym: znaku identycznego lub podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego w odniesieniu do towarów identycznych lub podobnych, jeżeli takie używanie spowodować może wśród części odbiorców błąd polegający w szczególności na skojarzeniu między znakami (art. 296 ust.2 pkt 2 p.w.p.); znaku identycznego lub podobnego do renomowanego znaku towarowego, zarejestrowanego w odniesieniu do jakichkolwiek towarów, jeżeli takie używanie może przynieść używającemu nienależną korzyść lub jest szkodliwe dla

odróżniającego charakteru bądź renomy znaku wcześniejszego (art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.).

Po przemalowaniu stacji benzynowych, pozwany nie stosuje już w kolorystyce prowadzonych stacji jako dominującego koloru identycznego z dominującym kolorem zielonym stosowanym przez stronę powodową, a zatem w grę może wchodzić ocena podobieństwa (w rozumieniu art. 296 ust. 2 i 3 p.w.p.) pomiędzy kolorami dominującymi w wystroju tych stacji stosowanymi przez strony, a w konsekwencji i podobieństwa stacji obu stron.

Pojęciem podobieństwa posługują się nie tylko nauki prawne, w tym wypadku częściej pod postacią analogii (*argumentum a simile*), ale także inne nauki, jak np. matematyka, biologia, chemia czy filozofia, przy czym w naukach matematyczno-przyrodniczym o podobieństwie decydują ściśle i stałe kryteria ujęte w modelowym i abstrakcyjnym module wzorcowym. Na gruncie prawnym, ze względu na wielość sytuacji faktycznych, których nie sposób ująć w ściśle prawidła, pojęcie podobieństwa może być skonkretyzowane w poszczególnych sprawach i w celu dookreślenia ustawowego pojęcia podobieństwa albo jego braku pomiędzy znakami towarowymi, należy uwzględniać także całokształt czynników społeczno - gospodarczych i psychologicznych. Dlatego nie jest miarodajne i zarazem pomocne odwoływanie się do rozumienia pojęcia podobieństwa na gruncie innych nauk.

Przepisy ustawy - Prawo własności przemysłowej nie zawierają w ogóle definicji pojęcia podobieństwa pomiędzy określonymi znakami towarowymi, ani też nie dokonują jego stopniowania, które wskazywałoby granicę naruszenia praw uprawnionego ze znaku towarowego. W obu przepisach zostały podane dalsze ogólne kryteria, które, na kanwie stanu faktycznego konkretnej sprawy, pozwalają na dokonanie kwalifikacji określonego podobieństwa pomiędzy znakami towarowymi, jako uzasadniającego, bądź nieuzasadniającego udzielenie ochrony prawnej.

Nie chodzi tutaj jednak o jakiegokolwiek podobieństwo pomiędzy znakami towarowymi. O relewantnym prawnie podobieństwie można mówić, gdy danym znakom towarowym przysługują tego rodzaju zasadnicze cechy wspólne –

ze względu na ilość i intensywność ich występowania, w porównaniu z cechami je różniącymi - że znaki te mogą być uznawane za bliskie, paralelne. W przypadku znaków towarowych graficznych, takich jak w tej sprawie, oceny ich podobieństwa należy dokonywać przede wszystkim na płaszczyźnie wizualnej oraz opisowo - językowej. Z uwagi na to, że w tej sprawie ocenie poddawane jest podobieństwo znaków towarowych, którymi są kolory występujące zarówno w naturze, jak i stanowiące wytwór działalności człowieka, przy czym elementy twórcze nie występują w takim zakresie, jak w przypadku fantazyjnych znaków towarowych, płaszczyzny wizualna i opisowa oceny podobieństwa mają zasadnicze znaczenie.

Znaki towarowe należy porównywać całościowo i będą traktowane jako podobne, gdy z punktu widzenia przeciętnego kręgu odbiorców świadczonych przez strony towarów i usług, są identyczne co najmniej na jednej z płaszczyzn tego rodzaju porównań. Wobec tego, że pojęcie podobieństwa znaków towarowych ma charakter normatywny, jego ocena prawna w ramach kompetencji judykacyjnych sądu obejmuje wykładnię prawa i jego zastosowanie w konkretnym stanie faktycznym.

Spór między stronami powstał w związku ze stosowaniem przez pozwanego kolorystyki stacji benzynowych, w tym stacji w B., także po ich przemalowaniu jesienią 2017 r., w których świadczony towar jest identyczny z towarem świadczonym przez stronę powodową na jej stacjach benzynowych. W odniesieniu do towarów identycznych, gdy znaki towarowe konkurentów są co najmniej podobne, ustawodawca nie wymaga, by znak towarowy przedsiębiorcy dochodzącego ochrony był znakiem renomowanym (art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p.). Artykuł 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p. rozszerza natomiast ochronę przedsiębiorcy, który uzyskał ochronę znaku towarowego renomowanego co do wszelkich towarów, a zatem oczywistym jest, że nie można wykluczyć ochrony na tej podstawie prawnej także w odniesieniu do towarów identycznych. W takiej jednak sytuacji poziom podobieństwa obu znaków towarowych, uzasadniający ochronę, jest jeszcze niższy niż podobieństwa, o którym mowa w art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p. Co prawda, Sąd drugiej instancji dokonując oceny roszczeń powoda na obu podstawach prawnych z art. 296 ust. 2 p.w.p. (pkt 2 i 3), nie różnicował podobieństwa, ale w związku ze szczegółowym przedstawieniem różnic pomiędzy

znakami stron po zmianie przez pozwanego kolorystyki stacji paliw, w tym stacji w B., oraz uwzględnieniem w tej ocenie innych elementów wizualnie wyraźnie różnicujących stacje obu stron, uchybienie to nie miało wpływu na prawidłowość merytoryczną zaskarżonego wyroku.

Przy ocenie wystąpienia prawnie relewantnego podobieństwa pomiędzy znakami towarowymi należy więc mieć na względzie podobieństwo w kontekście dalszych przesłanek, o których stanowi art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p., a mianowicie chodzi o takie podobieństwo, które implikuje ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, w szczególności poprzez ryzyko skojarzenia znaku ze znakiem korzystającym z pierwszeństwa (art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p.), a przypadku, o którym stanowi art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p., chodzi o podobieństwo, które może przynieść sprawcy naruszenia nienależną korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku wcześniejszego. Na tle regulacji zawartej w tym przepisie Sąd Najwyższy w dotychczasowym orzecznictwie przyjmował, że w wypadku znaku towarowego renomowanego występuje podobieństwo szczególnego rodzaju, polegające na niebezpieczeństwie samego skojarzenia z nim innego znaku, a stopień podobieństwa jest usytuowany na niskim poziomie i wystarczy, by późniejszy znak towarowy przywodził na myśl wcześniejszy renomowany znak towarowy, kojarzył się z nim lub był z nim łączony w świadomości miarodajnego odbiorcy (por. wyroki z dnia 4 marca 2009 r., IV CSK 335/08, z dnia 10 lutego 2011 r., IV CSK 393/10, BSN 2011, nr 5). Im szybciej i silniej oznaczenie sprawcy przywołuje na myśl znak towarowy renomowany, tym większe prawdopodobieństwo, że aktualne i przyszłe używanie przez sprawcę podobnego znaku towarowego będzie skutkować czerpaniem nienależnej korzyści z charakteru odróżniającego lub renomy znaku towarowego bądź też działać na szkodę tej renomy (zob. wyrok TSUE z dnia 27 listopada 2008 r., C - 252/07). Działanie na szkodę renomy znaku towarowego może polegać na jego „degradacji”, gdy towary, dla których sprawca naruszenia używa podobnego oznaczenia, są odbierane przez klientelę w taki sposób, że zmniejsza się atrakcyjność tego znaku towarowego (zob. wyrok TSUE z dnia 18 czerwca 2009 r., C - 487).

Zważywszy, iż treścią zarejestrowanych znaków towarowych jest kolor zielony (znak towarowy R – [...] k. 5, 875), zielony (w kompozycji z uzupełniającym kolorem żółtym; znaki towarowe R – [...], R – [...], R – [...], k. 5, 187, 190), o określonych i wyraźnych odcieniach, które zostały uwidocznione w załącznikach graficznych, to podstawę porównań z kolorem zastosowanym przez pozwanego, w ramach roszczeń opartych na przepisach ustawy - Prawo własności przemysłowej, stanowi kolor zielony w takich odcieniach w tym kompozycji z kolorem żółtym oraz ich układem na elementach stacji. Z tego punktu widzenia drugorzędne znaczenie ma okoliczność, iż na niektórych stacjach powód faktycznie stosuje nieco inne odcienie zieleni oraz w innej kompozycji kolorystycznej i z innymi kolorami uzupełniającymi; okoliczności te mogą natomiast mieć znaczenie przy ocenie roszczeń powoda, ale na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z czym, przedmiotem ochrony uprawnień ze znaków towarowych nie jest każdy odcień koloru zaliczanego do rodziny kolorów zielonych. Nie jest więc uprawnione rozszerzenie ochrony, dochodzonej na podstawie przepisów ustawy - Prawo własności przemysłowej, poza zakres wynikający ze znaków towarowych. Stosowanie przez konkurenta zbliżonego odcienia koloru w stosunku do tego, który ucieleśnia znak towarowy, który uzyskał w dodatku przymiot znaku renomowanego, niewątpliwie będzie uzasadniał kwalifikację tych kolorów jako podobnych w rozumieniu, o którym mowa w art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.

Analizując podobieństwa pomiędzy stacjami benzynowymi prowadzonymi przez strony, w tym stacją w B., po jej przemalowaniu jesienią 2017 r., należy stwierdzić, że zastosowany przez pozwanego dominujący kolor (określany też jako jasno - zielony, zielono - żółty, oliwkowy, seledynowy, limonkowy; k. 799-802. 818/2-819, 833-840) różni się wizualnie od koloru zielonego wynikającego z zarejestrowanych znaków towarowych (ciemny, butelkowy; k. 5, 187, 190, 875). W piśmie rozszerzającym powództwo skarżący na określenie nowo używanego przez pozwanego koloru posługuje się zamiennie nazwami koloru zielonego i zielono-żółtego.

Różnice te stają się jeszcze bardziej wyraziste, jeśli porówna się używane przez strony logotypy, które są również zarejestrowanymi znakami towarowymi (k. 5/2, 348). W istocie nowy dominujący kolor (barwa, odcień) zastosowany przez pozwanego stanowi mieszaninę zielonego i żółtego (k. 799,833), który w świetle słońca bardziej przypomina kolor żółty (k. 801); w tym miejscu wymaga przypomnienia, że powód nie uzyskał prawa ochronnego ze znaku towarowego na kolor żółty, lecz w kompozycji z kolorem zielonym, w której to kompozycji kolor żółty występuje jako element uzupełniający (k. 5). Oczywiście w zależności o proporcji obu kolorów, kolor powstały z ich połączenia może przybrać barwę bardziej zbliżoną do koloru zielonego, w tym stosowanego przez stronę powodową, bądź bardziej zbliżoną do żółtego, a przez to wyraźnie kontrastującą z kolorem zielonym. Nie można jednak dopatrywać się podobieństwa pomiędzy dominującymi kolorami stron, którymi pokryły takie elementy stacji jak: otok wiaty głównej, słup cenowy i gzyms budynku sklepu, tylko przez wzgląd na to, że nowy kolor, stosowany przez pozwanego, zawiera elementy koloru zielonego i żółtego, podobnie jak, co bardziej oczywiste, nie można twierdzić, że kolor zielony jest podobny do kolorów niebieskiego lub żółtego, z których powstaje kolor zielony. Przede wszystkim bowiem zasadnicze znaczenie ma ocena powstałej z tego połączenia, w tym konkretnym stanie faktycznym, jakości kolorystycznej, która różni się zarówno od koloru zielonego, na który powód uzyskał prawo ochronne ze znaków towarowych, jak i koloru żółtego.

Stosowany przez pozwanego odcień dominującego koloru w kolorystyce stacji, w tym stacji w B., jest więc z pogranicza koloru zielonego i żółtego. W ramach rodziny kolorów zielonych niewątpliwie stanowi bardziej skrajny odcień w stosunku do odcienia strony powodowej do tego stopnia, że nie powoduje trudności w ich rozróżnieniu, tym bardziej, że pozwany nie stosuje już koloru żółtego z zielonym, co do kompozycji których stronie powodowej przysługują uprawnienia ze znaków towarowych (R – [...] i R – [...] k. 5). Oba kolory (zielony i żółty) występują w fantazyjnym znaku towarowym stanowiącym logo powoda (k. 5/2). Brak podobieństwa pomiędzy dominującymi kolorami stron na płaszczyźnie zmysłowej (wzrokowej) potwierdzony zostaje także w sferze umysłowej (intuicyjnej) wynikającej z językowego przedstawienia tych kolorów. Z ustaleń faktycznych

wynika, że nowy kolor jest różnie określany, tj. jako odcień jasnej zieleni, zielono - żółty wpadający w żółty, oliwkowy, seledynowy, podczas gdy kolor stosowany przez powoda jest opisywany jako ciemny zielony, butelkowy (intensywna zieleń). Zatem różnice pomiędzy tymi kolorami dają się bez trudu ująć w formie opisowej. Należy też zauważyć, iż według przedstawienia znaku towarowego R – [...] (k. 5, 875, 1143) pylon cenowy jest cały zielony (ciemny) i jest niepodobny do tego, który znajduje się na stacji pozwanego w B. (k. 803), czy też na innych jego stacjach po ich przemalowaniu (k. 1114,1118).

Niepodobieństwo wizualne pomiędzy tymi kolorami jest szczególnie widoczne, gdy element w kolorze używanym przez pozwanego umieści się na tle koloru strony powodowej i *vice versa* (k. 5 i 799, 800). Jedną z cech kolorów jest możliwość łączenia się z innymi, skutkiem czego jest powstanie nowych i zarazem odmiennych kolorów, od stanowiących ich składniki.

Zawarta w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 września 2017 r., IV CSK 674/17, wypowiedź Sądu Najwyższego, że docelowa grupa klientów stron, odbiera ogólną kolorystykę stacji, nie precyzując detali kompozycji i w efekcie możliwość odróżnienia odcieni kolorów żółtego i zielonego jest niewielka, zwłaszcza, że nie istnieje możliwość bezpośredniego porównywania stacji stron i przeciętny konsument będzie polegał na niedoskonałym obrazie stacji jaki zachował w pamięci, dotyczyła stanu faktycznego tamtej sprawy, bez porównywania poszczególnych odcieni zieleni, w tym z odcieniem zastosowanym przez pozwanego po wydaniu tego wyroku, i wobec tego, z punktu widzenia procesowego, nie mogła wiązać w niniejszej sprawie. Nie stanowiła też wykładni prawa w rozumieniu art. 398^{2o} k.p.c. Zresztą w dalszej części uzasadnienia Sąd Najwyższy stwierdził, że pozwany nie wykazał, by posłużenie się innymi odcieniami koloru zielonego i żółtego w stosunku do używanych przez powódkę pozwoliło na dostateczne odróżnianie stacji paliw stron z perspektywy przeciętnego klienta.

Jak już wzmiankowano wyżej, dla wykluczenia w tej sprawie podobieństwa pomiędzy stosowanymi przez strony dominującymi kolorami w stopniu, który mógłby rodzić ryzyko wprowadzenia w błąd odbiorców, w szczególności w zakresie ryzyka skojarzenia znaku pozwanego ze znakiem powoda (art. 296 ust. 2 pkt 2

pw.p.), względnie w kontekście renomowanego charakteru znaku powoda, mogłoby przynieść pozwanemu nienależną korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru, bądź renomy tego znaku (art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.), istotne znaczenie ma brak jakichkolwiek wspólnych cech pomiędzy stosowanymi na stacjach przez strony logotypami, które są widoczne i różnią się zarówno wyglądem graficznym, jak i kolorystycznym (k. 5/2, 70., 71, 261, 261/2, 348, 1114, 1118), co szczegółowo analizował Sąd drugiej instancji, w kontekście wykluczenia możliwości postrzegania stron jako powiązanych prawnie, gospodarczo, czy organizacyjnie, skoro ich logotypy nie zawierają jakichkolwiek wspólnych cech i to nawet w minimalnym zakresie. Logotypy te są zarejestrowanymi znakami towarowymi, a zatem mają one znaczenie przy ocenie podobieństwa stacji paliw stron, podobnie jak też stosowany na stacjach przez stronę powodową inny znak towarowy - „„B.” u.”. Stanowią one dodatkowy i istotny czynnik, który w świadomości przeciętnych klientów stacji paliw obu stron będzie wykluczał skojarzenie stacji pozwanego ze stacjami powoda (art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p.) i zarazem potwierdzał brak ich powiązań (art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p.). Zmiana przez pozwanego kolorystyki stacji paliw w zakresie dominującego koloru, który różni się od koloru dominującego powoda powoduje, że ocena braku podobieństwa stacji paliw obu stron, w kontekście zupełnie odmiennych logotypów obu stron, nabiera innego znaczenia, aniżeli w stanie faktycznym tamtej sprawy, w której pozwany używał koloru zielonego jako dominującego takiego jak powód w kompozycji z kolorem żółtym. Oceniając zatem podobieństwo stacji paliw stron z uwzględnieniem komponentów wynikających ze znaków towarowych powoda obejmujących dominujący kolor oraz logotypy stron zasadnym okazało się wykluczenie podobieństwa zarówno na gruncie art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p., jak i art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p. Podobieństwa w kolorystyce tła znaku słowno - graficznego „„B.” u.” (k. 821) z dominującym kolorem stosowanym przez pozwanego (k. 799) również nie mogą stanowić podstawy do uwzględnienia roszczeń powoda, gdyż ten znak towarowy dotyczy oznaczenia sprzedawanych przez powoda produktów i świadczonych przez niego usług (k. 877), a nie wyglądu stacji paliw i stosowanej kolorystyki jej elementów architektonicznych (k. 5).

Wprawdzie pozwany nadal używa w kolorystyce prowadzonych stacji, w tym stacji w B. przy ul. (...), koloru zielonego, takiego jak strona powodowa, ale dotyczy

to jedynie cokołów sklepu i dystrybutorów paliw, ale jak już zostało to wyjaśnione w tamtej sprawie w wyrokach Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2010 r. i z dnia 27 września 2017 r., w świetle art. 296 ust. 1 i 2 p.w.p., nie jest uzasadnione całkowite zakazanie stosowania danego koloru, a ponadto pokryta tym kolorem powierzchnia wskazanych elementów stacji paliw pozwanego zajmuje zdecydowanie mniej niż 40%. Poza tym, dystrybutory paliw stron mają inną wielkość, inne kształty (k. 70,71, 799,800, 834, 913-917), zwłaszcza jeśli uwzględni się te ze znaku towarowego R – [...] (k. 5, 128/2, 875).

Sąd drugiej instancji dla oceny podobieństwa stosownych przez strony kolorów, w kontekście dalszych przesłanek statuowanych przepisem art. 296 ust. 2 i 3 p.w.p., zastosował wypracowany już w orzecznictwie unijnym i krajowym model przeciętnego konsumenta; w tym wypadku konsumentem takim jest kierowca, jako osoba dobrze (właściwie) poinformowana, wystarczająco uważna i racjonalna, przy czym poziom uwagi przeciętnego konsumenta może się różnić w zależności od rodzaju towarów i usług, w tym sensie, że w przypadku dóbr powszechnych i często nabywanych poziom ten jest niższy aniżeli w odniesieniu do dóbr bardziej wyspecjalizowanych i o dużej wartości oraz nabywanych sporadycznie. Z tej perspektywy poznawczej przeciętny kierowca korzystający ze stacji jawi się jako osoba, która rozróżnia dystrybutorów paliw, przynajmniej tych bardziej renomowanych i przywiązuje wagę do korzystania ze stacji benzynowych prowadzonych przez określone podmioty, a także rozpoznaje te podmioty po zasadniczych i charakterystycznych elementach ich stacji oraz oznaczeniach indywidualizujących. Należy zaznaczyć też, że chodzi o konsumenta, który chce skorzystać z usług konkretnej stacji, a nie o kierowcę, któremu jest obojętne z jakiej stacji korzysta albo na danej stacji zatrzymuje się w celu skorzystania z określonych usług i towarów, niezależnie od podmiotu prowadzącego tą stację. Ponadto z kręgu przeciętnego konsumenta trzeba wykluczyć kierowcę, który przemieszcza się z dużą prędkością w pobliżu danej stacji, bez zamiaru skorzystania z jej usług. Zresztą w przypadku stacji benzynowej w B. przy ul. (...), ze względu na jej położenie przy drodze krajowej i w terenie miejskim (zabudowanym), nie może być ona mijana przez kierowców z dużą prędkością.

Ocena wzorca przeciętnego konsumenta odbywa się w określonym stanie faktycznym. Skarżący nie podnosi zarzutów naruszenia prawa procesowego. W związku z czym, wykreowany przez Sąd odwoławczy model przeciętnego konsumenta - kierowcy, w oparciu o okoliczności faktyczne przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia, stanowi wyznacznik dla oceny, czy taki konsument może pomylić stację benzynową pozwanego ze stacjami benzynowymi powoda.

Jeżeli chodzi o roszczenie zakazowe odnoszące się do nocnego oświetlenia stacji, to należy je ocenić biorąc pod uwagę przede wszystkim to, jak faktycznie stacje obu stron wyglądają w nocy, gdyż przedstawienia graficzne do znaków towarowych powoda nie obejmują nocnego wyglądu jego stacji. Pozwany nie stosuje oświetlenia w kolorze zielonym, lecz bezbarwnym, co powoduje, że jasny odcień zieleni staje się jeszcze bardziej kontrastujący z ciemnym odcieniem zieleni stosowanym przez powoda (k. 71, 841 - 844, 913 - 914, 923 - 924). Nadto, Sąd odwoławczy trafnie odnotował, że w poprzedniej sprawie pomimo żądania powoda zakazania stosowania podświetlenia zielonego, nie zostało w takiej postaci uwzględnione, lecz w zakresie odpowiedniej kompozycji oświetlenia światłem zielonym i żółtym. W przypadku podświetlenia kolorem bezbarwnym elementów stacji pomalowanych przez pozwanego nowym dominującym kolorem, również nie zostało wykazane, że tego rodzaju podświetlenie zmienia wizualnie stację, czyniąc ją podobną w nocy do podświetlonej stacji powoda w stopniu, który może skutkować identyfikowaniem stacji pozwanego ze stacjami powoda. Wreszcie wygląd i sposób podświetlenia logotypów stosowanych przez strony wyklucza możliwość uznania stacji obu stron nie tylko jako tożsamy, ale także wskazujących na ich powiązania gospodarcze, organizacyjne, czy prawne (71, 824, 842, 843).

Ustalony stan faktyczny, który jest wiążący w postępowaniu kasacyjnym, nie dawał też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 296 ust. 1 p.w.p. w zw. z art. 285 p.w.p. Nie zostało bowiem wykazane przez powoda zagrożenie ponownego przemalowania przez pozwanego stacji benzynowych, w tym w B. przy ul. (...), na wcześniejszy dominujący kolor zielony, co do którego zapadł już prawomocny wyrok i to w jego następstwie pozwany dokonał zmiany kolorystyki prowadzonych stacji.

2. Przechodząc do oceny roszczeń powoda na podstawie przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należy wskazać, że tego rodzaju ochrona nie jest determinowana wyłącznie przez pryzmat uprawnień wynikających z zarejestrowanego znaku towarowego, lecz w równym stopniu także przez inne aspekty stanu faktycznego. Dlatego oprócz oceny stosowania przez strony jako dominującej kolorystyki w wyglądzie prowadzonych stacji oraz logotypów koniecznym stało się, na co trafnie zwróciły uwagę Sądy obu instancji, także wzięcie pod uwagę kolorystyki nie objętej ochroną ze znaków towarowych (tzw. kolory uzupełniające, zwłaszcza te, które nie były objęte żądaniem pozwu w sprawie VIII GC (...)), w tym również układ kolorystyczny stacji oraz wygląd architektoniczny ich poszczególnych elementów.

Z uwagi na to, że strona powodowa stosuje w kolorystyce stacji jako dominującego koloru zielonego w nieco innych odcieniach (70, 467-469, 915-916, 918) niż te, które wynikają z przedstawienia graficznego do znaków towarowych (k. 5) należało i ten element faktualny uwzględnić.

Skarżący łączy w podstawach kasacyjnych przepisy art. 3 ust. 1 u.z.n.k. z art. 5 i art. 10 ust. 1 u.z.n.k. (zarzut nr III), bez wykazania, że tego rodzaju prawny związek występuje. Należy zaznaczyć, że art. 3 ust. 1 jest przepisem ogólnym w stosunku do art. 5 i art. 10 u.z.n.k. w tym sensie, że art. 3 ust. 1 uzupełnia katalog czynów niedozwolonych wymienionych w części szczegółowej (art. 5 i n. u.z.n.k.); w razie gdy przy wykonywaniu działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nieujętego przepisami szczególnymi, a jednocześnie zakłócającego uczciwe stosunki rynkowe, wówczas podstawą oceny jest samodzielnie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. W zarzutach kasacyjnych nie wskazuje się, że oparcie ich na przepisie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest konsekwencją zastosowania jego funkcji korygującej, wszak wówczas nie byłoby zasadne odwoływanie się do art. 5 i art. 10 ust. 1 u.z.n.k., skoro dane zachowanie konkurenta, formalnie podpadające pod dyspozycję tych przepisów, z uwagi na jego małą negatywną intensywność i minimalny zakres ujemnych dla przedsiębiorcy skutków, nie pozwalałoby na kwalifikację tego rodzaju zachowania sprawcy na podstawie tych szczególnych przepisów. Powód w podstawach kasacyjnych powołuje zbiorczo przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (podobnie jak i przepisy ustawy - Prawo własności

przemysłowej) bez konkretnego ich przyporządkowania do poszczególnych kwalifikowanych przez nią jako inkryminowanych czynów nieuczciwej konkurencji pozwanego. Pod tym względem, jedynie zarzut nr VI, jako oparty wyłącznie na art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie jest dotknięty tym mankamentem. Nie jest też zrozumiałe łączne powoływanie przepisów art. 5 i art. 10 ust. 1 u.z.n.k. (zarzut nr IV), w sytuacji gdy normują one odrębnie stypizowane czyny nieuczciwej konkurencji. W związku z czym, należało dokonać oceny tych zarzutów z osobnym uwzględnieniem poszczególnych przepisów tej ustawy, przy czym z braku zarzutów skierowanych przeciwko podstawie faktycznej rozstrzygnięcia, miarodajny jest stan faktyczny przyjęty za podstawę rozstrzygnięcia przez Sąd drugiej instancji.

Bezzasadne okazały się zarzuty kasacyjne oparte na naruszeniu art. 5 u.z.n.k. Treść tych zarzutów wskazuje, że są one wynikiem braku rozróżnienia przez skarżącego pomiędzy funkcją oznaczenia indywidualizującego danego przedsiębiorcę, chronionego tym przepisem, a funkcją znaku towarowego, używanego dla zindywidualizowania określonych towarów pochodzących od danego przedsiębiorcy. Jak bowiem stanowi ten przepis, czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie przedsiębiorstwa, które może wprowadzać klientów w błąd co do jego tożsamości, przez używanie firmy, nazwy, godła, skrótu literowego lub innego charakterystycznego symbolu wcześniej używanego, zgodnie z prawem, do oznaczenia innego przedsiębiorstwa.

Oznaczenie przedsiębiorstwa zalicza się do kategorii nazw handlowych. Chodzi tutaj o firmę wyróżniającą przedsiębiorcę w obrocie gospodarczym oraz o oznaczenie przedsiębiorstwa, które służy wyróżnianiu przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym. Z ustaleń faktycznych wynika, że pozwany na oznaczenie swojego przedsiębiorstwa stosuje logotyp diametralnie różniący od tego, którym posługuje się strona powodowa. Logotypy te znajdują się na wyeksponowanym pylonie cenowym oraz na otokach dachu. Okoliczność, że - jak twierdzi strona powodowa - pozwany stosuje jako dominujący zakamuflowany kolor zielony, z którym konsumenci identyfikują przedsiębiorstwo powoda, mógłby - przy założeniu istnienia podobieństwa dominujących kolorów stosownych przez strony - ewentualnie uzasadniać powiązania kooperacyjne stron, ale takiej sytuacji faktycznej nie obejmuje zakres normatywny art. 5 u.z.n.k.

Stosownie do art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Pojęcie dobrych obyczajów jest nieostre i sprecyzowanie treści naruszonego obyczaju należy do sądu orzekającego w konkretnej sprawie. Przesłanka sprzeczności z dobrymi obyczajami przewidziana w art. 3 ust. 1 służy prawidłowości rozstrzygnięć przez odwołanie się do znanych społecznych wartości. Służy ono do kwalifikowania działań podmiotów występujących w obrocie w kategoriach słuszności, ale podstawa wartościowania czynu nieuczciwej konkurencji z powołaniem się na te klauzule powinna być obiektywną oceną określonego działania naruszającego interes innego przedsiębiorcy w danym stanie faktycznym. Decydujące znacznie dla takiej oceny ma przyjęty przez danego przedsiębiorcę mechanizm rywalizacji na rynku (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 stycznia 2007 r., V CSK 311/06, BSN 2007, nr 5). Dobrym obyczajem kupieckim jest nie tylko niepodszycanie się pod firmę i renomę konkurującego przedsiębiorcy, ale także niewykorzystywanie cudzych osiągnięć. Taki obyczaj wywodzi się z powszechnie zakorzenionej normy moralnej, zgodnie z którą nikt nie powinien czerpać nieuzasadnionych korzyści z cudzej pracy (zob. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 2 stycznia 2007 r., V CSK 311/06 oraz z dnia 23 października 2008 r., V CSK 109/08). Sprzecznym z dobrymi obyczajami jest też wprowadzanie do obrotu gospodarczego wyrobu rodzajowo tożsamego z istniejącym na rynku, jeżeli przyciągnięcie uwagi klientów nastąpiło w wyniku podobieństwa wywołującego pozytywne skojarzenia z utrwalonym w świadomości klientów wizerunkiem wyrobu wcześniej wprowadzonego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07, OSNC 2009, nr 6, poz. 88).

Zarzut nr VI naruszenia art. 3 ust. 1 u.z.n.k. skarżący łączył z dokonaniem błędnej jego wykładni przejawiającą się w uznaniu przez Sąd, że dla naruszenia dobrych obyczajów w rozumieniu tego przepisu niezbędne jest wprowadzenie w błąd oraz w nieuwzględnieniu, że naruszeniem dobrych obyczajów w rozumieniu tego przepisu jest działanie pozwanego polegające na podjęciu działań mających wywołać wrażenie zastosowania się do wydanego przeciwko niemu prawomocnego orzeczenia sądowego, które jednak w istocie nie zmierzają do spełnienia celu

orzeczonego zakazu. Ponadto w zarzucie nr III, w którym obok art. 3 ust. 1 u.z.n.k. powołał także art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 p.w.p. oraz art. 10 ust. 1 i art. 5 u.z.n.k., zarzucił ich niewłaściwe zastosowanie i dokonanie oceny podobieństwa oznaczeń stron bez ustalenia właściwego dla niniejszej sprawy modelu przeciętnego konsumenta - kierowcy korzystającego ze stacji paliw, a zamiast tego przyjęcie wyłącznie percepcji Sądu orzekającego w sprawie.

Konstrukcja i treść zarzutu nr III, po wyłączeniu z niego przepisów ustawy - Prawo własności przemysłowej, w kontekście także jego uzasadnienia, jest adekwatna do uregulowania zawartego w art. 10 ust. 1 u.z.n.k., a nie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Dlatego oceny tego zarzutu należało dokonać w ramach art. 10 u.z.n.k.

Natomiast zarzut nr VI, jakkolwiek został oparty wyłącznie na art. 3 ust. 1 u.z.n.k., to uwzględniając jego funkcję uzupełniającą i korygującą, w stanie faktycznym sprawy nie zasługiwał na uwzględnienie. Dominujący kolor z pogranicza zielonego i żółtego stosowany przez pozwanego w kolorystyce prowadzonych stacji, w tym stacji w B., od jesieni 2017 r., nie jest podobny do stosowanego faktycznie przez powoda. Jakkolwiek powód stosuje nieco inne odcienie zieleni (k. 70, 467, 468, 469, 471, 474, 475) w stosunku do tych wynikających z graficznego załącznika do znaków towarowych (k. 5), ale są to tak samo odcienie ciemne, o intensywnej zieleni, bardzo zbliżone do tych ze znaków towarowych, a zatem z tej perspektywy ocena braku podobieństwa stacji paliw stron jest taka, jak w przypadku porównania wyglądu stacji powoda według danych ze znaków towarowych ze stacjami pozwanego po ich przemalowaniu. Pozwany nie stosuje już koloru żółtego jako uzupełniającego, co nie pozostaje bez znaczenia, z uwagi na okoliczność, iż w odniesieniu do części swoich stacji powód w otoku dachu nad dystrybutorami i gzymsu sklepu wykorzystuje kolor żółty w większym zakresie, niż to wynika ze znaków towarowych (k. 5), a także kolor biały (k. 70, 470, 471, 915, 917). Pozwany w otoku dachu nad stanowiskami do tankowania paliwa i w gzymsie sklepu nie stosuje kompozycji kolorystycznej (k. 799, 818/2, 819, 834).

Poza tym, oceny wyglądu stacji pozwanego po ich przemalowaniu należy dokonać także z uwzględnieniem innych istotnych elementów, co zostało pominięte w tym zarzucie, takich jak, po pierwsze, odmienne logotypy, które są dobrze

widoczne w dzień i w nocy, zwłaszcza na znajdujących się przy wjeździe na stacje pylonach cenowych (k. 70-71, 466, 467, 913, 1014 - 1018, 1020), a po drugie, niepodobny wygląd i kształt oraz usytuowanie dystrybutorów, o czym była już mowa przy ocenie roszczeń powoda na podstawie ustawy - Prawo własności przemysłowej.

Do zastosowania art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konieczne jest wykazanie nie tylko, że działania pozwanego były sprzeczne z dobrymi obyczajami, ale także, iż przynajmniej zagroziło interesowi powoda. Odnośnie do tej przesłanki skarżący ograniczył się jedynie do ogólnego stwierdzenia, że uporczywe działania pozwanego, polegające na stosowaniu oznaczeń nadal nawiązujących do powoda, w sposób bezpośredni godzą w jego interes, który identyfikuje z dążeniem do umocnienia odróżnialności oznaczeń jego stacji. Otóż, wbrew stanowisku powoda, przemalowanie spowodowało znaczącą i widoczną różnicę w stosunku do stanu poprzedniego. Zmieniona została istotnie szata kolorystyczna pylonu oraz otoku dachu nad stanowiskami do tankowania paliwa i gzymsu budynku sklepu (k. 177 - 179, 294 - 295, 799 - 803, 833 - 840). Ubocznie tylko należy zwrócić uwagę, że choć poprzedni wygląd kolorystyczny stacji pozwanego jest zdecydowanie inny od tego po przemalowaniu, to ocena podobieństwa ze stacjami powoda była w sprawie VIII GC [...] /11 do tego stopnia skomplikowana, że łącznie zostało wydanych w ciągu kilkunastu lat aż jedenaście wyroków przez Sąd Okręgowy, Sąd Apelacyjny i Sąd Najwyższy.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. takie oznaczenie towarów, które może wprowadzić w błąd co do ich pochodzenia. Chodzi tutaj o wszelkie oznaczenia indywidualizujące towar, w tym znak towarowy lub nazwę przedsiębiorstwa (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 1929 r., Rw 2277/28, OSP 1929, nr 8, poz. 461). Przez oznaczenie towarów należy rozumieć także tworzenie wrażenia w świadomości odbiorców, iż określony towar pochodzi od innego producenta, gdy odbiorcy tych towarów mogą być przez to utwierdzani w przekonaniu, że dane towary pochodzą od tego samego przedsiębiorstwa lub od przedsiębiorstwa powiązanego ekonomicznie z innym bardziej renomowanym przedsiębiorstwem (zob. wyroki TSUE z dnia 11 września 2007 r., C -17/06, Céline Sarl przeciwko Céline S.A., z dnia 10 kwietnia 2008 r., C - 102/07, Adidas przeciwko Marca Mode). Często bowiem z pochodzeniem

towarów od określonego przedsiębiorstwa wiąże się jakość towaru, na którą klienci zwracają uwagę i która przyciąga klientów zainteresowanych nabyciem tego rodzaju towaru.

Ryzyko wprowadzenia klientów w błąd nie jest wyłączone nawet w sytuacji, w której przedsiębiorstwa nie działają na tym samym obszarze i w tej samej lub podobnej sferze produkcji, usług i handlu (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 marca 2004 r., IV CSK 157/03). Tzw. konfuzja, czyli ryzyko wprowadzenia w błąd klientów co do pochodzenia towarów powstaje nie tylko, 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. 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 (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 2016 r., I CSK 777/15, nie publ.). Chodzi przy tym o takie działania sprawcy czynu nieuczciwej konkurencji, które mają obiektywną zdolność wywołania pomyłek (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 18 października 1935 r., I C 122/35, OSP 1936, nr 5-6, poz. 267). W świetle art. 10 u.z.n.k. wystarczające jest wykazanie istnienia niebezpieczeństwa tzw. konfuzji.

Biorąc pod uwagę istotne różnice pomiędzy dominującymi kolorami stosowanymi przez strony, po przemalowaniu przez pozwanego swoich stacji na jesieni 2017 r. oraz jeszcze większe różnice w zakresie oznaczenia przedsiębiorstw stron (logotypy), a także brak stosowania przez pozwanego w kompozycji kolorystycznej stacji koloru żółtego, odmienne kształty słupów podtrzymujących dach i ich kolorystykę, w tym umieszczenie na nich (wyłącznie na stacjach powoda widocznych banerów „b.”), jak również różne rozmieszczenie dystrybutorów, różny ich kształt, wielkość oraz szata graficzno - kolorystyczna, należy podzielić stanowisko Sądu drugiej instancji, iż zachowania pozwanego polegającego na przemalowaniu prowadzonych stacji paliw, w tym stacji w B., na dominujący kolor o słabym odcieniu zieleni, z pogranicza koloru żółtego nie można uznać za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 3 u.z.n.k. W konsekwencji od czasu

przemalowania stacji pozwanego ich wygląd w porównaniu ze stacjami powoda, w kontekście wszystkich wyżej opisanych różnic, nie pozwala na podzielnie stanowiska powoda, co do możliwości wystąpienia ryzyka konfuzji wśród klientów (konsumentów) stacji paliw (art. 10 ust. 1 u.z.n.k.). Dotyczy to wykluczenia możliwości utożsamiania stacji paliw prowadzonych przez pozwanego ze stacjami powoda, względnie wykluczenia możliwości upatrywania istnienia powiązań gospodarczych pozwanego z powodem, z perspektywy przeciętnego konsumenta, którym tak, jak i na gruncie ustawy - Prawo własności przemysłowej, jest osoba dostatecznie poinformowana, uważna i racjonalna. Ilość występujących w wyglądzie stacji obu stron różnic oraz ich zakres jest na tyle rozległy i wyeksponowany, że przeciętny konsument nie będzie już miał trudności w odróżnianiu stacji stron. Dodatkowym argumentem, aczkolwiek niesamodzielnym, który w powiązaniu z wypunktowanymi wyżej istotnymi różnicami odgrywa istotną rolę w ocenie możliwości wystąpienia ryzyka konfuzji, jest też całościowa, wizualna ocena stacji stron, w wyniku której nie sposób nie zauważyć, że stacje powoda są znacząco bardziej dopracowane pod względem architektonicznym i w zakresie estetycznego wykończenia. Dotyczy to także wyglądu urządzeń dystrybucyjnych (k. 799, 913 i n.) i znajdujących się przy wjeździe na stacje pylonów cenowych (k. 70 - pierwsze zdjęcie od góry, 261, 475, 803, 1018, 1020).

Różnice stacji stron wykluczające możliwość wystąpienia ryzyka konfuzji są dostatecznie widoczne z perspektywy przeciętnego konsumenta także w porze nocnej (k. 71, 824, 841 - 844, 913 - 914, 923 - 924, 1021, 1024). Charakterystycznym elementem oświetlenia stacji powoda, jest wyróżniający się wąski pas świetlny przebiegający przez środkową część otoku dachu oraz tego rodzaju pas w części gzymsowej budynku. Ten element nie występuje już w oświetleniu stacji pozwanego; był natomiast przez niego stosowany przed przemalowaniem (k. 286, 295). Różne logotypy stron, które są również podświetlane i rozmieszczone na pylonach cenowych (k. 71, 1016 -1018) oraz na otoku dachu, stanowią istotne komponenty różniące stacje stron (k. 1017, 1030, 1035).

Z tych przyczyn, w tej części podstaw kasacyjnych, które były identyfikowane z roszczeniami zawartymi w rozszerzonym powództwie, Sąd Najwyższy orzekł na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c.

jw