Sygn. akt I ACa 1140/10

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 grudnia 2010 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku – Wydział I Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Włodzimierz Gawrylczyk

Sędziowie: SA Bogusława Sieruga

SA Michał Kopeć (spr.)

Protokolant: Justyna Stankiewicz

po rozpoznaniu w dniu 16 grudnia 2010 r. w Gdańsku

na rozprawie

sprawy z powództwa R. (...) ((...)) SA

z siedzibą w N.

przeciwko (...) SA z siedzibą w S.

o nakazanie

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 10 czerwca 2010 r. sygn. akt IX GC 482/09

I. oddala apelację;

II. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na oryginale właściwe podpisy.

UZASADNIENIE

Powód R. (...) ((...)) Spółka Akcyjna z (...) w N. wniósł o nakazanie pozwanemu (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w S. zaniechania działań polegających na rozpowszechnianiu reklam oraz prowadzeniu innej działalności promocyjnej, dotyczącej jego produktów lub produktów spółek z nim powiązanych, z wykorzystaniem hasła reklamowego „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" oraz nakazanie pozwanemu zaniechania niedozwolonych działań polegających na rozpowszechnianiu reklam lub prowadzeniu jakiejkolwiek innej działalności promocyjnej dotyczącej jego produktów lub produktów spółek z nim powiązanych, z wykorzystaniem haseł w istotnym stopniu podobnych do stosowanego przez powoda hasła reklamowego: „W praktyce nic nie obniża gorączki ***na dłużej",*** a także nakazanie pozwanemu usunięcia skutków jego niedozwolonych działań, przez natychmiastowe wycofanie wszystkich reklam i wstrzymania innych działań promocyjnych z użyciem hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej", w

tym podjęcie wszelkich działań w celu zapobieżenia wykonaniu jakichkolwiek zleceń, poleceń, próśb lub czynności równoważnych, które pozwany przekazał osobom trzecim, w szczególności mediom, dotyczących emisji, publikacji lub innej formy rozpowszechniania ww. hasła lub haseł podobnych. Powód wniósł także o nakazanie pozwanemu usunięcia skutków jego niedozwolonych działań przez natychmiastowe wycofanie wszystkich reklam i wstrzymania innych działań promocyjnych z użyciem haseł w istotnym stopniu podobnych do hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej", w tym podjęcie wszelkich działań w celu zapobieżenia wykonaniu jakichkolwiek zleceń, poleceń, próśb lub czynności równoważnych, które pozwany przekazał osobom trzecim, w szczególności mediom, dotyczących emisji, publikacji lub innej formy rozpowszechniania ww. hasła lub haseł podobnych oraz nakazanie pozwanemu zamieszczenia niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 30 dni od uprawomocnienia się wyroku w niniejszej sprawie, na swój koszt oświadczenia o następującej treści: „Producent leku I. D. przeprasza swoich Pacjentów, za niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji wykorzystanie w kampanii reklamowej hasła, które łudząco przypomina hasło wykorzystywane od lat w promocji leku konkurencyjnego. Producent leku I. D. pragnie przeprosić za to, iż używane przez niego hasło reklamowe mogło wprowadzić w błąd Pacjentów" w czasopismach T. T., M. T. J., D., w formie ogłoszenia o następujących parametrach:

a) lokalizacja — pierwsza prawa strona po spisie treści każdego z wymienionych czasopism

b) rozmiar ogłoszenia - co najmniej pół strony

c) czcionka zajmująca nie mniej niż 50% powierzchni ogłoszenia

d) czcionka w kolorze na białym tle

e) tak, aby publikacja oświadczenia nastąpiła, w miarę możliwości, w tym samym czasie we wszystkich wskazanych tytułach.

Powód wniósł również o nakazanie pozwanemu emisji telewizyjnej oświadczenia o następującej treści: „Producent leku I. D. przeprasza swoich Pacjentów, za niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji wykorzystanie w kampanii reklamowej hasła, które łudząco przypomina hasło wykorzystywane od lat w promocji leku konkurencyjnego. Producent leku I. D. pragnie przeprosić za to, iż używane przez niego hasło reklamowe mogło wprowadzić w błąd Pacjentów", przez okres pięciu następujących po sobie tygodni, niezwłocznie po uprawomocnieniu się wyroku w niniejszej sprawie, przy czym pierwsza emisja powinna mieć miejsce nie później niż w terminie 30 dni od uprawomocnienia się wyroku, w formie emitowanych przez 8 sekund plansz zawierających ww. oświadczenie zamieszczone w widoczny sposób, czarną czcionką na białym tle, zajmującą co najmniej 50% powierzchni planszy, wraz z jednoczesnym odczytaniem tekstu znajdującego się na planszy przez lektora, w taki sposób, aby dla wymienionych poniżej stacji telewizyjnych, dla grupy docelowej matek dzieci w wieku lat 0-14, osiągnąć w okresie emisji ogłoszenia poniższe wartości:

a) wartość 750 (...) (przy 150 (...) na każdy tydzień emisji)

b) zasięg w grupie osób, które zobaczą ogłoszenie przynajmniej raz na poziomie 86%

c) zasięg w grupie osób, które zobaczą ogłoszenie przynajmniej trzy razy na poziomie 72%

d) średnią częstotliwość kontaktu z ogłoszeniem osób, które widziały ogłoszenie na poziomie 9

przy wskazanym udziale (...) dla poszczególnych stacji:

(...)	Udział % w (...)

(...)	32%
P.	26%
(...)	25%
(...)	17%

gdzie pojęcia (...) „zasięg" oraz „średnia częstotliwość" stanowią pojęcia używane na rynku profesjonalnych usług reklamowych i oznaczają odpowiednio;

a) (...) wskaźnik efektywności reklamy/ogłoszenia będący sumą wartości procentowych przedstawicieli założonej grupy docelowej (w niniejszym przypadku
matek dzieci w wieku 0-14 lat), którzy mają zobaczyć daną reklamę/ogłoszenie. Jeden punkt (...) równa się jednemu procentowi grupy docelowej. (...) oblicza się dodając wskaźniki oglądalności wszystkich wyemitowanych spotów reklamowych/ogłoszeń w danym okresie. Ze względu na fakt, że każdy odbiorca może zobaczyć daną reklamę/ ogłoszenie więcej niż jeden raz, współczynnik (...) może często przekraczać,
wartość 100

b) „zasięg" - procent osób z grupy docelowej, które poprzez emisję ogłoszenia będą miały w okresie emisji kontakt z ogłoszeniem określoną ilość razy (w niniejszym przypadku przynajmniej l raz oraz przynajmniej 3 razy)

c) „średnia częstotliwość" - średnia liczba kontaktów z ogłoszeniem wśród osób, które ogłoszenie widziały.

Gdyby Sąd uznał roszczenie powoda, za zbyt daleko idącą powód wniósł o nakazanie pozwanemu emisji telewizyjnej oświadczenia o następującej treści: „Producent leku I. D. przeprasza swoich Pacjentów, za niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji wykorzystanie w kampanii reklamowej hasła, które łudząco przypomina hasło wykorzystywane od lat w promocji leku konkurencyjnego. Producent leku I. D. pragnie przeprosić za to, iż używane przez niego hasło reklamowe mogło wprowadzić w błąd Pacjentów" przez okres pięciu następujących po sobie tygodni, niezwłocznie po uprawomocnieniu się wyroku, przy czym pierwsza emisja powinna mieć miejsce nie później niż w terminie 30 dni od uprawomocnienia się wyroku, w formie emitowanych przez 8 sekund plansz zawierających ww. oświadczenie zamieszczone w widoczny sposób, czarną czcionką na białym tle, zajmującą co najmniej 50% powierzchni planszy, wraz z jednoczesnym odczytaniem tekstu znajdującego się na planszy przez lektora, codziennie przed głównym wydaniem serwisu informacyjnego wT., P., (...), (...). W razie nie wykonania przez pozwanego tych czynności, powód wniósł o upoważnienie go do wykonania tych czynności na koszt pozwanego. Nadto powód wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu pozwu powód podniósł, że od 2006 roku prowadzi intensywną kampanię reklamową swojego produktu „N. dla dzieci". Od 18.09.2006 roku używa w swej kampanii hasła reklamowego „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej". Reklama rozpowszechniana jest w mediach, a także przy okazji innych aktywności mających na celu sprzedaż produktu. Reklama N. obecna jest w najpoczytniejszych pismach kierowanych do matek małych dzieci takich jak: (...), (...), (...), (...), (...), (...), (...) i (...), (...), (...), (...), (...), i (...). Ponadto reklama N. wykorzystująca ww. hasło emitowana jest od 2006 roku w kilku programach telewizyjnych m.in. TYP l, (...), Puls, (...). Powód promował produkt z wykorzystaniem swojego hasła reklamowego, sponsorując program (...) w telewizji (...). Prowadzona kampania promocyjna jest kosztowna i wymaga od powoda-znaczących nakładów finansowych, a także organizacyjnych. Wydatki przeznaczone na promocję rosną każdego roku. Już w 2006 roku suma wydatków

przekroczyła 4.000.000 zł, natomiast w roku bieżącym, do października wyniosłą ponad 10.000.000 zł. Łącznie do października 2009 roku wydatki te sięgnęły ponad 34.000.000 zł.

Od września 2009 roku pozwany prowadzi kampanię reklamową produktu I. (...), z wykorzystaniem hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej". Reklama pozwanego emitowana jest od września 2009 roku w telewizji, w kanałach P., (...), (...) Style, (...), (...), (...), (...), (...), K. TV, (...), Puls, R., TeleS, (...).

Powód wywiódł, iż roszczenie opiera na art. 3 ust. l UZNK. Zdaniem powoda pozwany prowadząc reklamę I. D. z wykorzystaniem hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" popełnia czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na tym, że reklamuje I. D. sprzecznie z prawem oraz dobrym obyczajem handlowym, wedle którego nie wolno wykorzystywać dla własnej działalności owocu cudzych starań, w tym nakładów finansowych lub organizacyjnych oraz wysiłku twórczego konkurenta, a w konsekwencji także pozytywnych skojarzeń wywoływanych przez hasła reklamowe innego przedsiębiorcy. Niezależnie od tego reklama pozwanego wprowadza odbiorców reklamy w błąd przez wytworzenie ryzyka skojarzenia między produktami, które może wpłynąć na decyzję klientów.

Powód wskazał, że podobieństwo reklam opiera na analizie elementów zbieżnych obu reklam, obejmujących przede wszystkim hasła reklamowe i elementy towarzyszące. Hasło reklamowe wykorzystywane przez pozwanego jest prawie identyczne z wcześniej wypracowanym przez powoda i intensywnie używanym przez niego hasłem reklamowym - w przypadku reklamy I. D. różni się zaledwie jednym słowem. Hasło powoda brzmi „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" zaś hasło pozwanego brzmi „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej". Chociaż slogan powoda wskazuje na długość czasu wywoływania skutku terapeutycznego, a slogan pozwanego sugeruje szybkość powstania skutku terapeutycznego, to przeciętny konsument nie dokonuje analizy poszczególnych słów użytych w sloganie, a odnosi pozytywne wrażenie odnośnie czasu trwania skutku terapeutycznego obu produktów. Powód podniósł także, iż pozwany obejmuje swoją działalnością promocyjną produkt, który nie tylko jest podobny, ale stanowi zamiennik produktu powoda. W obu przypadkach substancja aktywna jest ta sama, I. D. występuje w przedmiotowej reklamie w tej samej postaci, co N. dla dzieci, intensywnie promowany przez powoda, czyli zawiesiny doustnej, oba produkty przeznaczone sadła tej samej grupy docelowej - dzieci od 3 miesiąca życia, tym samym reklama kierowana jest do tej samej kategorii odbiorców -matek małych dzieci. Dodatkowo oba produkty mają analogiczne wskazania do stosowania oraz identyczne dawkowanie. Podobieństwo produktów wyraża się także w zastosowanych opakowaniach, utrzymanych w zbliżonej kolorystyce. Również koncepcja obu reklam jest podobna, zawiera te same elementy i motywy tj. przede wszystkim postać mamy, która przy pomocy reklamowanego leku potrafi skutecznie obniżyć gorączkę swojego dziecka. Tym samym reklama pozwanego łudząco przypomina reklamę powoda. Ustalenia te potwierdzają również wyniki badania konsumenckiego, przeprowadzone na próbie docelowych klientów, które dowodzą, że aż 70% z nich uważa hasła używane przez powoda i pozwanego za raczej podobne lub zdecydowanie podobne.

Powód podniósł, że w okolicznościach sprawy spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności pozwanego wynikające z art. 3 ust. l oraz art. 16 ust. l pkt l UZNK Powód wskazał, iż pozwany naruszył dobry obyczaj handlowy, co jednocześnie prowadzi do zagrożenia, a wręcz naruszenia interesów powoda, a także jego klientów.

Wykazując szkodliwe naruszenie dobrego obyczaju handlowego przez pozwanego powód wskazał, że poniósł znaczące nakłady na promocję swoich towarów, w tym w szczególności N. dla dzieci, jednocześnie zaś jego działania przyniosły spodziewane efekty w postaci powstania u konsumentów pozytywnych skojarzeń hasła reklamowego. Badania konsumenckie przeprowadzone na próbie docelowych klientów dowodzą, że aż 46% z nich kojarzy hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" z N.. Aż 66% klientów kojarzy hasło wykorzystywane przez powoda z dobrym lekiem. Podobnie, aż 53% klientów twierdzi, że hasło wykorzystywane przez powoda zwiększa zaufanie do leku. Ze względu na wcześniejszą długotrwałą obecność reklamy powoda (i wyłącznie powoda) w mediach, w której wykorzystane zostało hasło: „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej", oraz bardzo wysoką znajomość tego hasła reklamowego wśród potencjalnych klientów, a nadto wykształconą już zdolność do budzenia pozytywnych skojarzeń z reklamowanym w ten sposób produktem, wykorzystywanie przez pozwanego łudząco podobnego hasła uzasadnia zarzuty naruszenia zasad uczciwego obrotu i dobrych obyczajów handlowych, a także szkodliwość takiego wykorzystywania zarówno

wobec powoda, jak i jego klientów. Pozwany, nadużywając, przez wykorzystywanie hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej", pozytywnych skojarzeń dotyczących produktu powoda (skojarzeń wypracowanych przez powoda na skutek długotrwałej i kosztownej kampanii jego produktu), prowadzi tzw. reklamę podpierającą. Reklama ta „wykorzystując renomę firm konkurencyjnych i produktów przez nie reklamowanych, opiera się na wzorowaniu (poprzez użycie w reklamowych spotach identycznych sytuacji faktycznych, pomysłów, a nawet podobnej muzyki (w tym przypadku w szczególności sloganu) na reklamach konkurenta, celem ukazania własnego produktu. Takie pośrednie wykorzystanie renomy przedsiębiorstwa konkurencyjnego uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż narusza on dobre obyczaje i wprowadza konsumenta w błąd". Powód podkreślił, iż hasło: „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej jest obecnie rodzajem jego znaku rozpoznawczego, o czym pozwany, jako konkurencyjny podmiot działający w tej samej branży, z pewnością wie. Odmiany hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" wykorzystywane były przez powoda także w postaci „w praktyce nic nie działa dłużej" w reklamach innych jego produktów. Legalność zastosowania haseł „z serii" „w praktyce nic nie działa dłużej" była intensywnie kwestionowana przez spółkę (...) S.A., która na zlecenie M. prowadzi działalność reklamową i z którą M. pozostaje w jednej grupie kapitałowej. Po uznaniu przez właściwe organy zgodności z prawem haseł, pozwany stara się wykorzystać marketingowy sukces powoda, stosując działania noszące znamiona czynów nieuczciwej konkurencji. Przy tak daleko posuniętej zbieżności obu reklam i tak znamiennej, wcześniejszej determinacji ze strony osób działających na zlecenie pozwanego, podobieństwo konfrontowanych haseł nie może być dziełem przypadku.

Zdaniem powoda również zarzut oparty na pkt. 2 ust. 1 art. 16 UZNK jest zasadny, z uwagi na znaczące podobieństwo między reklamami, a w szczególności między hasłami reklamowymi, których używa powód oraz pozwany. Tak duży stopień zbieżności wszystkich elementów porównywanych reklam naraża klienta na wprowadzenie w błąd, a także wpływa na jego decyzję co do nabycia towaru. Świadczą o tym wyniki badania konsumenckiego, według którego aż dla 50% klientów hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" i hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej dotyczą tego samego produktu. Wskutek tego konsument może nabrać przekonania, że reklamowany w podobny sposób I. D. jest znanym mu wcześniej z produktem pochodzącym właśnie od powoda.

Uzasadniając roszczenia oparte o art. 18 ust. l pkt l UZNK powód podniósł, że prawnie chronione interesy powoda zostały nie tylko bezpośrednio zagrożone, ale wręcz naruszone przez pozwanego. Nadto podkreślił specyfikę spraw wynikających z naruszenia zasad uczciwej konkurencji w zakresie reklamy produktów leczniczych, w szczególności, gdy dotyczą one reklamy rozpowszechnianej w środkach masowego przekazu o tak istotnym wpływie na zachowania konsumenckie, jak telewizja czy prasa. Proces wpływania na zachowania konsumentów przez działania promocyjne obejmujące budowanie pozytywnego wizerunku marki i produktu jest skomplikowany i żmudny. Z drugiej strony z kolei, nawet największe wysiłki promocyjne mogą zostać stosunkowo łatwo i nieodwracalnie zniweczone przez nieuczciwe działania ze strony konkurenta. Siła oddziaływania reklamy jest tym większa, gdy weźmie się pod uwagę kategorię odbiorców reklamy I.. Matki wykazujące szczególną troskę o zdrowie dzieci są podatne na zawarte w reklamach treści i sugestie odnoszące się do najbardziej cenionych przez nie wartości, ponieważ wciąż poszukują coraz efektywniejszych metod leczenia dolegliwości dotykających ich dzieci. W związku z tym, powodowi należą się środki ochronne, które pozwolą skutecznie zapobiec powstaniu nieodwracalnych szkód po jego stronie. Stworzone na skutek dłuższego rozpowszechniania reklamy błędne przeświadczenie jej odbiorców o tożsamości reklamowanych towarów może bowiem okazać się nieusuwalne. Powód nadmienił, iż cały dorobek promocyjny, przejawiający się w powszechnej znajomości reklamowanego hasła, a nade wszystko pozytywnych skojarzeniach, które budzi wśród potencjalnych klientów, a który nakładem takich środków i starań osiągnął, może zostać utracony nieodwracalnie, bowiem wykorzystywane hasło powoda utraci swoje unikalne cechy. Uzasadniając roszczenia oparte o art. 18. ust. l pkt 2 i 3 UZNK powód podkreślił, że szkody, które ponosi wskutek nieuczciwych działań pozwanego nie dotyczą wyłącznie strat finansowych lub utraconych zysków (choć oczywiście mogą je obejmować), ale w pierwszej kolejności uszczerbków niematerialnych przejawiających się w bezpowrotnej utracie przez jego hasło właściwości odróżniających i promocyjnych. Powód wskazał, że działania pozwanego już wywołały negatywne konsekwencje obejmujące zarówno uszczerbki w walorach promocyjnych samego hasła reklamowego, jak i możliwość wprowadzenia klientów w błąd, o czym świadczą wyniki przytaczanych badań konsumenckich. Zapobieżenie postępującej degradacji walorów promocyjnych hasła powoda, jak i możliwości wprowadzenia klientów w błąd wymaga nie tylko zakazania

pozwanemu dalszych naruszeń, ale także nakazania mu podjęcia działań, które pozwolą odwrócić skutki naruszeń, które już zaistniały. Okoliczności te uzasadniają żądanie wycofania wszystkich reklam i wstrzymania innych działań promocyjnych z użyciem hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" lub haseł podobnych, a także nakazanie pozwanemu podjęcia aktywnych działań zmierzających do zapobieżenia wykonaniu jakichkolwiek zleceń, poleceń, próśb lub czynności równoważnych, które pozwany przekazał osobom trzecim, w szczególności mediom, dotyczących emisji, publikacji lub innej formy rozpowszechniania ww. hasła lub haseł podobnych. Ponadto, ze względu na siłę i powszechność oddziaływania przekazu mediowego, który wykorzystywał w swych działaniach pozwany, odwrócenie skutków naruszenia wymaga również wyraźnej deklaracji i wyjaśnienia ze strony pozwanego, iż prowadzona przez niego kampania promocyjna stanowiła działania nieuczciwe. Wyjaśnienia te należą się zaś nie tylko powodowi, ale przede wszystkim jego klientom. Stąd zasadne jest żądanie nakazania pozwanemu, na podstawie art. 18 ust. l pkt 3 w zw. z art. 3 oraz art. 16 ust. l pkt l i 2 UZNK złożenia oświadczenia o stosownej treści i w określonych pozwem formach. Pozwoli to na realizację funkcji wskazanego w art. l 8 ust. l pkt 3 UZNK środka ochrony prawnej. Żądanie powoda stanowi bowiem jeden ze środków zmierzających do usunięcia skutków niedozwolonych działań, szczególnie uzasadniony charakterem naruszeń prawnie chronionych interesów powoda będąc zarazem środkiem działającym na świadomość klienteli i jej wybory znajdujące odbicie w stosunkach majątkowych. W szczególności powód podkreślił, że w wypadku naruszenia jego praw wskutek prowadzonej kampanii telewizyjnej, tylko tą samą drogą (przy użyciu tych samych środków, możliwe jest najpełniejsze usunięcie skutków naruszeń. Nadmienił, że nie każdy przekaz mediowy nawet, jeżeli odbywa się za pomocą tego samego środka komunikacji (np. telewizji) jest w stanie osiągnąć zamierzone efekty, a w szczególności trafić do grupy docelowej danego produktu lub usługi. Naprawienie uszczerbków, które poniósł oraz zapobieżenie ich dalszym, niekorzystnym konsekwencjom może więc nastąpić tylko, o ile oświadczenie pozwanego będzie miało szansę trafić do osób, które stanowią potencjalnych klientów zarówno powoda, jak i pozwanego, tj. matek. Tę funkcję może zaś zapewnić wyłącznie nakazanie pozwanemu złożenia oświadczenia we wskazanej w pozwie treści, ale i w sposób, który zapewni odpowiednio wysoką efektywność tego przekazu, mierzoną wskaźnikiem (...). Ponadto wskazał, iż domaga się, aby ogłoszenia emitowane w telewizji odpowiadały także dalszym kryteriom, tj. aby zostały wyemitowane we wskazanych mediach (stacjach telewizyjnych) oraz w sposób, który gwarantuje, że w grupie docelowej przynajmniej 86% osób zobaczy je przynajmniej jeden raz, a 72% przynajmniej trzy razy, zaś każda osoba, która miała kontakt z ogłoszeniem, zobaczy je średnio 9 razy. Kryteria te stanowią standardowe wytyczne dla kampanii organizowanych przez profesjonalne agencje reklamowe (medłowe). Ponieważ naruszenie nastąpiło niewątpliwie wskutek prowadzonej profesjonalnie kampanii opartej zarówno na wartościach (...), jak i zasięgu oraz średniej częstotliwości, żądanie środków naprawczych zostało sformułowane z użyciem tych samych, profesjonalnych kryteriów. Tak sformułowana treść wyroku pozwoli także uniknąć możliwości dowolnej jego interpretacji przez pozwanego i zapewni jego łatwą egzekwowalność, a przez to realizację celu postępowania. Dlatego też pozwany powinien zapewnić emisję oświadczenia w sposób, który zapewni osiągnięcie pułapu (...) oraz pozostałych kryteriów wskazanych w pozwie.

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu wskazał, że żądania pozwu są bezzasadne i winny zostać oddalone w całości, tak z przyczyn stricte formalnych (wadliwości sformułowania żądań pozwu), jak również z przyczyn merytorycznych - wobec przedstawienia przez powoda chybionej argumentacji, jak również z uwagi na nieudowodnienie twierdzeń i wniosków przytoczonych w pozwie.

Pozwany podniósł, iż żadne z żądań pozwu nie zostało sformułowane w sposób umożliwiający jego uwzględnienie. W ocenie pozwanego, żądania pozwu są nieprecyzyjne, ogólnikowe, nie nadają się do wykonania, przez co pozostają w sprzeczności z istotą roszczeń wymienionych w art. 18 ust. l pkt l, 2 i 3 u.z.n.k.

Odnosząc się do pierwszego z żądań pozwu wskazał, iż jest ono wadliwe, bowiem jego uwzględnienie - w brzmieniu określonym w pozwie - odnosiłoby skutek względem podmiotów nie będących stroną niniejszego procesu, co jest niedopuszczalne. Powód odwołał się do bliżej nieokreślonego pojęcia „spółek powiązanych z pozwanym", co można wykładać jako wszelkiego rodzaju powiązania (prawne, handlowe). Ponadto żądanie pozwu nie zostało

sprecyzowane w sposób umożliwiający jego uwzględnienie, a następnie wykonanie przez pozwanego, bowiem z treści żądania w żaden sposób nie wynika, zaniechania jakiego rodzaju działalności promocyjnej Sąd winien nakazać pozwanemu, a także jakich produktów nakaz miałby dotyczyć. W odniesieniu do drugiego z żądań pozwu pozwany wskazał, iż nie zostało ono sprecyzowane przez powoda w sposób dostateczny tj. umożliwiający jednoznaczne stwierdzenie, zaniechania jakiej działalności promocyjnej Sąd winien nakazać pozwanemu, a także jakich produktów oraz jakich haseł reklamowych zakaz miałby dotyczyć. Obowiązek sprecyzowania żądania w sposób umożliwiający jego uwzględnienie, a następnie wykonanie ciążył na powodzie z mocy art. 187 § l pkt l k.p.c., zaś jego niedochowanie winno skutkować oddaleniem powództwa. Ogólne odwołanie się do rozpowszechniania reklam i prowadzenia jakiejkolwiek innej działalności promocyjnej jest niewystarczające, gdyż ewentualne uwzględnienie powództwa w tym zakresie prowadziłoby do istotnych wątpliwości w zdefiniowaniu zachowań, od których podejmowania winien powstrzymywać się pozwany. Tak szeroko sformułowane żądanie pozwu godziłoby w interesy pozwanego w tym znaczeniu, iż powód, dysponując orzeczeniem o skutkach prewencyjnych, mógłby dowolnie wskazywać, które zachowanie pozwanego narusza nakaz orzeczony przez Sąd -a w konsekwencji domagać się od pozwanego zaniechania określonych czynności w zakresie reklamy i promocji. Zdaniem pozwanego, stan taki byłby niedopuszczalny, bowiem w istocie strona procesu decydowałaby o zakresie skutków orzeczenia sądowego, opartego o przepis art. 18 ust. l pkt l u.z.n.k. Aktualna pozostaje przy tym argumentacja dotycząca niedopuszczalności orzekania przez Sąd względem podmiotów nie będących stroną niniejszego procesu.

Odnosząc się do treści żądań opisanych przez powoda w punktach 3 i 4 pozwu, pozwany wskazał, iż zostały one sformułowane w sposób wadliwy tj. niezgodny z istotą przepisu art. 18 ust. l pkt 2 u.z.n.k. Roszczenie oparte o przepis art. 18 ust. l pkt 2 u.z.n.k. ma charakter restytucyjny tj. zmierzający do przywrócenia stanu sprzed popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Wedle tej normy roszczenie sprowadza się do usunięcia skutków niedozwolonych działań. Natomiast żądania sformułowane przez powoda: a) w początkowej ich treści (wycofanie reklam i wstrzymanie innych działań promocyjnych) faktycznie zawierają się w żądaniu zaniechania niedozwolonych działań (art. 18 ust. l pkt l u.z.n.k.), co stoi w oczywistej sprzeczności z istotą zgłoszonego roszczenia tj. o usunięcie skutków tych działań, zaś b) w dalszej części (podjęcie działań w celu zapobieżenia używania hasła reklamowego) w istocie stanowią zgłoszenie roszczenia o charakterze prewencyjnym, co również pozostaje bez związku z roszczeniem opartym o przepis art. 18 ust. l pkt 2 u.z.n.k. Tego rodzaju roszczenie także zaliczyć należy do żądań wywodzonych z art. 18 ust. l pkt l u.z.n.k. - stanowi ono bowiem roszczenie o niepodejmowanie (zaniechanie) niedozwolonych działań. Z uwagi na powyższe, żądania pozwu winny zostać oddalone. Istnieje bowiem wewnętrzna sprzeczność zgłoszonych roszczeń - z jednej strony powód wprost wskazał, iż wystąpił z roszczeniem o usunięcie skutków niedozwolonych działań (przywołując zarazem podstawę prawną żądań pozwu), z drugiej zaś określił żądanie w sposób odpowiadający roszczeniu o zaniechanie niedozwolonych naruszeń. Wskazany przez powoda sposób usunięcia skutków naruszeń jest o tyle nieprawidłowy, że nie doprowadzi on w istocie do ich usunięcia, a ma na celu wyłącznie uniemożliwienie pozwanemu prowadzenia w przyszłości kampanii reklamowej jego produktów z użyciem bliżej nieokreślonych haseł oraz w powiązaniu z nieokreślonym kręgiem podmiotów. W ocenie pozwanego, przywołana wadliwość zgłoszonych roszczeń nie pozwala na ich uwzględnienie. Nie można zaś przyjąć, iż w istocie powód wystąpił z roszczeniem z art. 18 ust. l pkt l u.z.n.k., gdyż stanowiłoby to w świetle art. 479^4 § 2 k.p.c. niedozwoloną modyfikację żądania pozwu. Ponadto aktualne pozostają - w odniesieniu do żądania z punktu 4 - rozważania dotyczące skutków zapadłego orzeczenia, ogólnikowości i braku precyzji przy określeniu żądania.

W odniesieniu do żądań pozwu zawartych w punktach 5, 6 i 7 pozwany wskazał, iż zostały one sformułowane w sposób wadliwy, uniemożliwiający ich wykonanie. Żądanie pozwu winno zostać przez powoda dokładnie określone tj. w sposób jednoznaczny i precyzyjny, odpowiadający przepisowi art. 18 ust. l pkt 3 u.z.n.k. Treść oświadczenia, którego złożenia domaga się powód, została sformułowana w oderwaniu od realiów niniejszego procesu, co wyklucza możliwość uwzględnienia żądań z przyczyn czysto formalnych. Zdaniem pozwanego, powód domaga się złożenia oświadczenia, którego treść pozostaje bez związku z przedmiotem niniejszego procesu. Pozwany podniósł, że powód odwołał się do bliżej nieokreślonego „producenta leku I. D." bez wskazania jego nazwy, co czyni oświadczenie tak ogólnym, iż pod wspomniane pojęcie można podciągnąć jakiegokolwiek przedsiębiorcę. Okoliczność ta godzi zarówno w wymóg dokładnego określenia żądania, jak również w pewność obrotu, w tym sensie, iż tego rodzaju oświadczenie

dotyczyć może podmiotu nie związanego w żaden sposób z produkcją leku I. D.. Co istotne, można także założyć, iż złożenie przedmiotowego oświadczenia -bez wyraźnego wskazania o jaki podmiot chodzi - mogłoby doprowadzić do absurdalnego skutku tj. wobec rzekomych, podnoszonych przez powoda trudności z odróżnieniem obu leków i co za tym idzie także ich producentów, faktycznie u konsumentów przedmiotowe oświadczenie (wyemitowane lub opublikowane) mogłoby wywołać przekonanie, iż to powód R. (...) ((...)) Spółka Akcyjna w W. złożył oświadczenie. Nadto pozwany wskazał, iż powód domaga się, aby adresatem oświadczenia byli Jego pacjenci". Pozwany oświadczył, iż nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie świadczeń zdrowotnych, w związku z czym nie posiada ani „swoich" ani jakichkolwiek innych „pacjentów". Zatem już z tego względu żądania pozwu są bezprzedmiotowe. Użycie pojęcia „pacjent" powoduje, iż faktycznie oświadczenie byłoby kierowane do dzieci w wieku od 4 miesięcy do 4 lat, bowiem to dzieci są w istocie pacjentami, którym podawany jest lek. Wykonanie obowiązku wskazanego przez powoda, tj. przeproszenia „pacjentów" rozumianych jako dzieci w wieku 4 m-ce - 4 lata, bo one są pacjentami - osobami przyjmującymi lek, prowadziłoby do nałożenia na pozwanego obowiązku, którego wykonanie naruszałoby obowiązujące przepisy prawa, w szczególności art. 53 ust. 3 w związku z art. 52 ust. l ustawy Prawo farmaceutyczne, który zakazuje reklamy produktu leczniczego kierowanej do dzieci. Oświadczenie (nawet zakładając, że nie będzie zawierało elementów skierowanych do dzieci), będzie musiało zostać zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 21 listopada 2008 roku w sprawie reklamy produktów leczniczych (Dz. U z 2008 roku Nr 210 póz. 1327) zaopatrzone w obowiązkowe informacje, w tym również ostrzeżenie „przed użyciem zapoznaj się z treścią ulotki dołączonej do opakowania bądź skonsultuj się z lekarzem lub farmaceutą, gdyż każdy lek niewłaściwie stosowany zagraża twojemu życiu lub zdrowi"). Powyższe powoduje, że wyznaczony przez powoda czas 8 sekund na złożenie przedmiotowego oświadczenia jest absolutnie niewystarczający. Pozwany zaznaczył również, iż powód wymaga od niego przeproszenia „swoich" pacjentów, co jest o tyle pozbawione sensu, iż takie osoby nie mogą być traktowane jako wprowadzone w błąd, skoro „są pacjentami pozwanego", czyli osobami świadomie korzystającymi z oferowanego przez pozwanego leku. Zatem przedmiotowe żądania zawierają błąd logiczny, czyniący przeprosiny o treści wskazanej przez powoda w pozwie zbędnymi. Dodatkowo pozwany wskazał, iż tekst oświadczenia nie precyzuje, jakiego hasła reklamowego „wykorzystywanego od lat" dotyczy oraz jaki podmiot posługiwał się tym hasłem. Niewątpliwie także z tego względu treść oświadczenia należy uznać za nazbyt ogólnikową.

Pozwany podniósł również, iż kwestionowane żądania pozwu wskazują konkretne czasopisma i stacje telewizyjne, w których winno nastąpić ogłoszenie oświadczenia. Niemniej pozwany nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu świadczącego o tym, iż faktycznie w wymienionych czasopismach i stacjach telewizyjnych reklamował lek I. D.. Tym samym brak jest podstaw, do nałożenia obowiązku złożenia oświadczenia za pośrednictwem właśnie tych konkretnych czasopism i stacji telewizyjnych, wskazanych przez powoda. Pozwany podniósł, że powód nie kwestionuje reklamy leku I. D., a jedynie podważa możliwość posługiwania się przez pozwanego hasłem „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej". W konsekwencji, tekst oświadczenia został sformułowany błędnie, gdyż przedmiotem badania w niniejszej sprawie może być co najwyżej reklama leku traktowana jako całość, a nie jedynie jej element. Pozwany zaznaczył też, iż treść oświadczenia nie wskazuje przedmiotowego hasła (jego treści) jako rzekomej przyczyny wprowadzania konsumentów w błąd. Zdaniem pozwanego, okoliczność ta świadczy o tym, iż w istocie hasło reklamowe (używane tak przez powoda, jak i przez pozwanego) nie ma tak doniosłego wpływu na wybór leku przez konsumentów, jak przedstawił to powód w uzasadnieniu pozwu. Istnieje więc zasadnicza sprzeczność pomiędzy kreowaną przez powoda rolą hasła reklamowego „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" (urastającą wręcz do rangi samej reklamy, nie zaś jednego z jej składników), a rzeczywistym oddziaływaniem haseł (części reklam) na konsumentów (skoro zostały one pominięte przez powoda w treści oświadczenia). Argumentacja powoda skupia się wokół haseł reklamowych oraz tego, iż hasło przez niego wykorzystywane jest z łatwością rozpoznawalne i kojarzone z lekiem N. dla dzieci. Z uwagi na to bezprzedmiotowe pozostaje także żądanie opisane przez powoda w punkcie 8.

Pozwany podniósł, że okoliczności faktyczne, mające według powoda uzasadniać popełnienie przez pozwanego czynu nieuczciwej konkurencji, nie zostały udowodnione. W szczególności powód nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie przedstawionego stanowiska w sprawie. Pozwany zaznaczył, że do pozwu powód dołączył jedynie wydruki komputerowe (zestawienia, tabele, wykresy), które w żadnym miejscu nie zostały opatrzone jakimkolwiek podpisem. Stąd też załączone wydruki nie stanowią nawet dokumentów prywatnych w rozumieniu przepisu art. 245 k.p.c.

Żaden z dołączonych wydruków nie został podpisany, a część z nich została wydrukowana na papierze firmowym R. (...) ((...)) S.A. z siedzibą w N. - stanowią one zatem jedynie nieustalone informacje, nie posiadające jakiejkolwiek mocy dowodowej. Pozwany wskazał, iż faktycznie przedstawione „wydruki" nie posiadają waloru prawdziwości i autentyczności, bowiem z uwagi na ich formę (brak podpisów) można postawić zarzut, iż nie pochodzą one od podmiotów w nich wskaznaych (w szczególności dotyczy to raportu z badania hasła reklamowego). Zdaniem pozwanego, powód nie wykazał okoliczności sporządzenia tych wydruków, a co więcej nie przedstawił dowodów świadczących o tym, iż informacje w nich zawarte są prawdziwe. Z tego względu przedmiotowe wydruki w żadnej mierze nie mogą stanowić dowodu, świadczącego o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji i są nieprzydatne dla stwierdzenia okoliczności faktycznych, dla których udowodnienia zostały przedstawione.

Ustosunkowując się do poszczególnych argumentów podniesionych przez powoda, pozwany w pierwszej kolejności wskazał, że powód nie zaprezentował jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że pozwany reklamując lek I. D. popełnił czyn nieuczciwej konkurencji. Wszelkie twierdzenia powoda i wszelkie pisma odnoszą się wyłącznie do jednego elementu reklamy - hasła reklamowego. Badaniu podlegać powinna zaś cała reklama, a nie tylko jeden z jej elementów. Jak bowiem wynika z treści art. 16 ust. 2 u.z.n.k. przy ocenie reklamy wprowadzającej z błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy. Powód nie udowodnił, że posługiwanie się przez pozwanego hasłem „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej", będącym jednym z elementów reklamy telewizyjnej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Powód nie wykazał, aby zachowanie pozwanego było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz by jego działanie naruszało jakiekolwiek przepisy prawa.

Wskazał jedynie, iż posługiwanie się przez pozwanego hasłem „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" stanowi naruszenie dobrego obyczaju, w postaci naruszenia zakazu wykorzystywania owoców cudzych starań, opierając swoje twierdzenie na tym, iż hasło stosowane przez pozwanego „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" jest prawie identyczne w wcześniej wypracowanym hasłem. Pozwany podniósł, ze ewentualne posługiwanie się przez kogokolwiek „owocem cudzej pracy" nie stanowi naruszenia dobrych obyczajów, lecz przepisów prawa w tym sensie, że o ile powodowi przysługiwałyby autorskie prawa niemajątkowe bądź majątkowe do tego hasła, lub hasło to stanowiłoby zarejestrowany znak towarowy, wówczas korzystanie przez inne podmioty z takiego hasła stanowiłoby naruszenie przepisów prawa autorskiego bądź prawa własności przemysłowej, o ile powód zdołałby wykazać, iż istotnie przysługują mu prawa do tego hasła i że jest ono wytworem jego pracy. W niniejszej sprawie powód nie wykazał, aby to on był autorem przedmiotowego hasła, użył go jako pierwszy, a nadto jest ono na tyle unikalne, że przysługuje mu ochrona związana z jego wytworzeniem. Wszelkie twierdzenia powoda w tym zakresie, jako nieudowodnione, pozwany kwestionuje.

Pozwany podniósł, iż wskazanie przez powoda, że hasła reklamowe są zbliżone znaczeniowo nie świadczy samo w sobie o naruszeniu jego interesu. Samo stwierdzenie, że posługiwanie się przez pozwanego hasłem „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" prowadzi do powstania coraz większych, a nade wszystko niepowetowanych szkód po stronie powoda (w wymiarze tak materialnym, jak i niematerialnym) nie wystarcza do uznania, że jego interes jest naruszony bądź zagrożony. O zagrożeniu lub naruszeniu interesu przedsiębiorcy nie decyduje jego subiektywne przekonanie, lecz przesłanka ta winna zostać stwierdzona w oparciu o kryteria obiektywne. Powód nie przedstawił na tę okoliczność dowodów, a samo twierdzenie o zagrożeniu jego interesu nie świadczy o jego realności, co jest niezbędnym elementem tej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Pozwany podkreślił, iż przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. nie udziela ochrony przedsiębiorcy w sytuacji, gdy pogorszenie jego interesów lub nawet straty są wynikiem działań osób trzecich, o ile działania te są zgodne z prawem i uczciwe.

W konsekwencji, brak jest podstaw do uwzględnienia roszczeń powoda na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W ocenie pozwanego powód nie udowodnił również, aby działania reklamowe podejmowane przez pozwanego stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 16 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k., w myśl którego za czyn taki uważa się reklamę sprzeczną z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiającą godności człowieka. Ze wskazanego przez powoda twierdzenia wynika, iż uznaje on hasło reklamowe „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" a właściwie zwrot „w praktyce nic nie (...)" za swój znak rozpoznawczy, jedynie jemu przysługujący. Pozwany

podniósł, iż twierdzenie powoda, że stosuje hasło reklamowe „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" od 2006 roku, nie polega na prawdzie, bowiem z (...) sp. z o.o. we W. - podmiotu profesjonalnie zajmującego się monitorowaniem reklam w mediach - wynika, iż hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" pojawiło się na rynku najwcześniej dopiero w sierpniu 2008 roku. Do tego czasu reklamy N. dla dzieci pojawiły się bez wspomnianego hasła. We wcześniejszym okresie dla oznaczenia produktu „N. dla dzieci" używane były przez powoda inne hasła reklamowe, które w żaden sposób nie były podobne do stosowanego przez niego obecnie zwrotu „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej". Nieprawdą jest również, że zastosowane hasło „w praktyce nic nie (...)" stanowi niejako znak rozpoznawczy - firmowy powoda, kojarzony wyłącznie z jego produktami, albowiem również inne podmioty reklamują swoje produkty przy użyciu tego hasła ((...) Sp. z o.o. w W. reklamuje preparat C.-S. Forte przy użyciu hasła „w praktyce nic nie wchłania się lepiej"). Wbrew twierdzeniom powoda zwrot „w praktyce..." jest powszechnie używany nie tylko w życiu codziennym, ale także w kampaniach reklamowych wielu innych produktów. Tym samym, w przekonaniu pozwanego, reklama leku I. D. nie może zostać uznana za sprzeczną z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami. W ocenie pozwanego, powód nie zdołał także wykazać, by zachowanie pozwanego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na reklamie wprowadzającej klienta w błąd i mogącej przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi (art. 16 ust. 1 pkt. 2 u.z.n.k.). Zdaniem pozwanego, oceniając reklamy telewizyjne I. D. i N. dla Dzieci stwierdzić należy, iż reklamy te są zupełnie różne. Reklama leku N. dla Dzieci stosuje konwencję bajkową ujętą jako magiczną zabawę. Postacią kluczowa jest matka-czarodziejka, w rękach której lek nabiera niezwykłej mocy i siły działania. W konsekwencji choroba przedstawiona została jako łatwe do przejścia zdarzenie. Natomiast w przypadku reklamy leku I. D. akcja toczy się w domu, gdzie cala rodzina, w tym także ojciec, zbiera siły do walki z chorobą. Matka, pełniąca rolę przywódcy, zarządza kryzysową sytuacją. Matka działa według własnej praktyki, taktyki i doświadczenia, czego efektem jest wspólne pokonanie choroby (przy użyciu leku). Nie ulega więc wątpliwości, iż obie reklamy są diametralnie różne i są łatwe do odróżnienia przez klienta, a nadto w obu reklamach hasła reklamowe nie stanowią kluczowych elementów reklamy. Hasła występują w odmiennych kontekstach znaczeniowych i pełnią inne funkcje. Nie można bowiem oceniać in abstracto całej kampanii reklamowej. Sąd władny jest uznać, iż konkretna reklama wprowadza w błąd, nie zaś reklama bliżej nieokreślona, opisana ogólnie w pozwie. Nadto, ocenie winna zostać poddana cała reklama, a nie poszczególne jej fragmenty lub elementy. Wynika to z faktu, iż fragment reklamy może budzić skojarzenia z inną reklamą, jednak w zestawieniu z całością reklamy o takim efekcie nie może być mowy, a w konsekwencji obie reklamy mogą być uznane za diametralnie różne. W ocenie pozwanego, powód próbuje wywołać mylne wrażenie, iż posługiwanie się przez pozwanego hasłem reklamowym, w jego ocenie zbliżonym do hasła, którego sam używa, powoduje wprowadzenie potencjalnych klientów w błąd. Zakwestionowanie przez powoda jedynie jednego elementu reklamy (wyżej wskazanego zwrotu) jako wprowadzającego klienta w błąd nie może prowadzić do uznania całej reklamy za wprowadzającą w błąd klientów oraz stanowiącej powielenie pomysłów powoda i „czerpanie z owoców jego pracy i twórczości". W szczególności, że jako przykłady takiego powielania pomysłów powód podaje również ten sam skład leku, sposób dawkowania, wskazania dawkowania (wynikające z przyczyn medycznych) oraz występowanie w reklamach telewizyjnych obu producentów N. dla dzieci i I. D., matki troszczącej się o swoje małoletnie dziecko. Wbrew twierdzeniom powoda, użyte w reklamach telewizyjnych hasła reklamowe obu produktów nie są podobne pod względem treści, albowiem odnoszą się do różnych pól znaczeniowych (szybciej - I. D. o dłużej - N. dla dzieci). Co najwyżej można uznać, iż hasła te są podobne do siebie pod względem formy, pochodzącej z języka potocznego pisanego i mówionego. jednakże nie charakteryzują się wyjątkowością, specyfika czy odmiennością, która można byłoby zastrzec do wyłącznego użytku. Niemniej jednak, aby można było mówić o reklamie wprowadzającej w błąd należałoby poddać analizie całą reklamę (treść, formę i sposób przekazu), a nie jedynie jej fragment lub element. Nawet pobieżne zapoznanie się z obiema reklamami telewizyjnymi (N. dla dzieci i I. D.) prowadzi do wniosku, iż są one zupełnie odmienne pod względem treści i formy oraz dotyczą dwóch różnych produktów. Natomiast ich szczegółowa analiza zezwala na wyspecyfikowanie daleko idących, różnic wizualnych i znaczeniowych, powodujących że reklamy te nie mogą być uznane za podobne. Wykorzystywanie reklamy telewizyjnej I. D. zawierającej odmienne znaczeniowo hasło reklamowe „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" w żadnym wypadku nie uzasadnia nałożenia na podstawie art. 18 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. zakazu prowadzenia przez pozwanego całej kampanii reklamowej tego produktu z wykorzystaniem tego hasła reklamowego. Zastosowanie podobnych motywów przewodnich w reklamie jest immanentną cechą reklam zaliczających się do określonej kategorii produktowej i jest wynikiem wiedzy, która uzyskać można w wyniku prowadzenia dla marek

badań konsumenckich. Nielogiczne i niezgodne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby reklamowanie leku dla dzieci za pomocą innych środków lub technik niż przedstawienie matki troskliwie opiekującej się swoim dzieckiem. Dodatkowo pozwany wskazał, że w jakościowych badaniach konsumenckich obowiązuje pewien standardowy zestaw technik, pozwalających „dotrzeć" do tych obrazów, elementów czy motywów, które najefektywniej wpłyną na zauważalność, zapamiętywalność danej reklamy, przywiązanie emocjonalne do danej marki, czy intencję zakupu. W przypadku każdej kategorii produktowej są to cechy wspólne, niezależnie do marki (wynikające z wyższego poziomu potrzeb konsumenckich). Wizerunek matki w reklamie dziecięcej jest cechą wspólna niemal wszystkich reklam skierowanych do matek dzieci. Badania dowodzą, iż wizerunek matki jest elementem budującym silny związek emocjonalny z marką oraz wpływa na zwiększenie zainteresowani reklama (badanie typu interest tracą M. B.). Ponadto przesłanką warunkującą uznanie, iż posługiwanie się dana reklamą jest czynem nieuczciwej konkurencji, jest wystąpienie możliwości podjęcia pod wpływem błędu decyzji dotyczącej nabycia towaru lub usługi. Powód nie udowodnił, iż potencjalny klient, do którego adresowana jest reklama, podejmie decyzje o wyborze produktu z uwagi na wprowadzenie w błąd przez reklamę pozwanego. Samo wskazywanie na rzekome podobieństwo haseł reklamowych i przeprowadzanie ankiet jedynie ich dotyczących, nie wystarcza do uznania, że posługiwanie się reklamą zawierającą m.in. kwestionowane hasło stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Powód nie zaprezentował jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że reklama pozwanego „mogła wpłynąć na decyzję klienta co do nabycia" leku. Zaprezentowany przez powoda raport z badania hasła reklamowego, abstrahując od tego, że nie stanowi dowodu w niniejszej sprawie, dotyczy nie reklam powoda i pozwanego, a jedynie haseł reklamowych, którymi strony niniejszego sporu się w tych reklamach posługują. Zatem również z tego względu badanie to jest całkowicie nieprzydatne dla niniejszego postępowania. Pozwany podkreślił także, iż dla możliwości przypisania popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji z art. 16 ust. 1 pkt.2 u.z.n.k. niezbędne jest wykazanie przez powoda, iż potencjalny konsument został wprowadzony w błąd iż tego względu reklama mogła wpłynąć na jego decyzję co do nabycia leku. Co ca tym idzie ustalenia w niniejszym procesie wymagałoby reakcje na reklamę przez potencjalnego konsumenta. Tym samym odwoływanie się przez powoda do przeciętnego konsumenta jako wzorca pozwalającego na stwierdzenie, czy reklama wprowadza w błąd, czy nie, w realiach niniejszej sprawy jest bezpodstawne. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z towarem powszechnego użytku (kupowanego codziennie bez większego namysłu), lecz towarem o ściśle zdefiniowanym przeznaczeniu, skierowanym do szczególnego grona konsumentów. Adresatami obu reklam są rodzice małoletnich dzieci, a więc ograniczony krąg konsumentów. Ponadto z uwagi na przeznaczenie towaru oraz okoliczności dokonywania jego wyboru (choroba dziecka) decyzja w tym względzie nie zostaje podjęta bez namysłu, a wręcz przeciwnie zasadniczo w oparciu np. o zalecenia lekarza-pediatry. Dla ustalenia powyższych okoliczności konieczne byłoby posiadanie wiadomości specjalnych. Niemniej skoro powód nie wnioskował o przeprowadzenie stosownego dowodu, jak również nie przedstawił innych dowodów uzasadniających jego twierdzenia, to okoliczność tę należy uznać za nieudowodnioną. Wobec faktu, iż w tym wypadku nie można korzystać ze wzorca przeciętnego konsumenta, bezprzedmiotowe staje się odwoływanie do zasad doświadczenia życiowego. W tym względzie pozostają one nieprzydatne dla oceny, czy reklama faktycznie wprowadzała konsumenta w błąd, gdyż opierają się właśnie o model typowego adresata.

Odnosząc się do wyników badań marketingowych załączonych przez powoda do pozwu pozwany stwierdził, iż są one niewiarygodne, a co więcej nieprzydatne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, albowiem: a) informacją, która pozwoliłaby ustalić znajomość haseł reklamowych i przyporządkowanie do poszczególnych produktów byłaby informacja odnosząca się do spontanicznej znajomości hasła reklamowego. Takie pytanie nie znalazło się jednak w badaniu. Pojawiają się w nim jedynie pytania odnoszące się do świadomości wspomaganej (pyt. P1). Pytanie powinno odnieść się do kontekstu i brzmieć „Czy pamięta Pani jakie hasło pada w reklamie N. dla Dzieci" oraz „Czy pamięta Pani jakie hasło pada w reklamie I. D.?" b) w pytaniu nr 2 (P2) również wspomaganym listą, ponieważ nie wymieniono na niej wszystkich podmiotów posiadających udział w rynku leków, istotniejszych od P. np. I.. 24% pytanych przyporządkowało hasło N. dla Dzieci do marki P., w przypadku I. D. było tak tylko w 20% przypadków. Pytanie to pokazuje w istocie, ze respondenci popełnili błąd poznawczy. Skoro zestawili hasło z marką, która go nie posiada to powodowi nie udało się zawłaszczyć hasła jako istotnego elementu wizerunku produktu N. dla Dzieci; c) wyniki badań zawarte w pytaniach nr 1(P1) i nr 2 (P2) są niewiarygodne, gdyż dla uzyskania miarodajnych wyników konieczne byłoby zadanie analogicznego pytania (P1 i P2) w odniesieniu do hasła reklamowego stosowanego przez I.

D. „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej”, d) pytanie nr 5 (P5) nie jest poprawne metodologicznie, ponieważ sugeruje odpowiedź (podobieństwo). Brzmi ono „Czy hasło „w praktyce nie obniża gorączki na dłużej” jest podobne do hasła „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej” - powinno ono brzmieć „Czy hasło „w praktyce nie obniża gorączki na dłużej” jest podobne, czy też niepodobne do hasła „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej. Przedmiotowe pytanie w przedstawionym kształcie w sposób oczywisty sugeruje odpowiedź; e) pytanie nr 6 (P6) nie mówi o N. dla Dzieci, tylko o „tym samym produkcie” a więc nie jest możliwe ustalenie jakiego produktu konkretnie dotyczyło. Pozwany dodatkowo podniósł, iż zlecił przeprowadzenie badania w przedmiocie postrzegania przez klientów reklam zawierających hasła reklamowe „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej” oraz „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej”, a także związku spadku udziału w sprzedaży produktu N. dla dzieci z rozpoczęciem w miesiącu wrześniu 2009 roku kampanii reklamowej I. D., której elementem było hasło reklamowe „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej”. Przedmiotowe badania pozbawione są błędów merytorycznych i zostały przeprowadzone w sposób poprawny metodologicznie. Badania te ewidentnie przeczą stanowisku powoda. Wynika z nich przede wszystkim, iż stosowane przez powoda hasło reklamowe ma znikome znaczenie dla rozpoznawalności marki, czy też rodzaju leku. Pomimo wysokiej znajomości reklam obu marek, nie sposób mówić o jakiejkolwiek spontanicznej znajomości haseł reklamowych wśród badanej grupy docelowej, co upoważnia do stwierdzenia, że żadne z tych haseł nie jest zdecydowanie bardziej kojarzone z jedną bądź drugą marką. Okoliczność ta w sposób oczywisty negatywnie rzutuje na możliwość przypisania pozwanemu popełnienia czynów nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom powoda, oba hasła reklamowe mają więc na celu zaakcentowanie innych walorów produktów .. (...) przypadku produktu N. dla Dzieci podkreślono, iż działanie leku ma charakter długotrwały, zaś w przypadku I. D. jego natychmiastową skuteczność. Są one zatem skierowane na wskazywanie innych aspektów działania formuły aktywnej 100 mg/5ml I. zastosowanej w obu lekach. Tym samym powód nie udowodnił, aby zachowanie pozwanego kwalifikowało się jako czyn nieuczciwej konkurencji w oparciu o art. 3 ust. 1 u.z.n.k. art. 16 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. albo art. 16 ust. 1 pkt. 2 u.z.n.k.

Pozwany podniósł również zarzut z art. 479^{12} § 1 k.p.c. stwierdzając, że na powodzie ciążył procesowy obowiązek kompletnego i zupełnego przedstawienia stanowiska przyjętego w sprawie. Powód winien zatem w sposób należyty wykazać zasadność żądań pozwu. Pozwany zaznaczył, iż powód występując na drogę sądową miał świadomość tego, iż pozwany kwestionuje w całości twierdzenia, wnioski i zarzuty formułowane przeciwko niemu. Świadomość tę powód posiadał chociażby w toku postępowania zabezpieczającego na skutek złożenia przez pozwanego zażalenia na postanowienie w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia. Wówczas pozwany przedstawił obszerną argumentację merytoryczną, w której zakwestionował zasadność stanowiska powoda. Zdaniem pozwanego powód winien był wraz ze złożeniem pozwu przedstawić wyczerpującą argumentacją uzasadniającą żądanie, a co więcej przedstawić Sadowi i drugiej stronie kompletny materiał dowodowy. Pozwany podniósł, że powód nie przedstawił jakichkolwiek dowodów mających przemawiać za uwzględnieniem żądań pozwu. Zgłoszone dowody należy uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy (nie dokumentują one bowiem jakichkolwiek okoliczności faktycznych). W związku z tym, z uwagi na treść art. 479^{12} § 1 k.p.c. wniósł o oddalenie ewentualnych wniosków dowodowych zgłoszonych przez powoda na dalszym etapie postępowania.

W piśmie procesowym z dnia 15 marca 2010 r. powód podtrzymał żądanie pozwu.

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo w całości - w tym także sformułowane w nim żądanie ewentualne i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 8.000 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia:

Powód prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie sprzedaży produktu „N. dla dzieci”. Jest to lek przeciwbólowy i przeciwgorączkowy dla dzieci w wieku 4 miesiące - 4 lata, w którym substancję czynna stanowi ibuprofen.5 ml leku zawiera dawkę 100 mg ibuprofenu. Nie krócej niż od sierpnia 2008 r. powód dla promowania powyższego produktu stosuje hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej”.

Pozwany prowadzi działalność gospodarczą m.in. w zakresie sprzedaży produktu „I. dla dzieci". Jest to lek przeciwbólowy i przeciwgorączkowy dla dzieci w wieku 4 miesiące - 4 lata, w którym substancje czynna stanowi ibuprofen.5 ml leku zawiera dawkę 100 mg ibuprofenu. Pozwany dla promowania powyższego produktu od września 2009 r. stosuje hasło „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej".

Stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie oświadczenia stron, z których wynika, iż ustalone powyżej okoliczności są bezsporne, natomiast nie oparł się na dołączonych do pozwu wydrukach, opatrzonych tytułem „Raport z badania Omnibus Matki" (k.33-40) ani na zestawieniach i wykresach przedstawionych przez powoda (k.25-28). Wskazane wydruki nie stanowią dowodów w sensie procesowym, bowiem nie zostały opatrzone podpisem i nie mogą zostać uznane za dokument prywatny. Sąd podzielił pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 kwietnia 2008 r. (sygn. akt III CSK 299/07), iż dokument prywatny nie może istnieć bez podpisu. Wynika to z funkcji art. 245 k.p.c., a pośrednio również z jego treści. W konsekwencji, z przedstawionymi wydrukami nie wiąże się domniemanie prawdziwości, nie ma też podstaw by uznać, że dane przedstawione w wykresach są zgodne z prawdą, gdyż takie domniemanie wiąże się jedynie z dokumentami urzędowymi (art. 244 § 1 k.p.c.). Pozwany zaprzeczył okolicznościom nie przyznanym, powód nie zgłosił natomiast wniosków dowodowych w celu wykazania okoliczności objętych zakwestionowanymi wydrukami, choć na nim, stosownie do art. 6 kc. i 232 k.p.c. spoczywał ciężar dowodu. Tym samym, okoliczności, których miałyby dowodzić przedstawione przez powoda wydruki i wykresy, Sąd I instancji uznał za nieudowodnione, wskazał nadto, że pozwany już w toku postępowania zabezpieczającego podważał zarówno moc dowodową zaprezentowanych przez powoda materiałów, jak i okoliczności nimi stwierdzone.

Sąd oddalił wniosek powoda o przesłuchanie w charakterze świadka T. K., uznając, iż okoliczność, od kiedy powód posługuje się hasłem W praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z wnioskiem powoda świadek miał potwierdzić wykorzystywanie tego hasła co najmniej od grudnia 2007r. Wobec faktu, iż pozwany przyznał, ze powód stosuje hasło nie krócej niż od sierpnia 2008 r., przeprowadzenie dowodu w ocenie Sądu było zbędne. Zdaniem Sądu kilkumiesięczna różnica w okresie stosowania przez powoda hasła nie mogłaby mieć decydującego znaczenia dla oceny prawnej rozpoczęcia stosowania przez pozwanego spornego hasła.

Wniosek dowodowy zgłoszony w piśmie procesowym z dnia 15 marca 2010 r. Sąd uznał za spóźniony, pismo powyższe zostało pierwotnie złożone w terminie 14 dniowym od daty doręczenia odpowiedzi na pozew (czyli zgodnym z art. 479^{12} § 1 zd. 2 k.p.c.) jednakże odpis pisma nie został doręczony pełnomocnikowi pozwanego. Powód dokonał doręczenia bezpośrednio pozwanemu, a także doręczenie, jako niezgodne z art. 479.9 § 1 k.p.c. w zw. z art. 133 § 3 k.p.c. sąd uznał za bezskuteczne. Wobec powyższego, pismo na podstawie art. 479.9. § 1 zd. 3 k.p.c. zostało zwrócone (k.331), przy czym z uwagi na prawidłowe nada nie odpisu pisma pełnomocnikowi pozwanego w dniu 7 kwietnia 2010 r. (k. 304), Sąd przyjął, że skutki wiążące się ze złożeniem pisma nastąpiły w tej dacie. W konsekwencji, wniosek dowodowy złożony w dniu 7 kwietnia 2010 r. okazał się spóźniony.

Sąd nie uwzględnił również wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego. Jak wynika z pozwu oraz wyjaśnień pełnomocnika powoda, złożonych na rozprawie, powyższy wniosek dowodowy odnosił się do pkt. 5,6 i 7 pozwu i miał na celu potwierdzenie zasadności żądań powoda, gdy chodzi o sposób publikacji oświadczenia, o nakazanie złożenia którego wnosił powód.

W ocenie Sądu I instancji żądanie powoda nie zasługiwało na uwzględnienie.

Powód opierał swoje żądanie na ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji twierdząc, iż stosowane przez pozwanego hasło reklamowe „W praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W ocenie pozwanego czyn ten wypełnia po pierwsze znamiona art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy, a mianowicie hasło reklamowe pozwanego, z uwagi na podobieństwo do hasła stosowanego od dłuższego czasu przez powoda, stanowi reklamę wprowadzającą klienta w błąd i mogącą przez to wpłynąć na jego decyzje co do nabycia towaru lub usługi. Po drugie, używanie powyższego hasła reklamowego przez pozwanego stanowi działanie nieuczciwe w tym znaczeniu, że pozwany wykorzystuje owoce nakładów finansowych i organizacyjnych powoda do wypromowania swojego produktu, a tym

samym stanowi naruszenie dobrego obyczaju w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy, a jednocześnie naruszenie interesu powoda jako przedsiębiorcy.

Art. 16 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności, między innymi reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta.

Rozważając pierwszą ze wskazanych przez powoda podstaw prawnych odpowiedzialności pozwanego Sąd zważył, iż z reklama wprowadzającą w błąd mamy do czynienia wówczas, gdy pod wpływem informacji zawartej w jej treści lub ze względu na jej formę klient dokonuje pożądanego przez reklamującego wyboru będącego skutkiem błędnego wyobrażenia o rzeczywistości. Nieprawdziwy przekaz reklamowy to taki, który wywołuje u odbiorcy mylne wyobrażenie o cechach reklamowanego towaru, przy czym musza to być cechy na tyle istotne, aby mogły wpłynąć na decyzję o zakupie. Zakup towaru lub skorzystanie z usług muszą zatem pozostawać w związku przyczynowym z treścią lub formą reklamy.

W okolicznościach sprawy Sąd uznał za kwestię bezsporną, iż hasło reklamowe stosowane przez pozwanego nie zawiera treści wprowadzających w błąd. Stwierdzenie, iż w „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" jest równie prawdziwe jak to, iż „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej", skoro leki oferowane przez obie strony procesu zawierają te samą substancje czynna i takie samo jest ich dawkowanie. W rozpatrywanej sprawie czynnikiem wprowadzającym w błąd mogłaby być tylko forma reklamy, w szczególności forma (podobieństwo) hasła stosowanego przez pozwanego.

Celem art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy jest uchronienie nabywcy towaru przed podjęciem decyzji o zakupie pod wpływem mylnego wyobrażenia o produkcie .. (...) realiach sprawy mylne wyobrażenie klienta musiałoby polegać na tym, że kupowałby produkt pozwanego sądząc, że nabywa produkt pochodzący od powoda.

W ocenie Sądu nie podobna uznać, bez poparcia w wynikach postępowania dowodowego, jedynie w oparciu o zasady doświadczenia życiowego i zdrowy rozsadek (jak wywodził powód), aby samo podobieństwo haseł stosowanych w reklamie telewizyjnej i innych formach działalności promocyjnej mogło powodować pomyłki w wyborze konkretnego produktu. Przeciwnie, w oparciu o zasady doświadczenia życiowego należałoby raczej wykluczyć możliwość popełnienia tego rodzaju pomyłek.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, że elementem decydującym o istnieniu niebezpieczeństwa skojarzenia produktów jest ogólne wrażenie wizualne, stwarzające podstawę do pozytywnego wyobrażenia o produkcie pozwanego, natomiast w literaturze przedmiotu wskazuje się, że ryzyko pomyłki co do pochodzenia towaru może obejmuje następujące poziomy:

1) gdy z uwagi na podobieństwo między znakami i towarami kupujący nie dostrzega różnic i wybiera towar oznaczony znakiem fałszywym w przekonaniu, że nabywa oryginalny;

2) gdy kupujący dostrzega różnicę między oznaczonymi towarami, ale zakłada, że pozostają one pod kontrolą uprawnionego. W tym przypadku ryzyko konfuzji obejmuje pomyłkę co do ekonomicznych, prawnych lub organizacyjnych powiązań między podmiotami nakładającymi znaki i wprowadzającymi je do obrotu,

3) gdy ze względu na rozpoznawalność znaku oryginalnego na rynku i pełnienie przez niego funkcji gwarancyjnej, stopień podobieństwa znaku imitującego nałożonego na podobny towar nasuwa skojarzenie ze znanym znakiem oryginalnym, co przesądza o wyborze towaru oznakowanego znakiem fałszywym.

W ocenie Sądu w okolicznościach sprawy trudno jest zakładać powstanie pomyłek w którejkolwiek z przedstawionych wyżej postaci z powodu używania przez pozwanego spornego hasła. Hasło reklamowe nie widnieje na opakowaniu produktu żadnej ze stron. Sam fakt używania przez pozwanego podobnego hasła reklamowego w kampanii medialnej nie uzasadnia konkluzji, że potencjalni nabywcy produktów stron przyjmują, że pochodzą one od tego samego bądź powiązanych podmiotów.

Ponadto w świetle art. 16 ust. 2 ustawy przy ustalaniu, czy reklama wprowadza w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, czyli poddać całość przekazu reklamowego. W niniejszej sprawie bezsporne było, iż poza ogólnym zarysem scenariusza reklamy telewizyjnej, którego elementy stanowią choroba dziecka i matka jako osoba znajdująca środek zaradczy w postaci reklamowanego produktu, środki przekazu reklamowego użytego przez każdą ze stron były na tyle różne, że nie można uznać, aby podobieństwo reklamy miało charakter łudzący, zwodniczy, a tylko w takim wypadku można by mówić o reklamie wprowadzającej z błąd.

W ocenie Sądu I instancji, nie można również przy ocenie, czy hasło reklamowe pozwanego mogło potencjalnie wprowadzić klientów w błąd abstrahować od rodzaju reklamowego towaru, którym jest lekarstwo przeznaczone dla małych dzieci. Rodzaj produktu determinuje model przeciętnego odbiorcy, z punktu widzenia którego należy rozważyć możliwość wprowadzenia w błąd przez reklamę. W rozpatrywanej sprawie klientem, który miałby zostać wprowadzony w błąd byłby opiekun chorego, małego dziecka, potencjalnie osoba szczególnie troskliwa, a więc i uważna przy wyborze leku. Trudno jest wiec podzielić przekonanie powoda, że oceniając sytuację zaistniałą w sprawie jedynie na podstawie zdrowego rozsądku, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek dowodu, można dojść do przekonania o możliwości pomyłek w wyborze produktów stron. Przeciwnie, doświadczenie życiowe wskazuje, że uważną osobę trudno jest zwieść w tak istotnej kwestii jak pochodzenie lekarstwa od konkretnego producenta.

Z tych przyczyn w ocenie Sądu kwestionowane przez powoda postępowanie pozwanego nie stanowi czynu niedozwolonego w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Rozważając inne jeszcze podstawy żądania Sąd wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Sąd zaznaczył, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przepis art. 3 ust. 1 ustawy może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn niedozwolony, bez względu na to, czy zachowanie to stwarza możliwość wprowadzenia konsumentów w błąd, m.in. co do pochodzenia towarów od konkretnego producenta. Deliktem w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. jest takie zachowanie, które narusza dobry obyczaj, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Konieczne jest w tym wypadku wykazanie przez uprawnionego, jaki dobry obyczaj został naruszony i w jaki sposób zagrożone lub naruszone zostały jego interesy. Przedmiotem ochrony nie jest pozycja przedsiębiorcy na rynku bowiem w warunkach wolnej gospodarki przedsiębiorca nie ma prawa do „zawłaszczania" rynku lub jego części, a przeciwnie, prowadząc działalność musi liczyć się z dążeniem innych przedsiębiorców do jego zdobycia. Warunkiem istnienia konkurencji jest bowiem funkcjonowanie wielu przedsiębiorców oraz istnienie jak najszerszej rzeszy konsumentów zdolnych do nabywania towarów i usług, dlatego ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zmierza do ustalenia akceptowanych sposobów walki konkurencyjnej, przez działanie „uczciwe", chroniące konsumentów przed podejmowaniem decyzji pod wpływem błędu co do podstawowych cech towaru, producenta lub dostawcy, mających rzeczywistą swobodę wyboru oraz chroniące przedsiębiorców przed stratami w walce konkurencyjnej nieprzestrzegającej ustalonych reguł. Różnorodność działań nie pozwala ich określić enumeratywnie, dlatego w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. ustawa wskazuje ogólnie istotne cechy czynów nieuczciwej konkurencji, tj. sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, co najmniej zagrażające interesom innych przedsiębiorców lub klientów. W każdym zatem wypadku rozważając, czy dane zachowanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, należy poszukiwać równowagi pomiędzy wolnością rynku i swobodą obrotu a celami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określonymi w jej art. 1.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że pod podjęciem dobrych obyczajów w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. należy rozumieć istniejące i akceptowane normy społeczne, jak również obyczaje, które nie są jeszcze utrwalone, ale powinny stanowić element dobrej praktyki w obrocie gospodarczym. Sprzeczna z dobrymi obyczajami są zachowania uniemożliwiające lub utrudniające możliwość porównania konkurencyjnych na rynku ofert.

Przenosząc powyższe teoretyczne rozważania na grunt niniejszej sprawy Sąd podniósł, że pozwany upatrywał naruszenia przez pozwanego dobrego obyczaju w używaniu w reklamowej kampanii telewizyjnej hasła o treści bardzo zbliżonej do hasła powoda. Według powoda, pozwany stosował w ten sposób reklamę podpierającą i korzystał z faktu, ze powód wypracował uprzednio u klientów pozytywne skojarzenie z hasłem „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej", wyrabiając u nich przekonanie, że produkt reklamowany tym hasłem jest produktem renomowanym, godnym zaufania.

Sąd podzielił pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 stycznia 2007 r. w sprawie V CSK 311/06, zgodnie z którym dobrym obyczajem kupieckim jest nie tylko niepodszywanie się pod firmę i renomę konkurencyjnego przedsiębiorstwa, lecz także niewykorzystywanie cudzych osiągnięć w wypromowaniu nowego produktu dla zaistnienia w świadomości konsumentów ze swoim, rodzajowo tożsamym, wyrobem bez ponoszenia w tym celu własnych wysiłków i nakładów finansowych. Taki obyczaj wywodzi się z zakorzenionej w polskim społeczeństwie, i w każdym razie zasługującej na aprobatę, normy moralnej, zgodnie z którą nikt nie powinien czerpać nieuzasadnionych korzyści w cudzej pracy. Rozpatrując sprawę na gruncie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Sąd I instancji zważył jednak, że powód nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż pozycja rynkowa „N. dla dzieci" jest w jakikolwiek sposób powiązana z faktem stosowania przez powoda hasła reklamowego „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej". Sukces rynkowy danego produktu jest pochodną wielu działań przedsiębiorcy: jakości produktu, jego ceny, a także skuteczności reklamy, na którą składa się wiele czynników, zaś hasło reklamowe jest tylko jednym z nich. Opierając się jedynie na zasadach doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania nie sposób w ocenie Sądu dojść do konkluzji, że właśnie hasło reklamowe powoda zapewniło bądź ugruntowało sukces rynkowy jego produktu. Brak jest podstaw do uznania, ze powyższe hasło w świadomości konsumentów jest powiązane z produktem renomowanym, wysokiej jakości. Tym samym w ocenie Sądu brak jest przesłanek do oceny, że stosując hasło podobne w formie, pozwany starał się skorzystać na utrwalonej pozycji rynkowej powoda. W okolicznościach sprawy nie znajduje zdaniem Sądu uzasadnienia zarzut stosowania przez pozwanego reklamy podpierającej, czyli działania polegającego na poprawianiu własnej pozycji kosztem konkurenta.

Sąd rozważył również, czy postępowanie pozwanego tj. zastosowanie w reklamie hasła podobnego do hasła stosowanego przez powoda nie spowodowało pogorszenia - w nieuczciwy sposób - pozycji rynkowej powoda przez „rozmycie" wypracowanego przez powoda hasła, a tym samym całego przekazu reklamowego. W tym jednak wypadku powód powinien był, w ocenie Sądu przedstawić dowody, że w świadomości klientów hasło to wiążę się jedynie z produktem powoda oraz że jest ono nośnikiem jego renomy. Dowodu takiego powód jednak nie przedstawił. Z kolei z twierdzeń pozwanego (k.149-150) wynika, ze hasło stosowane przez powoda nie utrwaliło się w świadomości konsumentów na tyle, aby posiadało moc „przyciągania" do produktu powoda. Dodać należy przy tym, że według twierdzeń pozwu pozwany rozpoczął stosowanie swojego hasła we wrześniu 2009 r., a w grudniu 2009 r. wydany został zakaz używania tego hasła przez pozwanego w trybie zabezpieczenia powództwa, zatem okres stosowania hasła przez pozwanego był zbyt krotki, aby doprowadzić do utraty unikatowych właściwości hasła powoda.

Oceniając zarzut naruszenia dobrych obyczajów Sąd Okręgowy dostrzegł, że hasła reklamowe stosowane przez obie strony są bardzo podobne, w szczególności, jeżeli zważyć, iż dotyczą produktów będących zamiennikami. Z dużym prawdopodobieństwem, na podstawie doświadczenia życiowego można założyć, że pozwany zastosował w swoich reklamach hasło „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" z tej przyczyny, że powód reklamuje swój produkt hasłem „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej". W ocenie Sądu jednak sam fakt posługiwania się przez pozwanego nawet tak podobnym do hasła powoda sloganem reklamowym, bez dowodu, iż stosowanie tego hasła stanowi pasożytnicze sięganie do miejsca rynkowego powoda w celu budowy pozycji pozwanego nie nosi znamion

naruszenia dobrych obyczajów, można to działanie określić raczej jako rodzaj gry rynkowej, zmierzającej do osłabienia pozycji konkurenta na rynku, jednak metodą mieszczącą się w granicach uczciwej walki konkurencyjnej.

Z powyższych przyczyn Sąd uznał, że żądanie powoda nie znajduje uzasadnienia i na podstawie przepisów art. 16 ust. 1, pkt. 1, pkt 2 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. a contrario powództwo oddalił.

W ocenie Sądu żądanie nakazania pozwanemu złożenia oświadczenia o treści wskazanej przez powoda nie mogłoby zostać - nawet w wypadku uznania za słuszne innych żądań pozwu - uwzględnione. Powód domagał się nakazania pozwanemu „przeproszenia pacjentów za niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji wykorzystanie w kampanii reklamowej hasła, które łudząco przypomina wykorzystywane od lat w promocji leku konkurencyjnego", podczas gdy w orzecznictwie wskazano, że roszczenie określone w art. 18 ust. 1 pkt. 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji służy usunięciu skutków niedozwolonych działań, jego celem jest przekazanie klienteli danego przedsiębiorcy informacji prostujących, aby zmienić błędną, nieprawdziwą opinię o nim, bądź jego towarach czy usługach, przyjętą w społeczeństwie i przywrócić mu dobrą sławę. W tym kontekście zważył sąd, że oświadczenie zredagowane przez powoda nie przytacza ani treści hasła „nieuczciwego", ani też nie wskazuje, do hasła promującego jaki lek konkurencyjny miałoby ono być podobne. W tym stanie rzeczy treść oświadczenia wskazanego przez powoda nie może zostać uznana za „odpowiednią" w rozumieniu art. 18 ust. 1 pkt. 3 u.z.n.k.

Sąd nakazując złożenie oświadczenia bądź przeproszenia ma możliwość dokonania zmian redakcyjnych tekstu takiego oświadczenia, jednakże jedynie w granicach żądania pozwu. Innymi słowy, sąd nie może dokonać takiej modyfikacji tekstu, która byłaby niezgodna z żądaniem powoda, gdyż stanowiłoby to naruszenie obowiązku orzekania przez sąd w granicach żądania (art. 321 § 1 k.p.c.). Z treści pisma procesowego powoda z dnia 15 marca 2010 r. wynika zaś jasno, że zdaniem powoda wprowadzenie do tekstu oświadczenia modyfikacji, w tym w szczególności dodanie elementu identyfikującego powoda lub jego produkt bądź sporne hasło byłoby z punktu widzenia powoda niepożądane. Przesądzało to o braku możliwości zmiany tekstu podanego przez powoda w taki sposób, aby spełnione zostały wymogi art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy i w konsekwencji uzasadniało oddalenie powództwa w tym zakresie.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z § 2 pkt. 1 i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.02, Nr 163, poz. 1348) biorąc pod uwagę nakład pracy pełnomocnika i stopień zawiłości sprawy.

Apelację od powyższego wyroku wniósł powód zarzucając:

1) naruszenie przepisów postępowania mające wpływ na treść rozstrzygnięcia, a w szczególności:

a) naruszenie przepisów o postępowaniu dowodowym tj. art. 227 kpc, art. 233 § 1 kpc i 245 kpc przez bezzasadne pominięcie wyników badań konsumenckich (Raportu) oraz innych, załączonych do pozwu dokumentów wynikające z błędnego przyjęcia, jakoby nie mogły one stanowić dowodu w postępowaniu cywilnym ze względu na brak podpisu, podczas gdy dowodem w postępowaniu cywilnym jest każde źródło prawdziwych informacji;

b) naruszenie art. 227 i 233 § 1 kpc przez nieuzasadnione oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego powoływanego na okoliczność istotną w rozumieniu art. 227 kpc;

c) naruszenie art. 328 § 2 kpc przez pominięcie w uzasadnieniu wyroku wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w odniesieniu do odmowy uwzględnienia wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego,

d) naruszenie art. 328 § 2 kpc przez pominięcie w uzasadnieniu podstawy faktycznej w odniesieniu do oddalenia roszczeń podnoszonych na podstawie art. 16 ust. 1 pkt. 1 UZNK.

2) naruszenie przepisów prawa materialnego przez ich nieprawidłową wykładnię lub niezastosowanie, a w szczególności:

a) naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez jego nieprawidłową wykładnię, a w konsekwencji, błędne przyjęcie, że:

- działania pozwanego nie miały na celu skorzystanie z renomy powoda, podczas gdy w świetle zebranego materiału dowodowego jasne jest, że pozwany chciał skorzystać z tej renomy,
- nie doszło do naruszenia art. 3 ust. 1 UZNK ze względu na fakt, że nie nastąpiła jeszcze utrata unikatowych właściwości hasła powoda, podczas gdy wystarczającą przesłanką do uznania, że doszło do naruszenia przywołanego przepisu, jest wykazanie, że interes przedsiębiorcy jest zagrożony bezprawnym, lub sprzecznym z dobrymi obyczajami zachowaniem konkurenta (bo przecież nie jak napisano „konsumenta")
- wykorzystanie hasła łudząco podobnego do hasła konkurenta nie narusza dobrych obyczajów handlowych, podczas gdy dobrym obyczajem handlowym jest niewykorzystywanie dla własnej działalności owocu cudzych starań, w tym nakładów finansowych lub organizacyjnych oraz wysiłku twórczego konkurenta,

b) naruszenie art. 16 ust. 1 pkt. 2 UZNK przez jego nieprawidłową wykładnię, a w konsekwencji uznanie, że nie znajduje on zastosowania,

c) naruszenie art. 16 ust. 1 pkt. 1 UZNK przez jego nieprawidłową wykładnię a w konsekwencji błędne przyjęcie, że:

- hasło reklamowe pozwanego jest prawdziwe a zatem nie może wprowadzić w błąd, podczas gdy wprowadzenie w błąd może polegać na możliwości mylnego skojarzenia produktu pozwanego z produktem powoda,
- ustalenie, czy reklama wprowadza w błąd wymaga poddania analizie całości przekazu reklamowego podczas gdy konieczne jest analityczne badanie poszczególnych elementów reklamy,
- nabywcy produktu powoda charakteryzują się wyższą niż przeciętna starannością w wyborze, podczas gdy standard staranności w tej grupie nie jest podwyższony,

d) naruszenie art. 18 ust. 1 pkt. 3 UZNK przez jego nieprawidłowa wykładnię, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że „odpowiednia" treść ogłoszenia musi przytaczać treść hasła naruszycielskiego oraz wskazywać do jakiego hasła miałoby być podobne, podczas gdy o „odpowiedniości" oświadczenia świadczy jego związek z charakterem naruszenia.

Na poparcie przedstawionych zarzutów skarżący przedstawił szczegółowo argumentację zbieżną z owym dotychczasowym stanowiskiem.

Wskazując na w/w zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa zgodnie z żądaniem pozwu,

- ewentualnie, o uchylnie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd Okręgowy ze względu na konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości.

Ponadto powód wniósł o dopuszczenie w postępowaniu apelacyjnym dowodów nieuwzględnionych bezzasadnie przez Sąd Okręgowy tj. w szczególności:

a) wyników badań haseł reklamowych przeprowadzonych w dniach 19.10.2009 - 6.11.2009 załączonych do pozwu, na wskazane bliżej okoliczności podobieństwa i oddziaływania

b) raportów i danych przytoczonych i załączonych do pozwu dotyczących rozmiaru i skutków przedmiotowej reklamy, w tym wysokości szkody poniesionej przez powoda na skutek nieuczciwej kampanii reklamowej (raport wewnętrzny rozwoju udziałów rynkowych produktu N. dla dzieci i konkurencji)

c) dowodu z opinii biegłego z zakresu reklamy na okoliczność charakteru i zakresu środków koniecznych do usunięcia skutków niedozwolonych działań pozwanego polegających na rozpowszechnianiu reklamy zawierającej hasło łudząco podobne do hasła, wcześniej używanego przez powoda.

Pozwana Spółka Akcyjna wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Pozwana wskazała m.in., że w odniesieniu do wydruków obejmujących „wyniki badań haseł reklamowych" oraz „raportów i badań" - załączonych do pozwu Sąd I instancji nie wydał jakiejkolwiek negatywnej decyzji procesowej wykluczającej wymienione wydruki z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, dokonał natomiast wnikliwej oceny ich wiarygodności i przydatności dla udowodnienia okoliczności faktycznych dla których zostały one przywołane przez powoda i w efekcie, której stwierdził, iż są one pozbawione jakiejkolwiek mocy dowodowej.

Pozwana już w toku postępowania zabezpieczającego zakwestionowała sposób przeprowadzenia badań i wnioski wypływające według powoda z załączonych do pozwu „raportów" oraz przedłożyła inne środki dowodowe kwestionujące twierdzenia powoda w zakresie wpływu obu haseł reklamowych na świadomość konsumentów - natomiast powód nie wniósł mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub instytutu naukowo-badawczego na okoliczności wskazywane przez niego w pozwie, w konsekwencji czego nie zdołał wykazać by zachowanie pozwanej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i by naruszało jego interesy.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie. Nie jest zasadny zarzut naruszenia wskazanych przepisów prawa procesowego - art. 227, 233 § 1 i 245 kpc.

Artykuł 245 kpc przyjmuje domniemanie, że dokument na którym podpis jest prawdziwy (autentyczny) zawiera tekst pochodzący od osoby, która złożyła podpis. Dokument prywatny nie jest wyposażony w domniemanie zgodności z prawdą złożonych w nim oświadczeń, a jedynie w domniemanie, ze osoba która dokument podpisała złożyła zawarte w nim oświadczenie. Formalna moc dowodowa dokumentu prywatnego w tym tylko się wyraża, że zawarte w nim oświadczenie pochodzi od osoby, która złożyła podpis na dokumencie, nie rozciąga się natomiast na okoliczności towarzyszące złożeniu oświadczenia. W rezultacie formalna moc dowodowa dokumentu prywatnego nie przesądza sama przez się tzw. mocy materialnej dokumentu tj. kwestii czy oświadczenie jest ważne lub skuteczne prawnie w świetle przepisów prawa cywilnego - a przede wszystkim o prawdziwości oświadczenia, dokument prywatny nie jest sam przez się dowodem rzeczywistego stanu rzeczy. Za autorami komentarza (kodeks postępowania cywilnego t.I pod redakcją K.Piaseckiego Wyd. C.H.Beck s. 1332 t. 3) wskazać należy, że to jakie znaczenie dowodowe ma dokument prywatny nie podpisany przez jego wystawcę, trzeba oceniać w całokształcie zebranego materiału dowodowego - tj. w kontekście innych środków, źródeł i faktów dowodowych mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Twierdzenia powoda w ramach podstawy faktycznej powództwa, w najbardziej konstruktywnej fazie procesu podlegają sprawdzeniu w drodze przede wszystkim postępowania dowodowego, w którym obowiązuje ostro sformułowana w sprawach gospodarczych zasada prekluzji.

Pozwany konsekwentnie już na etapie postępowania zabezpieczającego kwestionował przydatność i moc dowodową złożonych przez powoda jako załączniki do pozwu wydruków (raportów) następnie kwestionował zasadność żądania pozwu - w tym przez zgłoszenie zarzutu nie przedstawienia przez powoda jakiejkolwiek wiarygodnego dowodu okoliczności z których wywodził on skutki prawne. W toku procesu pozwany przedstawił szereg twierdzeń i dowodów zaprzeczających stanowisku powoda w przedmiocie zarzutu nieuczciwej konkurencji, z których istotne znaczenie mają zlecone przez pozwaną Spółkę opinie (...) Polska s.c (145-147), raport z badania rozpoznania i poprawnej identyfikacji haseł reklamowych (raport z badania ilościowego (k 148-158 ora opinia prof. dr.hab. E. N. z dnia 15 lutego 2010 r. - dotycząca wykorzystania w sloganie reklamowym (...) sformułowania „w praktyce nic nie obniża gorączki szybciej" (k 159-169). Twierdzeniom tym i dowodom powód mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu (art. 6 kc w zw. z art. 232 kpc) skutecznie nie zaprzeczył, nie przeprowadził dowodów przeciwnych, skoro zlecone przez powoda opinie Prof.dr.hab. M. du V. (k 252-263) i Prof. U.W. dr hab. K. K. (k 273-283), kwalifikujące posługiwanie

się przedmiotowym sloganem reklamowym jako czyn nieuczciwej konkurencji w świetle art. 3 i 16 ust. 1 pkt. 1 UZNK), załączone do pism powoda z dnia 15 marca 2010 r. (k 229) i 22 marca 2010 r. (k 272) w obu przypadkach podlegały zwrotowi na podstawie art. 479^{9} § 1 kpc z tej przyczyny, że ich odpisów nie doręczono pełnomocnikowi pozwanego a jedynie na adres pozwanego (dowód karta 229 i 271) i to niezależnie od tego, że dokumenty te winny być zgłoszone, zgodnie z wymogami art. 479^{12} § 1 kpc już w pozwie, zaś powód nie zdołał wykazać by potrzeba ich zgłoszenia powstała później, po złożeniu odpowiedzi na pozew. Ponowne przesłanie tych pism pełnomocnikowi pozwanego (k 304) nie było już skuteczne.

W przedstawionych okolicznościach pozwany w ocenie Sądu Apelacyjnego skutecznie zakwestionował spóźnione powoływanie nowych dowodów i przedstawianie nowych okoliczności faktycznych w sytuacji gdy powód znał stanowisko pozwanego przed wytoczeniem powództwa.

Trafne jest też stanowisko pozwanego, że przedstawione przez powoda przy pozwie wydruki komputerowe pozbawione są jakiejkolwiek mocy dowodowej, tak też ostatecznie zasadnie ocenił te materiały Sąd Okręgowy, w niczym nie naruszając zasady swobodnej oceny dowodów wyrażonej w art. 233 § 1 kpc. Gdyby nawet uznać - wbrew wymogom art. 245 kpc, załączone do pozwu nie podpisane wydruki i raporty za dokument równoważny z prywatnym to i tak nie byłyby one dowodem rzeczywistego stanu rzeczy w postępowaniu o ustalenie czynu nieuczciwej konkurencji. Oddalenie wniosku powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w niczym nie naruszył przepisów w postępowaniu dowodowym. Słusznie pozwany wskazywał na zbędność dowodu zmierzającego w istocie ustalenia zakresu żądań pozwu - w przypadku jego uwzględnienia, co do charakteru i zakresu środków koniecznych do usunięcia skutków niedozwolonych działań, a zatem okoliczności następnych. W istocie powód zobowiązany był wcześniej do wykazania iż w opisanych okolicznościach posłużenie się sloganem reklamowym w ogóle doszło do popełnienia czynu niedozwolonej konkurencji - czego z wskazanych wyżej przyczyn, a w szczególności z braku wiarygodnych i prawidłowo zgłoszonych dowodów wykazać nie zdołał. Przyczyny nieuwzględnienia tego dowodu Sąd I instancji w zakresie żądań pozwu ujętych w pkt. 5,6 i 7 pozwu wyczerpująco i jasno przedstawił w uzasadnieniu sporządzonym zgodnie z wymogami art. 328 § 2 kpc. Rację ma Sąd I instancji o tyle, o ile twierdzi, że żądanie pozwu powinno być możliwie skonkretyzowane, gdyż powód nie może pozostawić sformułowania treści żądania sądowi - dopiero konkretna treść może być poddana weryfikacji przez organ stosujący prawo. Zakres działań wyznacza tu przywołany art. 321 kpc rozumiany zgodnie z zasadami procesu cywilnego.

W świetle tego przepis redukcja (ale już nie sformułowanie) żądań pozwu jest dopuszczalna, w szczególności przez ograniczenie zakresu żądania czy też jego ograniczenie zakresu żądania czy też jego uściślenie, o ile sąd nie wykroczy przez to poza podstawę faktyczną i prawną powództwa. Dotyczy to także konstrukcji roszczeń z art. 18 UZNK i art. 296 (...) ale w granicach tzw. zdolności odróżniającej związanej z wykorzystywanym oznaczeniem, znakiem towarowym, czy także reklamą.

W konkluzji rozważań dotyczących zarzutów naruszenia przepisów o postępowaniu dowodowym wskazać należy, że w ostatecznym wyniku Sąd I instancji - z wskazanych wyżej przyczyn dysponował dwoma wykluczającymi się stanowiskami stron w zakresie objętym dyspozycją art. 16 ust. 1 pkt. 1 i 2 oraz art. 3 uznk (przy czym pozwany stanowisko swe uzasadnił dodatkowo dokumentami prywatnymi złożonymi wraz z odpowiedzią na pozew, w wymaganym terminie a dowody oferowane przez powoda były spóźnione i nie posiadają specjalistycznej wiedzy nie mógł w zasadzie rozstrzygnąć, które z nich jest prawidłowe. Konsekwentnie i zasadnie pozwany podnosi, iż jedynym środkiem dowodowym, który pozwoliłby na zweryfikowanie prawidłowości twierdzeń powoda byłoby przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego lub z opinii instytutu naukowo-badawczego na okoliczności wskazane w pozwie, opisane w wydruku zatytułowanym „Raport z badania Omnibus Matki". Powód nie wniósł o przeprowadzenie takiego dowodu, ponosi zatem negatywne konsekwencje braku inicjatywy dowodowej, nie jest uprawniony pogląd powoda, iż w takiej sytuacji Sąd I instancji - przy braku wiarygodnych dowodów - na poparcie twierdzeń zawartych w pozwie - winien przeprowadzić taki dowód z urzędu.

Formułowany w oparciu o to stanowisko zarzut naruszenia art. 232 w zw. z art. 278 § 1 kcp w świetle opisanego przebiegu postępowania sądowego nie znajduje dostatecznego uzasadnienia - nie ulega bowiem wątpliwości, że

konieczność powołania dowodu z opinii biegłego wywołała stanowisko pozwanego zawarte w odpowiedzi na pozew popartej obszerną, krytyczną wobec twierdzeń pozwu dokumentacją prezentującą diametralnie odmienną oceną przedmiotowego sloganu reklamowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego chybione są także zarzuty naruszenia prawa materialnego wskutek błędnej wykładni art. 3 ust. 1, 16 ust. 1 pkt.2, 16 ust. 1 pkt. 1 i 18 ust. 1 pkt.3 UZNK, odnoszone w istocie raczej do twierdzeń powoda o faktach i do treści „pominiętych dowodów" (tj. wydruków i raportu) niż do doktrynalnej poprawności wykładni.

Wykładnia wyżej wskazanych przepisów w istotnym dla rozstrzygnięcia zakresie nie odbiega od przedstawionej w opinii autorytetu naukowego jakim jest niewątpliwie Prof. dr. hab. E. N. sporządzonej na zlecenie pozwanego a przedstawionej przy odpowiedzi na pozew - odnoszącej się wprost do oceny stanu faktycznego.

Stanowisko swe w zakresie wykładni wskazanych przepisów Sąd I instancji poparł trafnie przytoczonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, zasadnie też w ocenie możliwości wprowadzenia przez stosowany slogan w błąd modelowego użytkownika rynku leków dla dzieci, odwołał się do zasad doświadczenia życiowego.

Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje wykładnię art. 16 ust. 1 uznk zgodnie z którą z reklamą wprowadzającą w błąd mamy do czynienia wówczas gdy pod wpływem informacji zawartej w jej treści lub ze względu na jej formę klient dokonuje pożądanego przez reklamującego wyboru będącego skutkiem błędnego wyobrażenia o rzeczywistości, chodzi przy tym o cechy na tyle istotne aby wpływały na decyzję o zakupie. Istotnie i prawdziwości analizowanych haseł reklamowych decyduje okoliczność, że leki oferowane przez obie strony zawierają tę samą substancję czynną, takie same jest ich dawkowanie i działanie lecznicze (przeciwzapalne).

Czynnikiem wprowadzającym w błąd mogło być podobieństwo hasła stosowanego przez pozwanego o ile miałoby zdolność kierowania wyborem dokonywanym przez klienta (znamiona istotności - tak E. Nowińska - „Zwalczanie nieuczciwej reklamy - Zagadnienia cywilnoprawne - Kraków 1998 s. 106) - samo wywołanie konfuzji bez wpływu na rynkowe decyzje nabywcy jest obojętne z punktu widzenia art. 16 ust. 1 pkt. 2 ustawy. Zasadnie Sąd I instancji ocenia wszystkie elementy przedmiotowej reklamy nie poprzestając na warstwie słownej sloganu kończącego przekaz telewizyjny, pozwala to dostatecznie ocenić skutki działania pozwanego przedsiębiorcy poprzez percepcję modelowego przeciętnego uczestnika rynku - skoro według cytowanej autorki komentarza do uznk - stan jego świadomości i spostrzegawczości decydują o uznaniu danego działania za delikt nieuczciwej konkurencji przy uwzględnionej przez Sąd I instancji szczególnej uważności i przygotowania informacyjnego do dokonania zakupu przez rodziców leku dla małego dziecka w aptece.

Sąd I instancji dostatecznie rozważył przy tym relację art. 3 i art. 16 uznk w zakresie pojęcia dobrych obyczajów. Zwrot ten użyty w art. 16 odnośnie reklamy ma z uwagi na szersze oddziaływanie kontekst etyczny bardziej związany z odczuciami moralnymi niż na gruncie art. 3 ust. 1, odwołującego się przede wszystkim do obyczajów rynkowych.

Zgodnie z poprawną wykładnią cytowanych przepisów Sąd I instancji wszechstronnie rozważając okoliczność reklamowania leków o odmiennych nazwach a tym samym składniku i działaniu, przez stosunkowo krótki czas - odwołał się do potrzeby poszukiwania równowagi pomiędzy wolnością rynku i swobodą obrotu a celami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określonymi w jej art. 1.

Podzielić należy konkluzję, że ze względu na odmienne zalety reklamowanych produktów (długotrwałość lub szybkość oddziaływania), szczególną uwagę jaką do ich zakupu przywiązują rodzice małych (od 4 m-cy do 4 lat) dzieci dokonywanie zakupu w aptekach (na ogół za poradą i zleceniem lekarza) jak i odmienną wymowę całości obu reklam - należy wykluczyć nawet możliwość wprowadzenia w błąd w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak też wystarczających podstaw do stwierdzenia iż kwestionowany slogan reklamowy w części obejmującej w istocie banalny, informacyjny powszechnie stosowany zwrot „w praktyce" ma właściwości indywidualizujące produkt w obrocie, w stopniu, który uzasadniałby jego ochronę na gruncie prawa konkurencji.

Za autorką opinii z dnia 20 XII 2009 (k 145-147) Sąd Apelacyjny po zapoznaniu się z całością fabuły reklamy marki powoda i pozwanego, uznał, że podobieństwo analizowanych sloganów reklamowych występuje tylko na poziomie użytej struktury językowej („ w praktyce nic nie obniża gorączki" - nie zachodzi natomiast podobieństwo haseł pod względem treści gdyż każde z haseł otwiera inną przestrzeń znaczeniową. Logiczne jest stwierdzenie, że w haśle N. dla dzieci „w praktyce nic nie obniża gorączki na dłużej" to pojęcie „na dłużej" nadaje właściwego znaczenia i sensu całemu komunikatowi, umożliwia także odróżnienie się od pojęcia przypisywanego I. D. czyli „szybciej". Cytowana struktura językowa także w opinii Prof. E. N. nie nosi cech wyjątkowości, którą możnaby zastrzec, jest obecna w języku codziennym i w wielu reklamach toteż znaczenie mają jedynie treści odnoszone do różnych pól znaczeniowych (szybciej i dłużej) - nie ma zatem podstawy do twierdzeń o zaistnieniu tzw. reklamy podpierającej czy pasożytniczo wykorzystującej dorobek innego podmiotu na konkurencyjnym rynku. Niewątpliwie na rynku reklam funkcjonuje wiele zwrotów o znaczeniu informacyjnym odnoszonych do skuteczności używania produktu czy korzystania z usług, których nie da się powiązać wyłącznie z jednym odbiorcą.

Z tych przyczyn podzielając stanowisko Sądu I instancji, na mocy art. 385 kpc Sąd Apelacyjny oddalił apelację powoda jako niezasadną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z art. 108 § 1, 98 i 99 kpc.