

Sygn. akt I ACa 925/09

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 listopada 2009 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku - Wydział I Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Maryla Domel-Jasińska (spr.)

Sędziowie: SA Barbara Lewandowska

SA Katarzyna Przybylska

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Cieślicka

po rozpoznaniu w dniu 12 listopada 2009 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa B. A. z siedzibą w H. (Republika Federalna Niemiec) i (...) sp. z o.o. z siedzibą w P.

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w S.

o zaniechanie czynów nieuczciwej konkurencji

na skutek apelacji powodów

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 2 czerwca 2009 r. sygn. akt IX GC 11/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od powodów na rzecz pozwanego kwotę 630 (sześćset trzydzieści) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy

UZASADNIENIE

Powodowie - B. A. w H. (Spółka Akcyjna prawa niemieckiego) i (...) sp. z o.o. w P. domagali się nakazania pozwanemu W. S. -właścicielowi Przedsiębiorstwa (...) Przedsiębiorstwa (...) w S., a po przekształceniu własnościowym strony pozwanej - (...) Spółce Akcyjnej w S.:

- zaniechania wprowadzania do obrotu oraz reklamy kosmetyków dla mężczyzn FOR MEN, w opakowaniach w kolorze granatowym i jego odcieniach, z napisami z boku (...) i (...), z napisami graficznymi srebrno-szarymi, opatrzonych podłużnym czerwonym paskiem z napisem (...) lub (...) w kolorze białym, umieszczonym w górnej części opakowania,
- zaniechania wprowadzania do obrotu oraz reklamy kosmetyków dla mężczyzn FOR MEN w opakowaniach w kolorze granatowym i jego odcieniach, z napisem z boku (...) i (...), z napisami graficznymi o kolorze srebrno-szarym,
- usunięcia skutków naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez wycofanie z obrotu i zniszczenie wszystkich opakowań kosmetyków dla mężczyzn zawierających nazwę (...) w kolorze granatowym i jego odcieniach, z

napisami graficznymi srebrno-szarymi oraz opakowań wyżej opisanych z czerwonym paskiem z napisem (...) lub (...), umieszczonym w górnej części opakowania, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się wyroku,

- usunięcia skutków naruszenia zasad uczciwej konkurencji przez zamieszczenie w dzienniku „Rzeczpospolita”, w dodatku (...) na stronie 2 lub 3 oświadczenia w formacie 1/4 strony, o treści: „W. P. Zagraniczny (...) Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w S. przeprasza firmę (...) sp. z o.o. za wprowadzenie do obrotu kosmetyków męskich (...) i (...) w kolorze granatowym i jego odcieniach, z elementami srebrno-szarymi.

Wskazany sposób oznaczania produktów stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Z powodu dopuszczenia się wskazanego naruszenia W. P. Zagraniczny O. Przedsiębiorstwo (...) z siedzibą w S. wyraża ubolewanie i zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości”, w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, a w przypadku nieopublikowania wskazanego wyżej oświadczenia w terminie, o upoważnienie strony powodowej do opublikowania go na koszt pozwanego.

Powodowie wywodzili swoje roszczenia z art. 10 ust. 2 i art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. nr 47, poz. 211 ze zm.) wskazując, że B. A. w H. jest międzynarodowym koncernem kosmetycznym, o bardzo znacznym udziale w rynku kosmetycznym, którego produkty o (...)r. oferowane są w opakowaniach w kolorze granatowym i jego odcieniach. Od 1998r. serie kosmetyków dla mężczyzn (...), oznaczone dodatkowo „N. (...)”, oferowane są na rynku polskim w charakterystycznych opakowaniach, t.j. granatowych błyszczących butelkach - pojemnikach, z napisami w kolorze srebrno-szarym, opatrzonych nazwą „N. (...)”, a w przypadku balsamów po goleniu - w prostokątnych granatowych opakowaniach z napisami w kolorze srebrno-szarym. W innych wersjach opakowań występują także inne odcienie koloru granatowego oraz kolor biały, np. dla produktów tzw. sensitive. Aktualny wygląd opakowań na potrzeby rynku polskiego realizowane przez (...) spółki z o.o. w P., która jest jedną ze 130 spółek zależnych od B. A., został wykreowany w 2005r. i przemyślany z punktu widzenia spójnej koncepcji linii kosmetyków strony powodowej. Dzięki kilkuletniemu istnieniu na rynku i walorom jakościowym kosmetyki te są powszechnie rozpoznawalne i utrwaliły się w świadomości potencjalnych klientów. Są one ponadto intensywnie promowane i reklamowane, zaś ich udział w rynku kosmetyków męskich z roku na rok wzrasta.

Pozwany od niedawna rozpoczął wprowadzanie do obrotu produktów w opakowaniach zbliżonych wyglądem do opakowań powodów. Przede wszystkim, w ocenie powodów, pozwany przejął wszystkie charakterystyczne elementy tych opakowań, tj. granatową kolorystykę, srebrno-szare elementy grafiki, stosowane napisy (...) i (...), czerwony podłużny pasek z napisem (...) lub (...), a dla aktualnie wprowadzanych na rynek produktów pozwany w całości przejął szatę graficzną opracowaną i wypromowaną przez N. Polska.

Produkty stron, ze względu na ich rodzaj i zbliżoną cenę, są umieszczane na półkach sklepowych w pobliżu siebie. Podobnie rzecz się ma w gazetkach promocyjnych.

Powodowie wskazali, że ponieśli na reklamę kosmetyków męskich w latach 2004-2007 kwotę 94.118.726 zł, zaś strona powodowa wydała na ten cel kwotę znacznie niższą, tj. 520.800 zł.

Wywodzili, że klienci są wprowadzani przez pozwanego w błąd, ze względu na zastosowaną analogiczną grafikę opakowania, jak i cenę produktów pozwanego, w stosunku do produktów oferowanych przez powodów.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powodów na swoją rzecz zwrotu kosztów procesu. Zdaniem pozwanego kolor granatowy i niebieski w różnych odcieniach stanowią najpopularniejsze tło kolorystyczne opakowań kosmetyków przeznaczonych dla mężczyzn. Kolory te nie stanowią elementu wyróżniającego i nie można ich utożsamiać z renomą marki N..

Produkty produkowane przez pozwanego, oznaczone marką (...) w opakowaniach koloru granatowego, są dostępne na polskim rynku od lat 90-tych XX wieku. Pozwany prowadzi działalność w zakresie wytwarzania kosmetyków od 1983 r. i od tego czasu przez kolejne lata uzyskał pozycję jednego z wiodących producentów kosmetyków. Stosowany

przez niego znak (...) jest powszechnie reprezentowany i kojarzony przez konsumentów z wysoką jakością produktów, przeznaczonych w pierwszej kolejności dla osób o skórze wrażliwej i skłonnej do alergii.

Oznaczenie (...) wyróżnia produkty pozwanej od wyrobów innych producentów w sposób tak znaczący, iż nie zachodzi możliwość ich pomylenia przez konsumentów. Nadto pozwany wskazał, że w obecnych czasach konsumenci, niezależnie od płci, wyjątkowo uważnie dokonują wyboru towarów z oferty handlowej, zaś różnice w opakowaniach produktów stron są na tyle znaczące, że wykluczają przypadkowość wyboru a w konsekwencji pomyłkę. Przede wszystkim zarówno produkty powodów jak i pozwanej mają na opakowaniach wyeksponowane charakterystyczne logo (...) i (...), które jest powszechnie znane i rozróżniane. Elementem wspólnym dla kolejnych serii kosmetyków męskich (...) jest ekspozycja znaku towarowego (...) w górnej części opakowania, co wyklucza pomyłkę co do pochodzenia produktu. Nadto istnieją również różnice dotyczące kolorystyki, zwłaszcza w odniesieniu do obecnie sprzedawanych produktów (...), których opakowanie bazuje na kolorze niebieskim, a nie granatowym. Także układ elementów graficznych, pasków, napisów (...) i rodzaju używanej przez strony czcionki jest inny. Z kolei oznaczenia (...) i (...) mają charakter wyłącznie informacyjny.

W konsekwencji pozwany twierdził, że nie dopuścił się naruszenia art. 3 i art. 10 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy w Gdańsku wyrokiem z dnia 2 czerwca 2009r. oddalił powództwo i obciążył powodów kosztami procesu.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd ten oparł na następujących ustaleniach faktycznych i rozważaniach prawnych.

Od 1926r. powód - B. A. produkuje i oferuje do sprzedaży na świecie kosmetyki męskie N. C.. Na terenie Polski powód opiera swoją działalność na spółce zależnej (...) sp. z o.o. w P.. Od 1998 r. kosmetyki męskie serii (...) oznaczone są w Polsce dodatkowo jako „N.(...)”.

Produkty te są oferowane na rynku w opakowaniach koloru granatowego, z napisami srebrno-szarymi i z oznaczeniem „N. for MEN”. Stosowane są również inne odcienie koloru granatowego oraz kolor biały dla opakowań zawierających produkty tzw. sensitive, tj. do skóry wrażliwej. Szata graficzna opakowań produktów wprowadzonych do obrotu przez powodów uległa na przestrzeni lat zmianom, jednakże utrzymywana była jednolita linia graficzna i odcienie koloru granatowego.

Aktualny wygląd opakowań kosmetyków męskich strony powodowej, wprowadzonych na rynek przez (...) sp. z o.o., tj. bazujący na kolorze granatowym z czerwonym paskiem z napisem (...), został stworzony w 2005r. Poszczególne rodzaje kosmetyków sprzedawane są w opakowaniach w kolorach granatowym, białym, niebieskim, zielonym oraz kombinacji koloru srebrnego i granatowego.

Opakowania kosmetyków powodów, niezależnie od koloru tła, oznaczone są znakiem towarowym słowno-graficznym „N.(...)”, składającym się z napisem z kolorze białym (...) i srebrnym (...), umieszczonym w prostokącie koloru granatowego, z górnym i dolnym obramowaniem koloru srebrnego. Słowo (...) napisane jest wielkimi literami, srebrną czcionką i umieszczone w górnej części granatowego tła. Znak towarowy uwidoczniony jest na znacznej powierzchni przedniej ścianki opakowań kosmetyków. Niektóre opakowania balsamu po goleniu „N. for MEN” oznaczone są ponadto białym napisem na czerwonym tle o treści (...) lub (...). Znak towarowy umieszczony jest na opakowaniu w miejscu stałym, niezależnie od koloru tła.

Kosmetyki powodów przeznaczone są dla mężczyzn w wieku od 18 do 40 lat, średnio zarabiających i mają znaczny udział w polskim rynku. Ponadto są na tym rynku intensywnie promowane i reklamowane.

Wartość sprzedaży kosmetyków „N. for Men” w Polsce w 2009r. wyniosła 97.771, 000 zł, tj. 6.323.000 sztuk, osiągając udział w rynku na poziomie ok. 26%.

Pozwany W. S., a obecnie (...) SA w S. prowadzi produkcję kosmetyków oznaczonych znakiem towarowym (...) od 1983 r., przy czym kosmetyków męskich (...) od 1998 r. W 2008 r. wartość sprzedaży kosmetyków męskich (...) wyniosła 6.590.000 zł (367.000 sztuk).

Opakowania męskich kosmetyków (...) mają tło koloru niebieskiego i w górnej części opakowania, na przedniej jego ścianie, zawierają znak (...), w którym każda z białych liter (...) umieszczona jest na srebrnym lub białym prostokącie, a lewy prostokąt umieszczony jest wyżej niż prawy. Niektóre kosmetyki są dodatkowo oznaczone znakiem (...), pisanym kursywą, koloru białego lub srebrnego, usytuowanym z lewej strony znaku (...), pionowo.

W. S. posiada prawa ochronne wynikające z zarejestrowania w Urzędzie Patentowym Rzeczypospolitej Polskiej znaków towarowych (...), tj. prawo ochronne nr (...), nr (...) i nr (...), przy czym to ostatnie prawo dotyczy oznaczenia znakiem (...) kosmetyków i preparatów farmaceutycznych.

Z ustaleń Sądu I instancji wynikało, że w sklepach samoobsługowych produkty kosmetyczne ustawiane są na półkach w ten sposób, że wyeksponowane są na ich opakowaniach - logo producenta i nazwa (k. 650-665).

Pismami z dnia 28 stycznia 2008r. i 20 marca 2008r. pełnomocnik (...) spółki z o.o. w P. wezwał W. S. do dobrowolnego zaniechania w terminie 7 dni wprowadzenia do obrotu i reklamy kosmetyków do golenia (...) ze znakiem (...), w opakowaniach granatowych z napisem z boku (...), elementami graficznymi srebrno-szarymi oraz podłużnym czerwonym paskiem z napisem (...), a także analogicznych produktów w opakowaniach, których tło stanowi kolor biały.

Pozwany udzielił odpowiedzi na powyższe wezwania pismem z dnia 3 kwietnia 2008r., w którym zaprzeczył aby dopuścić się wobec powodów czynów nieuczciwej konkurencji. W szczególności pozwany wskazał, że granatową kolorystykę opakowań kosmetyków dla mężczyzn stosuje on od początku ich wprowadzenia na rynek, tj. od lat 90-tych XX w.

Ze względów marketingowych stosowane odcienie koloru granatowego jak i dodatkowe elementy, uległy zmianom. Ostatnie odnowienie opakowań miało miejsce w 2007 r. Pozwany zwrócił również uwagę na to, że stałym elementem serii jego kosmetyków jest znak towarowy (...), używany od blisko dwudziestu lat, który zdobył pozycję znaku renomowanego. Zaprzeczył aby korzystał z renomy znaku (...).

W dniu 17 grudnia 2008r. przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55¹ kc, będące własnością W. S., działające pod firmą (...)

F.-Kosmetyczne w S., zostało wniesione w jego wkład niepieniężny na pokrycie obejmowanych przez W. S. i D. S. akcji w (...) Spółce Akcyjnej w S..

W ocenie Sądu Okręgowego powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Sąd ten wskazał, że art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli narusza ono interes innego przedsiębiorcy (klienta) lub zagraża takiemu interesowi. Czynami nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 3 ust. 2 u.z.n.k. są w szczególności: wprowadzające z błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające z błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniące funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Z kolei art. 10 ust. 1 u.z.n.k. jako czyn nieuczciwej konkurencji nakazuje również traktować takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również

wprowadzenie do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać skutki określone w art. 10 ust. 1 u.z.n.k., chyba, że zastosowanie takiego opakowania jest uzasadnione względami technicznymi (art. 10 ust. 2 u.z.n.k.).

Strona powodowa wywodziła, że pozwany dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji wprowadzając do obrotu kosmetyki męskie w opakowaniach tak bardzo podobnych do opakowań kosmetyków przez nią produkowanych, że istnieje ryzyko wprowadzenia w błąd konsumentów co do pochodzenia towarów. Wskazała ponadto, że osoby, do których kierowane są przedmiotowe towary, tj. kosmetyki do golenia i po goleniu, czyli mężczyźni dokonują zakupu tego rodzaju produktów prawie automatycznie, mają obniżony poziom percepcji i spostrzegawczości, co zwiększa ich podatność na wprowadzenie w błąd.

Sąd Okręgowy nie podzielił przedstawionego wyżej stanowiska powodów. Zwrócił uwagę na to, że ze złożonego przez powodów do akt sprawy raportu z badania jakościowego (...) wynikało, iż mężczyźni-konsumenci co do zasady rzeczywiście przykładają mniejszą wagę do zakupu kosmetyków aniżeli kobiety, jednak mają oni świadomość marki kupowanych kosmetyków i w oparciu o nią dokonują zakupu konkretnego produktu .. (...) raportu tego wynikało również, że generalnie większość mężczyzn deklaruje silne przywiązanie do używanej przez siebie kategorii produktów i kosmetyków danej marki .. (...) sytuacji braku określonego produktu kosmetycznego, mężczyźni sięgają po inny produkt, ale nadal w obrębie jednej marki.

Przyjmowanemu przez powodów modelowi mężczyzny-konsumenta, jako nieorientowanego i pozbawionego percepcji oraz spostrzegawczości, przeczy jeden z głównych wniosków wskazanych w powyższym raporcie, iż większość mężczyzn nie przywiązuje wagi do tego, czy używane kosmetyki do i po goleniu pochodzą z jednej linii a nawet marki, ale starają się wybierać najlepsze produkty lub marki w danej kategorii.

Brak jest zatem podstaw do odbierania mężczyznom, jako konsumentom, przymiotów rozważnych i zorientowanych. Wybór bowiem najlepszego produktu z dostępnej szerokiej oferty rynkowej wymaga odpowiedniego poziomu orientacji i spostrzegawczości.

Co prawda można zgodzić się z tezą, że po dokonaniu wyboru owego najlepszego kosmetyku dalsze zachowania konsumentów nabierają cech powtarzalności, jednak nieuprawnne jest twierdzenie powoda, iż wybór określonego produktu z półki sklepowej następuje praktycznie wyłącznie na podstawie koloru opakowania, bez percepcji całokształtu tego opakowania, a w szczególności naniesionych na nim oznaczeń słowno-graficznych. Wręcz przeciwnie, konsument szukający kosmetyków (...), (...), (...), czy (...), sięgnie po produkty oznaczone stosownymi znakami słowno-graficznymi, co zostało potwierdzone w przedłożonym przez powodów raporcie (k. 902).

Nie może potwierdzać tezy powodów o wprowadzaniu w błąd konsumentów przez stronę pozwaną, wobec stosowania dla jej produktów opakowań o zbliżonej kolorystyce i oznaczeniach charakterystycznych dla danej kategorii produktów, np. (...), przypadek zgłoszenia przez jednego klienta na formularzu kontaktu z konsumentem, zamieszczonym na stronie internetowej (...).nivea.pl, faktu pomylenia balsamu po goleniu (...) z balsamem po goleniu (...). Jednostkowy przypadek pomyłki nie może rzutować na ocenę ryzyka pomyłki, odnoszącego się do całego rynku polskiego, zważywszy na wielkość sprzedaży kosmetyków powodów na tym rynku.

Nadto Sąd Okręgowy wskazał, że z przedłożonego przez powodów wydruku wiadomości e-mail (k.709) nie wynikało, w jakich okolicznościach doszło do pomyłki, zaś wydruk wiadomości e-mail, jako taki, nie ma mocy dowodowej dokumentu prywatnego, w rozumieniu art. 245 kpc, gdyż nie jest opatrzony podpisem osoby, której oświadczenie zawiera.

W wiadomości e-mail zostały podane dane osobowe i adres autora wiadomości, a zatem powodowie mieli możliwość złożenia wniosku o przesłuchanie tej osoby w charakterze świadka czego jednak nie uczynili.

Niezależnie jednak, od przyczyn formalnych odmówienia mocy dowodowej wiadomości e-mail, Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, iż autor wiadomości, jak podał, dopiero przy trzecim goleniu zorientował się, że zakupił produkt (...) zamiast produktu (...). Świadczyło to, według Sądu, że zaistniał wyjątek od modelu racjonalnego i uważnego

konsumenta, względnie przypadek wyjątkowego rozstrzygnięcia. Nie ulega wątpliwości, że konstruując model konsumenta uważnego i zorientowanego należy odrzucić przypadki skrajne, tj. zarówno wykazujące ponadprzeciętną znajomość rynku orientację i spostrzegawczość, jak i przypadki nieporadne z różnych powodów nieorientowane i roztargnione. Tego rodzaju wyjątkowe przypadki nie mogą mieć wpływu na ocenę całości rynku.

Nie można było również, według Sądu I instancji, abstrahować od zmieniającego się podejścia mężczyzn do kosmetyków, w tym kosmetyków do pielęgnacji twarzy.

W środkach masowego przekazu i w reklamie preferowany jest wzorzec mężczyzny dbającego o swój wygląd, używającego coraz szerszej gamy kosmetyków, a tym samym bardziej świadomego wpływu dbałości o wygląd zewnętrzny na postrzeganie przez otoczenie. Nie można było także pominąć okoliczności, iż często zakupu spornych produktów, przeznaczonych dla mężczyzn, dokonują kobiety - żony, matki i partnerki życiowe, które przywiązują większą uwagę do rozmaitych cech nabywanych kosmetyków, w tym marki, działania, zapachu itp.

Przyjmując model racjonalnego, rozważnego i należycie zorientowanego konsumenta Sąd Okręgowy uznał, że pomiędzy opakowaniami produktów obu stron sporu nie zachodzi na tyle duże podobieństwo, aby zachodziło ryzyko wprowadzenia konsumentów w błąd.

Sąd Okręgowy wskazał, że w przypadku towarów masowych, przeznaczonych do codziennego użytku, nie można przyznać dominującego znaczenia, przy ocenie odróżniającej siły oznaczeń elementowych, tj. nazwy producenta i nazwy produktu, ale badać całościowe wrażenie, jakie u przeciętnego konsumenta wywołuje określone opakowanie. Nie oznacza to jednak, że przy badaniu podobieństwa opakowań skupić się należy jedynie na kolorze tła, pomijając oznaczenia słowno-graficzne. Przeciwnie, dopiero całościowa analiza wszystkich elementów opakowania, składa się na ogólne wrażenie konsumenta.

Sąd I instancji zauważył również, że dla pewnych towarów sam kolor opakowania może mieć zdolność odróżniającą, ale przy ocenie tej zdolności należy także brać pod uwagę interes publiczny, polegający na tym, że nie może być niesłusznie ograniczona dostępność koloru dla innych przedsiębiorców, którzy oferują towary tego samego rodzaju. Pewne kolory mogą bowiem pełnić określoną funkcję wobec towarów nimi oznaczonych. Ze złożonych przez obie strony materiałów promocyjnych a także opakowań kosmetyków męskich różnych producentów obecnych na polskim rynku wynika, że niebieski kolor tła (w różnych odcieniach) opakowań wskazuje na przeznaczenie tych produktów, tj. na kosmetyki dla mężczyzn. I tak np. kolor ten występuje również w opakowaniach produktów dla mężczyzn oznaczonych (...) (...), G., B., Dniem, W., P. (k. 671, 678, 679, 684-688, 691). Kolor niebieski jako taki, nie ma wystarczającej zdolności odróżniającej, aby mógł on samodzielnie identyfikować źródło pochodzenia towarów. Postrzegany jest przez ogół odbiorców jako kolor męski, co przekłada się bezpośrednio na wizualną atrakcyjność produktów nim oznaczonych. Podobnie kolor biały, używany jest jako tło w opakowaniach produktów kosmetycznych przeznaczonych dla skóry wrażliwej (sensitive) przez bardzo wielu producentów.

Opakowania stosowane przez stronę pozwaną zawierają jako całość dostateczne znamiona odróżniające w porównaniu do opakowań używanych przez powodów; występują w nich odpowiednio duże różnice warstwy graficznej, kolorystycznej, wizualnej i fonetycznej, jak również na spornych opakowaniach każdej ze stron sporu należycie wyeksponowane są oznaczenia słowno-graficzne o odpowiedniej zdolności odróżniającej. Nie zachodzi zatem niebezpieczeństwo, u należycie zorientowanego i rozważnego konsumenta, pomyłki co do pochodzenia towaru.

Ryzyko pomyłki nie zachodzi także z tego względu, że produkty stron ustanawiane są na półkach sklepowych w taki sposób eksponujący zamieszczone na opakowaniach słowno-graficzne znaki towarowe. Skoro zatem przeciętny mężczyzna przy wyborze kosmetyków deklaruje silne przywiązanie do określonej marki, to nie będzie on ignorować wyeksponowanych na opakowaniu nazwy producenta i marki określonego produktu. Pogląd ten potwierdził również Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 stycznia 2007 r. sygn. akt VCSK 311/06 (Lex nr 259779).

Sąd Okręgowy wskazał, powołując się na przykłady z orzecznictwa Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych, że określone zachowanie może zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający art. 3 u.z.n.k.,

w razie wykazania istotnych zarzutów, przesądających o naganności postępowania konkurenta i uzasadniających w ustalonych okolicznościach sprawy powołanie się na klauzulę dobrych obyczajów. Strona powodowa wbrew obowiązki z art. 6 kc okoliczności tych nie wykazała, zaś niewystarczające jest li tylko powoływanie się przez nią na naruszenie klauzuli generalnej z art. 3 u.z.n.k. Nie było wystarczające, dla uwzględnienia powództwa, wskazywanie przez powodów na to, że pozwany używa w opakowaniach produkowanych przez siebie kosmetyków męskich koloru niebieskiego oraz oznaczeń słowno-graficznych MENU i MEN C. i że przez to unicestwiony zostanie dorobek powodów, wyrażający się nabyciem mocy dystynktywnej w wyniku używania w warunkach faktycznej wyłączności granatowej kolorystyki opakowań kosmetyków męskich i oznaczeń słowno-graficznych MEN i MEN C..

Sąd I instancji zwrócił uwagę, iż zarówno używanie koloru niebieskiego w różnych odcieniach jako tła opakowań kosmetyków męskich do i po goleniu jak i oznaczeń (...) i (...) nie posiada wtórnej mocy odróżniającej wyroby strony powodowej tego samego rodzaju kosmetyków męskich innych producentów. To samo odnosi się do zastosowania tła koloru białego dla opakowań kosmetyków męskich przeznaczonych dla skóry wrażliwej, tzw. „sensitive”. Różne odcienie koloru niebieskiego są powszechnie używane w obrocie do określenia cech produktów-kosmetyków przeznaczonych dla mężczyzn i nie wskazują na pochodzenie towaru, ale odnoszą się do produktu jako takiego. Z kolei określenia (...) i (...) również są powszechnie używane w branży kosmetyków męskich, np. D. Men, V. Men, A. Men, E. Men, R. Men, czy K. (...) Men.

W tej sytuacji Sąd Okręgowy uznał, że zastosowanie przez pozwanego niebieskiej kolorystyki opakowań i oznaczeń graficznych (...), (...) i (...) nie naruszało interesów powodów ani interesów konsumentów w perspektywie klauzuli generalnej z art. 3 u.z.n.k. Nadto Sąd ten podkreślił, że kolorystyka opakowań strony powodowej ulegała na przestrzeni lat zmianom; dla różnych rodzajów produktów stosowane były różne kolory tła, od białego, poprzez zielony, niebieski, po granatowy i nie można twierdzić, że strona powodowa uzyskała wyłączność na stosowanie wszystkich odcieni koloru granatowego i niebieskiego dla oznaczenia opakowania kosmetyków męskich.

Zwrócono również uwagę, że tło opakowań pozwanego stanowi inny, znacznie jaśniejszy odcień koloru niebieskiego, co wyklucza przyjęcie, że pozwany dopuścił się w tym zakresie naśladownictwa.

Z powyższych względów powództwo zostało oddalone a o kosztach procesu orzeczono według reguł z art. 98 § 1 kpc i art. 105 § 1 kpc.

Powodowie wywiedli apelację od wyroku Sądu Okręgowego, skierowaną do rozstrzygnięcia o oddaleniu powództwa, zasądzeniu od nich na rzecz pozwanego kwoty 1.697 zł tytułem zwrotu kosztów procesu oraz zasądzeniu od nich na rzecz Skarbu Państwa kwoty 4.000 zł tytułem nieuiszczonych kosztów postępowania.

Skarżący zarzucili naruszenie przepisów prawa procesowego i przepisów prawa materialnego. W pierwszej kolejności wskazali na naruszenie:

a) art. 479¹⁴ § 2 kpc przez wzięcie pod uwagę przy rozstrzygnięciu sprawy twierdzeń zawartych w opinii prawnej rzeczownika patentowego D. (prawidłowo M.) K., pomimo zawartej w uzasadnieniu wyroku deklaracji, iż dowód ten został przez Sąd I instancji pominięty, jako spóźniony;

b) art. 233 kpc przez błędną ocenę, że przedstawiony przez powodów dowód z wydruku wiadomości e-mail nie może być pełnoprawnym dowodem w postępowaniu cywilnym, z uwagi na niematerialny charakter takiej wiadomości i związany z tym brak opatrzenia tej wiadomości własnoręcznym podpisem, który w ocenie Sądu nie może świadczyć o tym, iż dana osoba złożyła oświadczenie danej treści;

c) art. 233 kpc przez dokonaną w sposób arbitralny ocenę wiadomości e-mail, przedstawionej przez powodów, poprzez stwierdzenie, że pochodzi ona od osoby roztargnionej i nieuważnej, a więc odbiegającej i stanowiącej wyjątek od osób przeważnie kupujących produkty kosmetyczne, bez jakichkolwiek podstaw do dokonania takiej oceny.

Nadto powodowie zarzucili naruszenie:

- a) art. 10 ustawy z 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (u.z.n.k.) przez przyjęcie niewłaściwego modelu przeciętnego konsumenta w odniesieniu do produktów kosmetycznych przeznaczonych dla mężczyzn;
- b) art. 10 u.z.n.k. przez przyjęcie, że dla popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, wskazanego w tym przepisie, niezbędne jest wykazanie (udowodnienie) wprowadzenia odbiorcy w błąd, a nie tylko potencjalna tego możliwość;
- c) art. 10 u.z.n.k. przez niewłaściwy sposób dokonywania oceny czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji w postaci wprowadzenia w błąd, wyrażający się w tym, że osobnej ocenie poddane są poszczególne elementy opakowania, zamiast dokonywania łącznej oceny wskazanych przez powoda charakterystycznych cech opakowania;
- d) art. 10 u.z.n.k. przez przyjęcie, że eksponowanie przez pozwanego na opakowaniach znaku towarowego wyłącza możliwość popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w tym przepisie;
- e) art. 10 u.z.n.k. przez przyjęcie, że na gruncie tego przepisu, przy ocenie możliwości niebezpieczeństwa wprowadzania w błąd, zastosowanie mają wprost zasady oceny niebezpieczeństwa kontuzji przyjęte na gruncie prawa znaków towarowych;
- f) art. 10 u.z.n.k. przez przyjęcie w konsekwencji, iż zachowanie pozwanego nie wyczerpuje znamion czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w tym przepisie;
- g) art. 3 ust. 1 u.z.n.k. przez przyjęcie, iż dla uznania czynu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest wykazanie wtórnej mocy wyróżniającej koloru opakowań powodów oraz stosowanych na nich oznaczeń, których zakazania łącznego stosowania żądali powodowie;
- h) art. u.z.n.k. przez przyjęcie, że łączne przejście przez pozwanego charakterystycznych cech opakowań, zwiększających atrakcyjność produktu, których rozpoznawalność została wypracowana przez stronę powodową w wyniku wieloletniej akcji promocyjnej i dbałości o wysoką jakość produktów, nie stanowi zachowania sprzecznego z dobrymi obyczajami obrotu gospodarczego w rozumieniu tego przepisu;
- i) art. 3 u.z.n.k. przez niezastosowanie tego przepisu w rozpoznawanej sprawie.

W konsekwencji skarżący domagali się zmiany zaskarżonego wyroku w kierunku uwzględnienia powództwa w całości i zasądzenia od pozwanego na ich rzecz zwrotu kosztów procesu za obie instancje.

Pozwany wniósł o oddalenie apelacji i zasądzenie od powodów zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył:

Apelacja powodów nie zasługiwała na uwzględnienie, gdyż zgłoszone w niej zarzuty nie były trafne.

W pierwszej kolejności wypada odnieść się do zarzutów naruszenia prawa procesowego, tj. art. 479¹⁴ § 2 kpc i art. 233 kpc. Nie można uznać zasadności zarzutu naruszenia art. 479¹⁴ § 2 kpc w sytuacji, gdy Sąd Okręgowy wyraźnie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwierdził, iż przedłożona przez stronę pozwaną opinia prawna rzeczownika patentowego M. K. nie mogła zostać uznana za dowód w sprawie.

Zasadą jest, iż składane przez strony w toku różnych postępowań cywilnych opinie, sporządzone przez osoby dysponujące wiedzą specjalistyczną, ale na zlecenie strony, a nie dopuszczone jako dowód przez Sąd rozpoznający daną sprawę, nie są uznawane za dowody, do których zastosowanie mają przepisy art. 278-291 kpc, ani też przepisy ogólne o przedmiocie i ocenie dowodów (art. 227-234 kpc), lecz traktowane są jako poparcie wyrażonego stanowiska strony.

Sąd Okręgowy z jednej strony wskazał na to, iż złożona przez pozwanego opinia prywatna została potraktowana jako uzupełnienie wyводу prawnego dla stanowiska strony pozwanej, z drugiej zaś strony stwierdził, iż opinia ta została złożona z naruszeniem zasad prekluzji dowodowej, określonej w art. 479 § 2 kpc a zatem zaprezentował stanowisko nie w pełni konsekwentne.

Stwierdzić należy, że skoro opinia prywatna, sporządzona przez fachowca, na zlecenie jednej ze stron, nie stanowi dowodu w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego, to rozpatrywanie czasu jej złożenia w perspektywie dyspozycji art. 479¹⁴ § 2 kpc jest bezprzedmiotowe. Tego rodzaju opinia zawierająca określone twierdzenia, może być traktowana jedynie jako poparcie stanowiska strony, zaś naruszenie art. 479¹⁴ § 2 kpc w odniesieniu do tej opinii może dotyczyć ewentualnego spóźnionego podniesienia przez stronę twierdzeń w niej zawartych. Strona powodowa zarzuciła, iż Sąd Okręgowy, mimo formalnego pominięcia złożonej przez pozwanego opinii prywatnej, pośrednio w uzasadnieniu wyroku odwoływał się do niej, „przede wszystkim w zakresie dokonywania podobieństwa opakowań (oznaczeń) na trzech płaszczyznach: fonetycznej, wizualnej i znaczeniowej, które to dokonuje się z punktu widzenia znaków towarowych” oraz wykazania nabycia przez opakowania powodów wtórnej zdolności odróżniającej.

Trafnie wskazał pozwany w odpowiedzi na pozew, że powyższe zarzuty powodów należy uznać za chybione, skoro pozwany na wcześniejszym etapie postępowania, tj. przed złożeniem kwestionowanej opinii rzecznika patentowego powoływał się na celowość dokonania kompleksowej oceny oznaczeń zamieszczonych na opakowaniach produktów stron oraz ich kolorystyki, w warstwie graficznej, wizualnej i fonetycznej, jak również na zdolność odróżniającą tych opakowań (k. 841), zaś prywatna opinia jedynie potwierdziła prezentowane stanowisko prawne strony pozwanej.

Nadto należy zwrócić uwagę, iż w złożonej opinii nie przedstawiono generalnie nowych twierdzeń, które należałoby rozpatrywać na podstawie art. 479¹⁴ § 2 kpc, lecz przedstawiono poglądy dotyczące opakowań produktów stron, z powołaniem się na orzecznictwo odnoszące się do tego zagadnienia.

Sąd Okręgowy był zatem uprawniony do oceny poglądu strony, jak również do jego weryfikacji, na podstawie dostępnego mu dorobku orzeczniczego Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji. W szczególności nie można zaaprobować poglądu, iż sąd rozstrzygający sprawę nie może powołać się na tezy tych orzeczeń, na które powołała się strona w złożonej z uchybieniem terminów wskazanych w art. 479¹⁴ § 2 kpc opinii prywatnej.

Nie doszło w sprawie do naruszenia art. 233 kpc, gdyż Sąd Okręgowy trafnie przyjął w okolicznościach sprawy, że dowód z wydruku wiadomości e-mail nie spełnia wymagań określonych w art. 245 kpc, a zatem nie stanowi dokumentu w rozumieniu tego przepisu i nie korzysta z domniemania autentyczności. Unormowanie zawarte w art. 245 kpc opiera się na założeniu, że osoba, która podpisała dokument, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie, zaś dokument jest prawdziwy, jeżeli pochodzi od podpisanego wystawcy. Skoro wydruk e-mail nie zawiera podpisu, nie jest dowodem z dokumentu w rozumieniu art. 245 kpc, a może być jedynie uznany za dowód o charakterze pomocniczym (wtórnym), do którego odnoszą się art. 308 i 309 kpc.

Sąd Okręgowy nie pominął przedłożonego przez powodów wydruku e-mail, z którego wynikało, że jego autor pomylił się przy zakupie balsamu po goleniu i zamiast produktu powodów kupił produkt pozwanego (k.709), lecz dokonał oceny tego dowodu wskazując, iż jednostkowy przypadek pomyłki nie przesądza o takim podobieństwie opakowań produktów stron, które uzasadnia zastosowanie w sprawie art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 3 u.z.n.k. z jednej strony, z drugiej zaś świadczyć może o kliencie wyjątkowo roztargnionym, nie przystającym do modelu racjonalnego i uważnego konsumenta. Zarzut skarżących, iż Sąd Okręgowy dokonał oceny zachowania autora wiadomości e-mail w sposób arbitralny i dowolny, nie jest według Sądu Apelacyjnego zasadny, zwłaszcza w sytuacji, gdy powodowie przedstawili zaledwie jedną tego typu wiadomość (a nie kilka, kilkanaście, czy też kilkadziesiąt) i nie zgłosili wniosku dowodowego o przesłuchanie autora wiadomości w charakterze świadka.

Dowód z przesłuchania świadka mógłby wyjaśnić w jakich okolicznościach doszło do pomyłki przy zakupie i pozwoliłby na dokonanie bardziej wszechstronnej oceny jednostkowego przypadku pomyłki. Wobec faktu, iż stosowny wniosek dowodowy nie został przez powodów zgłoszony Sąd Okręgowy dokonał prawidłowej oceny przedstawionego dowodu - wydruku wiadomości e-mail, bez naruszenia zasad określonych w art. 233 kpc.

Nie były również zasadne zarzuty naruszenia prawa materialnego, tj. art. 10 i art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wbrew ocenie skarżących Sąd Okręgowy dokonując oceny niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd konsumentów, w związku z zastosowaniem przez pozwanego opakowań jego produktów, z elementami kwestionowanymi przez powodów, przyjął właściwy model przeciętnego konsumenta - nabywcy kosmetyków męskich określonego rodzaju. Nie ulega wątpliwości, że model przeciętnego konsumenta ukształtowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i unormowany w dyrektywie nr 2005/29/WE Parlamentu Europejskiego wskazuje na konsumenta dostatecznie dobrze poinformowanego oraz dostatecznie uważnego i ostrożnego, z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych i językowych. Model przeciętnego konsumenta winien być oceniany w konkretnym przypadku również przy uwzględnieniu rodzaju towaru, zasięgu kampanii reklamowej, ceny produktu i kręgu osób, do których towar jest adresowany. Można zgodzić się ze skarżącymi, że produkty kosmetyczne stron są towarami codziennego użytku, o zbliżonej i nie wygórowanej cenie, zaś nabywanie tych towarów nabiera cech powtarzalności.

Sąd Okręgowy te elementy konstrukcji przeciętnego konsumenta męskich kosmetyków obu stron sporu wyeksponował w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, jednak podkreślił również, iż powtarzalność zakupów nie oznacza braku uwagi co do istotnych oznaczeń zamieszczonych na opakowaniach, choćby zbliżonych kolorystycznie, takich jak (...) i (...). Uważny przeciętny konsument jest w stanie bez większego ryzyka pomyłki odróżnić na półkach sklepowych produkty stron (k. 649-665), gdyż ich opakowania, także w ocenie Sądu Apelacyjnego, nie są tak łudząco podobne i nie różnią się nieistotnymi detalami, jak sugerują to skarżący. Nie zachodzi niebezpieczeństwo pomylenia, na podstawie opakowania, ani pianek do golenia, oferowanych przez obie strony (k. 649), w sytuacji gdy na produktach powodów znak graficzny (...) jest mocno wyeksponowany, ani też innych kosmetyków męskich (k. 650, 656, 658-669), gdzie na opakowaniach powodów wyraźnie dominuje oznaczenie (...), zaś na opakowaniach pozwanego, o wyraźnie różnym odcieniu tła, uwagę przyciąga oznaczenie (...) i (...). Zatem nawet średnio uważny konsument nie powinien mieć trudności z odróżnieniem kosmetyków tego samego rodzaju, oferowanych przez strony sporu. Słusznie ponadto Sąd Okręgowy wskazał, iż mężczyźni coraz więcej uwagi przywiązują do używanych przez siebie kosmetyków, uważniej oglądają towary na półkach sklepowych i rozważniej dokonują zakupu określonego produktu. Przyjęty przez Sąd Okręgowy, dla potrzeb rozpoznania niniejszej sprawy, nie budzi zatem zastrzeżeń.

Nie dokonał również Sąd I instancji wadliwej oceny opakowań produktów stron sporu, tj. wyłącznie odrębnej oceny poszczególnych elementów opakowania, zamiast oceny łącznej całokształtu tego opakowania. Na str. 14 uzasadnienia zaskarżonego wyroku wyraźnie podkreślono, że należy badać całościowe wrażenie, jakie u przeciętnego konsumenta wywołuje określone opakowanie, tj. badać zarówno kolor tła, jak i oznaczenia słowno-graficzne. Sąd ten porównał w dalszej części uzasadnienia opakowania obu stron (str. 16 uzasadnienia) w sposób kompleksowy, dochodząc do wniosku, że opakowania pozwanego wykazują w stosunku do opakowań produktów strony powodowej odpowiednio duże różnice zarówno warstwy graficznej, kolorystycznej, wizualnej i fonetycznej i nie zachodzi w związku z tym możliwość wprowadzenia w błąd klientów co do pochodzenia towaru. Odrębnej analizy w zakresie zdolności odróżniającej koloru niebieskiego w różnych odcieniach i oznaczeń słowno-graficznych: (...), (...) oraz (...) Sąd Okręgowy dokonał w perspektywie oceny zarzutu naruszenia przez pozwanego art. 3 u.z.n.k. Analiza ta jest w ocenie Sądu Apelacyjnego prawidłowa, gdyż wskazanie, że kolor granatowy i niebieski są powszechnie stosowane w opakowaniach kosmetyków męskich przez różnych producentów, podobnie jak wskazane wyżej oznaczenia słowno-graficzne, jest powszechnie znane i nie wymaga dowodu. Zarzut generalny powodów, zgłoszony w perspektywie naruszenia zarówno art. 3 u.z.n.k. i art. 10 u.z.n.k., że pozwany przejął wypracowany przez nich cały zestaw charakterystycznych cech opakowań, takich jak: charakterystyczny kolor, napis MEN pisany charakterystyczną

czcionką, podłużny czerwony pasek z napisem (...), zamieszczony w górnej części opakowania, napis pisany pochyłą czcionką (...) i elementy szaro-srebrne dla literek, a przez to dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji i naruszył dobre obyczaje, korzystając z renomy powodów, jest niezasadny.

Sąd Okręgowy dokonał prawidłowego ustalenia, w oparciu o kompleksową ocenę opakowań towarów obu stron, że nie doszło do naruszenia przez pozwanego dobrych obyczajów w postaci pasożytniczego naśladownictwa i wykorzystania cudzej renomy, jak również pozwany nie dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wprowadzeniu do obrotu towarów w opakowaniach mogących wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia tych towarów. Trafnie Sąd ten zwrócił uwagę, iż kolory opakowań kosmetyków męskich, produkowanych przez stronę powodową, podlegały na przestrzeni lat zmianom, zarówno w zakresie kolorów i odcieni tła, jak i elementów graficznych i ich układu, co potwierdza złożona przez powodów dokumentacja fotograficzna. Nie sposób podzielić poglądu, że pozwany przejął w sposób pasożytniczy w całości od powodów koncepcję kolorystyczną i graficzną opakowań poszczególnych rodzajów produktów, gdyż przeczy temu pogładowi dokumentacja fotograficzna (k. 649-665 i k. 703-705). Biorąc pod uwagę pianki do golenia, oferowane przez obie strony (k. 703-705), trudno dopatrzeć się pasożytniczego naśladownictwa w opakowaniach produktów pozwanego względem opakowań powodów, gdyż zarówno kolorystyka, jak i układ oznaczeń graficznych na opakowaniach pozwanego jest wyraźnie różny. W szczególności oznaczenie słowno-graficzne MEN naniesione jest pionowo i grubą czcionką, podczas gdy na opakowaniach powodów jest ono naniesione poziomo, czcionką pochyłą, znacznie cieńszą, tworzącą napis o charakterze fantazyjnym. Opakowania pianek obu stron ustawione na półce sklepowej tuż obok siebie, wyraźnie różnią się. Podobnie ocenić należy opakowania balsamów i żeli po goleniu (k. 706-708), gdyż na opakowaniach pozwanego wyeksponowane są wielkie litery w kwadratach AA oraz poziome grube litery drukowane MEN.

Z kolei opakowania dezodorantów męskich pozwanego (k. 845) mimo zawartego na nich oznaczenia słowno-graficznego (...), zbliżonego w zakresie rodzaju czcionki do analogicznych oznaczeń, naniesionych na opakowaniach innych kosmetyków powodów (np. pianek do golenia i balsamów), nie powodują ryzyka pomyłki klientów, gdyż mają inne kształty od dezodorantów powodów, jak również produkty obu stron zostały wyraźnie oznaczone za pomocą znaków: (...) i (...). Nadto dezodoranty powodów nie posiadają charakterystycznych pochyłych oznaczeń o treści (...).

Nie zachodzi zatem, również w ocenie Sądu Apelacyjnego, zagrożenie wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia towarów (art. 10 u.z.n.k.) jak i nie dochodzi do naruszenia dobrych obyczajów przez pasożytnicze naśladownictwo opakowań i korzystanie z cudzej renomy (art. 3 u.z.n.k.).

Należy przyznać słuszność skarżącym, że dla popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji, określonych w art. 10 u.z.n.k. nie jest konieczne wykazanie (udowodnienie) wprowadzenia odbiorcy w błąd, a tylko wykazania potencjalnej możliwości zaistnienia takiego stanu rzeczy, jednak zauważyć wypada, że powodowie w rozpoznawanej sprawie nie wykazali nawet takiej potencjalnej możliwości, w odniesieniu do grona klientów, którym można przypisać cechy określone w modelu wzorcowym uważnego przeciętnego konsumenta. Jeden odosobniony przypadek pomylenia produktu nie może stanowić o realnej możliwości wprowadzenia klientów w błąd. Innych dowodów na okoliczność potencjalnej możliwości wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia towarów, z uwagi na całokształt elementów opakowań stosowanych przez pozwanego, strona powodowa nie zaoferowała. W szczególności nie zgłosiła wniosku dowodowego o przeprowadzenie w powyższym zakresie dowodu z opinii biegłego ani z badań ankietowych, możliwych do przeprowadzenia przez ośrodki prowadzące tego rodzaju działalność.

Zgodzić się również trzeba z twierdzeniami skarżących, że na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyeksponowaniem na opakowaniu znaku towarowego określonego producenta nie wyłącza możliwości popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, że zasady oceny niebezpieczeństwa kontuzji, przyjęte na gruncie prawa znaków towarowych, nie mają prostego zastosowania dla oceny niebezpieczeństwa wprowadzenia klientów w błąd, jak również, że dla uznania czynu nieuczciwej konkurencji nie jest niezbędne wykazanie wtórnej mocy odróżniającej koloru opakowań powoda i stosowanych na nich oznaczeń, jeżeli druga strona dokonała łącznego przejęcia charakterystycznych cech opakowań produktów powodów, wykorzystując ich renomę i wyniki wieloletniej akcji promocyjnej.

Twierdzenia powyższe, co do zasady słuszne, nie miały jednak odniesienia do rozpoznawanej sprawy. Gdyby porównanie opakowań poszczególnych rodzajów produktów obu stron, pomimo naniesienia na nich znaków towarowych słowno-graficznych (...) i (...), wykazywały podobieństwo stwarzające zagrożenie wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia towarów, to bez wątpienia należałoby uznać, że strona dokonująca naśladownictwa opakowań, mimo zamieszczenia swojego znaku towarowego i oznaczenia siebie jako producenta, dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art.10 ust. 2 u.z.n.k. Porównanie wyglądu opakowań poszczególnych produktów stron, dokonane zarówno przez Sąd Okręgowy, jak i Sąd Apelacyjny, tego typu podobieństwa nie wykazało. Znaki towarowe słowno-graficzne (...) i (...) są silnie wyeksponowane i dominują w graficznej i wizualnej sferze tych opakowań, eliminując ryzyko pomyłki klienta. Nadto, jak wyżej wskazano, określenie (...) na opakowaniach stosowanych przez pozwanego jest również mocno wyeksponowane; umieszczone pionowo i naniesione grubą czcionką, w prostym układzie liter. Zarówno znak (...) jak i oznaczenie (...) dominują na opakowaniach pozwanego, natomiast na opakowaniach powodów elementami wyróżniającymi i skupiającymi uwagę są: znak (...) oraz napis (...), zapisany poziomo pochyłą czcionką.

Również kolorystyka opakowań kartoników, zauważalna w złożonej do akt dokumentacji fotograficznej, w odniesieniu do opakowań obu stron, jest wyraźnie różna w odcieniach (k. 662-663) i kształcie (k. 654, k. 656).

Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem skarżących, że pozwany przejął w sposób łączny zespół oznaczeń używanych przez nich na opakowaniach ich produktów i dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Dodatkowo zauważyć wypada, że pozwany dla pewnych rodzajów swoich kosmetyków męskich zastosował opakowania w kolorze niebieskim, z białymi napisami i oznaczeniem (...) już w 2003 r. (k.805), a zatem przed opracowaniem przez powodów koncepcji kolorystyczno-graficznej dla opakowań ich produktów, która została wprowadzona na rynek krajowy w 2005r.

Nie mógł odnieść zamierzonego skutku zarzut apelujących, iż Sąd Okręgowy, analizując wnioski raportu konsumentckiego (k. 862), utożsamiał pojęcie marki ze znakiem towarowym. Zgodzić się można ze skarżącymi, że pojęcie marki ma znaczenie szersze aniżeli pojęcie znaku towarowego, jednak w znaczeniu potocznym, stosowanym przez ogół konsumentów, określenie danego produktu jako „markowego” sprowadza się do jego identyfikacji za pomocą znanej nazwy, np. N., G., Adidas, potwierdzonej zamieszczonym na opakowaniu produktu słowno-graficznym znakiem towarowym. Wniosek taki potwierdza zamieszczona w raporcie (k. 862) wypowiedź konsumenta, że „jeśli w sklepie nie byłoby mojego żelu G., to pewnie kupiłbym też G., ale np. czerwone a nie zielone”.

Słusznie w tej sytuacji Sąd Okręgowy przyjął, że przeciętny konsument używający kosmetyków „marki” N., będzie ich poszukiwał wiedząc, iż oznaczone są właśnie znakiem N..

Nie był zasadny zarzut niezastosowania w sprawie art. 3 u.z.n.k. w konsekwencji uznania przez Sąd Okręgowy, że pozwany nie dopuścił się działań sprzecznych z dobrymi obyczajami przez wprowadzające w błąd oznaczenie swoich towarów, polegające na łącznym przejęciu charakterystycznych cech opakowań towarów powodów.

Jak wyżej wskazano, nie można było podzielić poglądu skarżących, że pozwany dopuścił się pasożytniczego naśladownictwa opakowań kosmetyków męskich produkowanych przez powodów. Koncepcje kolorystyczno-graficzne opakowań kosmetyków męskich obu stron ulegały, jak wynika z przedstawionych dokumentacji fotograficznych, zmianom w ciągu ostatnich lat i aktualnie oferowane na rynku przez obie strony kosmetyki wykazują wyraźne i istotne różnice, co do kolorystyki, kształtu opakowań oraz oznaczeń słowno-graficznych, które wykluczają zagrożenie pomyłki co do pochodzenia towarów od poszczególnych producentów.

Sami skarżący wskazali w apelacji i uzupełniającym ją piśmie procesowym z dnia 6 listopada 2009r., że początkowo wprowadzone na rynek przez pozwanego kosmetyki męskie były pakowane w opakowania bardzo podobne do opakowań kosmetyków powodów, o tyle nie podtrzymali jednoznacznie twierdzenia, że obecnie sprzedawane przez pozwanego kosmetyki, są oferowane klientom w opakowaniach wprowadzających klientów w błąd. Przeprowadzona

przez Sąd Okręgowy analiza opakowań obu stron, pogłębiona przez Sąd Apelacyjny, nie potwierdziła istnienia istotnych podobieństw, mogących stanowić podstawę do uznania, że pozwany dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 ust. 2 u.z.n.k. lub naruszył dobre obyczaje, o których stanowi art. 3 u.z.n.k.

Rozstrzygnięcie Sądu uwzględniać musi stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 kpc) . O ile pewne podobieństwa opakowań kosmetyków męskich stron istniały w przeszłości, na co wskazuje np. zestawienie dwóch zestawów upominkowych (k. 688 - lewy górny róg), o tyle aktualna oferta tych kosmetyków produkowanych przez pozwanego, jest opakowana w sposób pozwalający na dostatecznie dobre odróżnienie towarów obu producentów. Nadto stwierdzić należy, że zarówno w przeszłości, jak i obecnie opakowania produktów pozwanego oznaczone są bardzo widocznym znakiem towarowym słowno-graficznym (...), jak również zwłaszcza w przeszłości na opakowaniach szczególnie widoczna była nazwa producenta - (...) (k. 601,693 -ciemne litery na białym tle, 700,701) co bez wątpienia zapobiegało ryzyku pomylenia towarów przez konsumentów.

Nie był w tej sytuacji uprawniony wywód powodów, że pozwany naruszył dobre obyczaje, gdyż wykorzystał renomę produktów powodów i wypromował swoje produkty, mimo, że nie ponosi tak dużych kosztów reklamy i akcji promocyjnych, jak strona powodowa.

Nie ulega wątpliwości, że powodowie ponoszą duże koszty reklamy i akcji promocyjnych swoich produktów. Ma to oczywiste przełożenie na wielkość sprzedaży poszczególnych produktów, zdecydowanie przewyższającą wskaźnikami wielkość sprzedaży kosmetyków pozwanego. Nie może w tej sytuacji strona powodowa twierdzić, że pozwany zagraża jej sytuacji na rynku.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w interesie publicznym, przedsiębiorców i klientów, lecz w żadnym wypadku nie może być traktowana, jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 30 września 1998r. I ACa 281/98, jako instrument służący wyeliminowaniu konkurencji w ogóle, w celu zachowania dominującej pozycji.

Nie znajdując uzasadnionych podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku w kierunku wnioskowanym przez skarżących należało apelację oddalić, w oparciu o art. 385 kpc i orzec o kosztach postępowania apelacyjnego na podstawie art. 98 i 99 kpc.