

Sygn. akt I ACa 1028/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 czerwca 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący	:	SSA Bogusław Dobrowolski
Sędziowie	:	SA Elżbieta Kuczyńska SA Beata Wojtasiak (spr.)
Protokolant	:	Iwona Aldona Zakrzewska

po rozpoznaniu w dniu 19 czerwca 2015 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy z powództwa **B. S.**

przeciwko **(...). D. i (...) Spółce z o.o. w D.**

o zaniechanie naruszeń praw ochronnych do znaków towarowych oraz czynów nieuczciwej konkurencji

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie

z dnia 13 października 2014 r. sygn. akt V GC 95/13

I. oddala apelację;

II. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 588 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

UZASADNIENIE

B. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...)w pozwie skierowanym przeciwko(...) w D. oraz (...) Sp. z o.o. w D., po ostatecznym sprecyzowaniu roszczeń domagał się:

1. zakazania (...) wprowadzania do obrotu krówek waniliowych opakowanych w jednostkowe opakowania (zawijki) w żółto-białe romby, łudząco podobnych do opakowań krówek produkowanych przez powoda (...), tj. z użyciem identycznej biało-żółtej kolorystyki, ciemnego napisu oraz ciemnego stylizowanego rysunku krowy oraz opakowań zbiorczych w identycznej biało-żółtej kolorystyce zawierających: ciemny napis „(...)”, stylizowany rysunek krowy oraz

taką samą formę opakowania, tj. u góry biało- żółta grafika z ciemnym napisem, na dole przezroczysta folia, przez którą widać (...) zapakowane w żółto-białe zawijki z widocznym charakterystycznym rysunkiem krowy;

2. nakazania usunięcia przez pozwaną skutków niedozwolonych działań przez wycofanie z obrotu wszystkich partii towarów (krówek waniliowych) opakowanych w sporne opakowania jednostkowe oraz zbiorcze opakowania;

3. zasądzenia od pozwanych solidarnie kwoty 240.000 zł tytułem kary umownej za dokonane czyny nieuczciwej konkurencji wraz z ustawowymi odsetkami od kwot: 120.000 zł za okres od 1 października do 26 grudnia 2011 r. i 240.000 zł od dnia 27 grudnia 2011 r. - w związku z naruszeniem Porozumienia z dnia 21 lutego 2011 r.;

4. orzeczenia zniszczenia spornych opakowań oraz materiałów reklamowych krówek waniliowych (...);

5. nakazania pozwanym zaniechanie naruszania prawa ochronnego na znaki towarowe nr: (...), które polegało na wytwarzaniu, oferowaniu i wprowadzaniu do obrotu cukierków krówka opakowanych w owijki w pionowe biało żółte pasy, z czarnym napisem (...) z wizerunkiem krowy w owalu na białym tle,

6. nakazania pozwanym zaniechania praktyk nieuczciwej konkurencji (kopiowania zewnętrznej postaci produktów w sposób wprowadzający przeciętnego klienta w błąd, co do jego tożsamości) poprzez:

a) zaprzestanie wprowadzania do obrotu cukierków w owijkach w pionowe biało żółte pasy z czarnym napisem „krówka” z wizerunkiem krowy w owali na białym tle, które są podobne do owijek o nr praw ochronnych (...),

b) zaprzestanie rozpowszechniania wszelkich materiałów reklamowych dotyczących prowadzonej przez pozwanych działalności, a zawierających ofertę cukierków w owijkach w pionowe biało żółte pasy, z czarnym napisem „krówka” z wizerunkiem krowy w owalu na białym tle,

7. nakazania pozwanym usunięcia skutków zabronionych naruszeń poprzez:

a) wycofanie cukierków w owijkach w pionowe biało żółte pasy, z czarnym napisem „krówka” z wizerunkiem krowy w owalu na białym tle,

b) usunięcie z rynku oraz zniszczenie wszelkich materiałów reklamowych dotyczących prowadzonej przez pozwanych działalności, a zawierających ofertę cukierków krówka w opisanych owijkach w pionowe biało żółte pasy, z czarnym napisem „krówka” z wizerunkiem krowy w owalu na białym tle,

8. nakazania pozwanym opublikowania w dziennikach: Rzeczypospolita i Gazeta (...), w piątkowych wydaniach ogólnopolskich, na białych stronach redakcyjnych, na własny koszt, w formacie nie mniejszym niż ¼ strony gazetowej (formatu A3) w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się wyroku oświadczenie następującej treści: (...)w D. oraz (...) Sp. z o.o. w D. przepraszają pana B. S. prowadzącego (...)za nieuprawnione wprowadzenie do obrotu cukierków krówka w owijkach bardzo podobnych do owijek stosowanych przez (...) i chronionych prawami ochronnymi na znak towarowy”,

9. umocowania powoda zgodnie z art. 1049 k.p.c. do wykonania orzeczonego obowiązku publikacji oświadczenia na koszt pozwanych, w razie gdyby obowiązku tego nie wykonali w terminie i na warunkach określonych w pkt 4,

10. zasądzenia od pozwanych na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 6 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji kwoty 20.000 zł na rzecz (...) w O..

Powód wywodził, że od 1994 r. produkuje „(...)” zapakowane w charakterystyczne papierki biało-żółte pasy z brązowym napisem i stylizowanym rysunkiem krowy w brązowej ramce, które są pakowane zbiorczo w żółto-biało-ciemnobrązowe opakowania (torebki) z ciemno-brązowym napisem (...) i rysunkiem krowy w kolorze brązowym oraz dolną częścią w postaci przezroczystej folii, przez którą widać z znajdujące się wewnątrz torebki (...). Jego produkty cieszą się renomą oraz wysoką rozpoznawalnością wśród konsumentów, a on posiada szereg zarejestrowanych w Urzędzie Patentowym RP znaków towarowych, które wykorzystywane są do oznaczenia opakowań (...). W

2010 r. w hipermarketach, w szczególności sieci T. w W., pojawiły się (...) wyprodukowane przez (...) w ładząco podobnych opakowaniach zbiorczych i jednostkowych. Powód zaznaczył, że w dniu 21 lutego 2011 r. strony zawarły porozumienie na podstawie którego pozwana zobowiązała się do wycofania z obiegu wszystkich produktów w spornych opakowaniach. Pomimo to po pewnym czasie, tj. w połowie 2011 r., ponownie zostały wprowadzone do obrotu (...) ładząco podobne do powoda. W związku z tym poniósł on znaczące straty w sieci T. w W..

Sąd Okręgowy w Warszawie wydzielił do odrębnego rozpoznania roszczenie powoda z punktu 3 pozwu dotyczące zasądzenia solidarnie od pozwanych kwoty 240.000 zł, tytułem kary umownej za dokonane czyny nieuczciwej konkurencji, a w pozostałym zakresie o co roszczeń z punktu 1, 2, 4 uznał się niewłaściwym do rozpoznania sprawy i przekazał ją Sądowi Okręgowemu w Olsztynie.

(...)w D. i (...) Sp. z o.o. w D. wniosły o oddalenie powództwa. Podały, że zbieżność kolorystyki opakowań żółto-białej nie przesądza o podobieństwie opakowań i ryzyku wprowadzenie konsumentów w błąd. Dodały, że oznakowanie krówek kolorystycznie biało – żółte oraz umieszczony na opakowaniu wizerunek krowy stanowią niejako naturę tego produktu, ściśle związane z tego rodzajem słodczy i nie można mówić, że producenci dążą do zmonopolizowania rynku stosując podobne oznaczenia. Odnosząc się do zarzuczonego naruszenia przepisów prawa patentowego, wskazały, że na ich opakowaniu znajduje się oznaczenie producenta pisane dużymi drukowanymi znakami (...) i użyto charakterystycznego logo w postaci jaskrawoczerwonego gwiazdźistego okręgu z wpisaną w środek literą (...), które to znak towarowy chroniony jest prawem wynikającym z rejestracji tego znaku.

Wyrokiem z dnia 13 października 2014 r. Sąd Okręgowy w Olsztynie oddalił powództwo i orzekł o kosztach postępowania .

Sąd ten ustalił, że B. S. jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...). Od 1994 r. produkuje „(...)” zapakowane w charakterystyczne papierki biało- żółte pasy z brązowym napisem i stylizowanym rysunkiem krowy w brązowej ramce. K. te pakowane są zbiorczo w żółto-biało-ciemnobrązowe opakowania (torebki) z ciemno-brązowym napisem (...)i rysunkiem krowy w kolorze brązowym oraz dolną częścią w postaci przezroczystej folii, przez którą widać cukierki z znajdujące się wewnątrz torebki. Powód posiada zarejestrowane w Urzędzie Patentowym znaki towarowe o numerach patentowych: (...) (prawo ochronne trwa od 16 czerwca 1994 r.), (...) (prawo ochronne od 3 sierpnia 2006 r.) oraz nr (...) (prawo ochronne od 31 sierpnia 2010 r.).

Sąd I instancji stwierdził, że (...)produkują słodczy, w tym (...), wprowadzając do obrotu samodzielnie lub poprzez swoją spółkę dystrybucyjną (...) Sp. z o.o. (...) swoją działalność prowadzi od lat 50-tych XX wieku. Na skutek zmian restrukturyzacyjnych przejęła (...) w tym wchodzące w jego skład składniki majątkowe i pracowników oraz receptury w zakresie produkcji wyrobów cukierniczych.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynikało, że w 2010 r. w hipermarketach, w szczególności w sklepach sieci T., zostały wprowadzone do obrotu przez pozwanych (...) opakowane w jednostkowe opakowania (zawijki) w kolorach żółto – biało – brązowym ze stylizowanym wizerunkiem krowy w kolorze brązowym. Sąd ten wskazał, że w dniu 27 stycznia 2011 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zakazał (...)wprowadzania do obrotu produkowanych przez nią (...) opakowanych w jednostkowe opakowania (papierki) w żółto-białe pasy z brązowym stylizowanym wizerunkiem krowy w brązowym obramowaniu oraz opakowania zbiorcze w postaci torebki plastikowej w żółto-białej kolorystyce (u góry biało- żółto- brązowa grafika z brązowym stylizowanym wizerunkiem krowy, a na dole przezroczysta folia, przez którą widać (...) zapakowane w żółto- biało- brązowe papierki) na czas trwania postępowania (sygn. akt XVI GCo 292/10). W dniu 21 lutego 2011 r. strony zawarły porozumienie, w którym pozwane spółki zobowiązały się zaniechać wprowadzania do obrotu cukierków – (...) opakowanych w jednostkowe opakowania (papierki) w żółto-białe pasy z brązowym stylizowanym rysunkiem krowy oraz opakowania zbiorcze w postaci torebki plastikowej w żółto brązowej kolorystyce (u góry biało – żółto –brązowa grafika z brązowym napisem (...)) i biało –brązowym stylizowanym wizerunkiem krowy). W przypadku naruszenia zobowiązań (...) i (...) zobowiązały się do solidarnej zapłaty kary umownej w wysokości 120.000 zł za każde naruszenie postanowienia.

Sąd zauważył, że pismem z dnia 17 sierpnia 2011 r. powód wezwał pozwane do zaprzestania produkcji, używania, wprowadzania do obrotu oraz usunięcia z obrotu opakowań krówek waniliowych (zawijek) w żółto-białej kolorystyce oraz torebki będącej opakowaniem zbiorczym krówek waniliowych w opisanej wyżej formie. W odpowiedzi pozwane oświadczyły, że stosowane przez nie opakowania krówek różnią się od opakowań powoda. Załączyli opinię Rzecznika Patentowego w sprawie porównania obu rodzajów opakowań.

Sąd ustalił i to, że inni producenci „krówek” o smaku waniliowym również używali żółto-białych opakowań oraz wizerunku krowy, a w 2010 r. R. M. zaprojektował nową etykietę na „krówkę” dla pozwanej (...) Sp. z o.o. w oparciu o lifting starych etykiet.

W tak ustalonym stanie faktycznym, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie.

Uznał, że wskazywane przez powoda zachowania pozwanej polegające na stosowaniu spornych opakowań nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji (art. 10 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) oraz nie naruszało praw powoda do znaku towarowego (art. 296 ust. 2 pkt 2 ustawy o własności przemysłowej).

Zwrócił przy tym uwagę na treść opinii z dnia 30 maja 2011 r. sporządzonej przez rzecznika patentowego dotyczącą oceny podobieństwa opakowań cukierków stron. Wynikało z niej, że dla uznania podobieństwa porównywanych opakowań do cukierków oprócz jednorodzajowości towarów, która występuje w porównywalnych opakowaniach, ponieważ dotyczy tego samego produktu, niezbędne jest spełnienie warunku, którym jest podobieństwo oznaczeń w takim stopniu, że zachodzi ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, które obejmuje w szczególności ryzyko skojarzenia jednego opakowania cukierków z drugim opakowaniem. Takie podobieństwo ocenianie jest w oparciu o cechy wspólne nie zaś w oparciu o występujące w ich różnice. Porównywanie dokonuje się w trzech płaszczyznach: fonetycznej, wizualnej i znaczeniowej lecz w odniesieniu do określonego kręgu odbiorców. Porównywane opakowania krówek waniliowych produkowanych przez obie strony prowadziło zaś do przyjęcia, że nie mają one cech wspólnych zarówno na płaszczyźnie graficznej, jak i fonetycznej oraz wizualnej. Różnią się one bowiem na tyle, aby wykluczyć wprowadzenie konsumenta w błąd co do pochodzenia produktu. W opakowaniu dla (...) dominuje kolor brązowy z połączony z żółto-zielonym. Wyraźnie zaznaczona jest informacja, że pochodzą one z (...) w M.. Wizerunek krowy umieszczony jest w owalu jakby na talerzu i znajduje się tam wyraźna informacja, że cukierek jest (...). Natomiast opakowanie dla(...) (...) jest w kolorach jasno- żółto –czerwono – białym. Wyraźnie dominuje oznaczenie firmy (...) i miejsce pochodzenia D.. U góry umieszczony jest znak towarowy graficzny (...) chroniony prawem ochronnym w kolorze czerwonym. Tło opakowania jest bardzo wyraziste, bowiem stanowi żółto-białą szachownicę. Rzecznik patentowy wskazał na element zbieżny w opakowaniach stron – wizerunek krowy. Dla „(...)” jako cukierków stanowi to nazwę rodzajową i informacyjną, a tego nie bierze się pod uwagę przy ocenie podobieństwa opakowań. Pod względem fonetycznym i znaczeniowym obydwie opakowania różnią się w sposób zasadniczy poprzez słowa: (...), które brzmią odmiennie i dają się łatwo odróżnić słuchowo oraz znaczą co innego aniżeli:(...).

Sąd przyznał też rację pozwany spółkom, że na rynku polskim znajduje się znaczna liczba produktów typu „(...)”, a cechą rozpoznawalności tego typu słodczy jest właśnie oznakowanie kolorystyczne. Kolor biały symbolizuje mleko, zaś żółty karmel. Z kolei wizerunek krowy jest graficznym odzwierciedleniem nazwy. Zatem elementów tych nie można uznać za wyróżniających się dla produktów powoda, gdyż mają one ściśle rodzajowy charakter. Dla przeciętnego konsumenta krówek użycie kolorów białego, żółtego i brązowego nie wywołuje skojarzeń z identyfikacją producenta, ale z krówkami, jako takimi. Przyznanie powodowi faktycznego prawa do wyłącznego ww. elementów opakowań krówek prowadziłoby zatem do nieuzasadnionej monopolizacji rynku w tym zakresie.

Dlatego też Sąd I instancji przyjął, że samo wskazanie na istnienie zbieżnych elementów na opakowaniach nie jest wystarczające i nie uzasadnia przyjęcia naruszenia zasad uczciwej konkurencji określonych w art. 10 u.z.n.k.

Sąd zaznaczył również, że jeszcze przed uzyskaniem przez powoda praw ochronnych z zarejestrowanych znaków towarowych, pozwana (...) Sp. z o.o. (jako następca prawny (...)) oraz inni producenci „(...)” wykorzystywali dla swoich

towarów opakowania w żółto-biało – brązowej kolorystyce z wizerunkiem krowy. Elementów tych nie można uznać za wyróżniające właśnie produktów powoda, gdyż mają one ściśle rodzajowy charakter. Zastosowane kolory (biały i żółty) odwołują się do składników produktów, tj. mleka i masła. Wizerunek krowy przedstawia zaś graficznie nazwę rodzajową produktów – cukierków „(...)” waniliowa. Powyższe doprowadziło do oddalenia powództwa na koszt strony powodowej.

O kosztach procesu orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. oraz art. 15 ust. 3 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od tego wyroku wniósł powód, który zarzucił Sądowi I instancji:

1. naruszenie art. 217 § 1 i 2 k.p.c., art. 227 k.p.c, art. 278 § 1 k.p.c., art. 233 § 1 k.p.c. i art. 299 k.p.c. przez oddalenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego oraz przesłuchania stron skutkujące nie wyjaśnieniem okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy;

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez:

a) dokonanie oceny dowodów sprzecznej z zebrany w sprawie materiałem dowodowym i uznanie, że:

- (...) sp. z o.o. przejęła (...)w D. i jest jej następcą prawnym,

- stosowane przez pozwanych opakowanie nie było ładząco podobne do opakowania powoda w stopniu, który wprowadza ryzyko wprowadzenia w błąd klientów co do pochodzenia produktu,

- w opakowaniu (...) dominuje kolor brązowy połączony z żółto-zielonym, zaś opakowanie dla (...) J. jest w kolorach jasno-żółto-czerwonym z dominującym oznaczeniem firmy (...) i znakiem towarowym (...) w kolorze czerwonym i tłem w żółtą szachownicę,

b) dokonanie oceny dowodów w sposób niewszechstronny z pominięciem zeznań świadka K. S. oraz dowodów dołączonych do pozwu oraz w trakcie procesu w postaci m.in. kopii świadectw ochronnych, wyciągu z rejestru znaków towarowych, porozumienia z 21 lutego 2011 r., zdjęć porównawczych opakowań jednostkowych oraz zbiorczych itd.;

3. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. przez nie wskazanie przyczyn, dla których pominął dowody wskazane apelacji;

4. dokonanie błędnych ustaleń faktycznych i przyjęcie, że:

a) (...) sp. z o.o. przejęła (...)w D. i jest jej następcą prawnym,

b) stosowane przez pozwanych opakowanie nie było ładząco podobne do opakowania powoda w stopniu, który wprowadza ryzyko wprowadzenia w błąd klientów co do pochodzenia produktu,

c) w opakowaniu (...)dominuje kolor brązowy połączony z żółto-zielonym, zaś opakowanie dla (...) J. jest w kolorach jasno-żółto-czerwonym z dominującym oznaczeniem firmy (...) i znakiem towarowym (...) w kolorze czerwonym i tłem w żółtą szachownicę w oparciu o opinię rzeczownika patentowego z dnia 30 maja 2011, nie będącej opinią biegłego w rozumieniu przepisu art. 278 k.p.c. i nie dotyczącej opakowań będących przedmiotem niniejszego postępowania,

d) źródłem zobowiązania pozwanych do nie wprowadzania do obrotu opakowań jednostkowych lub zbiorczych znacząco podobnych do opakowań wyrobów nie jest porozumienie z dnia 21 lutego 2011 r.,

5. naruszenie art. 120 ust. 1 i 2, art. 123, art. 153 ust. 1, art. 296 ust. 2 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej poprzez zakwestionowanie odróżniającego charakteru opakowania powoda, prawa pierwszeństwa powoda do używania spornego opakowania, prawa powoda do wyłącznego używania znaku towarowego w sposób zarobkowy oraz przyjęcie, że używanie przez pozwanych spornych opakowań krówek nie narusza praw ochronnych powoda na znaki towarowe: (...),

6. art. 3 i 10 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez przyjęcie, że stosowanie przez pozwanych spornych opakowań nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji.

Wnosił o zmianę wyroku i uwzględnienie powództwa w całości. Domagał się także dopuszczenia i przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego z zakresu badania rynku, opinii i zachowań konsumenckich albo właściwego instytutu naukowo-badawczego na okoliczność wykazania możliwości wprowadzenia klientów krówek waniliowych w błąd, co do ich pochodzenia od danego producenta w wyniku wprowadzenia ich przez pozwanych do obrotu w opakowaniach bardzo podobnych do opakowań stosowanych przez powoda wydania opinii na ten temat oraz dowodu z przesłuchania stron.

SĄD APELACYJNY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE:

Apelacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny aprobuje i w przeważającej większości uznaje za własne ustalenia faktyczne Sądu I instancji i wyrażoną przez ten sąd oceną prawną, czyniąc je integralną częścią swego stanowiska. Wbrew zarzutom apelacji ustalenia poczynione w sprawie znajdują oparcie w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym, poza całkowicie dowolnym i błędnym przyjęciem przez Sąd Okręgowy, że (...)w D. są następcą prawnym (...). W aktach sprawy nie znajdują się bowiem żadne dowody świadczące o sukcesji praw pomiędzy tymi podmiotami, a na obecnym etapie postępowania okoliczność ta nie jest również kwestionowana przez stronę pozwaną.

Sąd Apelacyjny za konieczne uznał jednak uzupełnienie materiału dowodowego o dowód w postaci oryginałów spornych opakowań (zbiorczych jak i owijek) produktów obu stron. Sąd przyjął, że gdy przedmiotem sporu objęta jest przede wszystkim strona wizualna spornych opakowań używanych przez strony, niedopuszczalne było procedowanie w oparciu jedynie o ich kopie czy zdjęcia, na których kolorystyka dodatkowo różniła się pomiędzy sobą, nawet w poszczególnych pismach dostarczanych sądom obu instancji. Nadmienić przy tym należy, że w obecnym modelu procedury cywilnej sąd odwoławczy nie ogranicza się wyłącznie do kontroli sądu pierwszej instancji, lecz bada ponownie całą sprawę, a kontrolując prawidłowość zaskarżonego orzeczenia, pełni również funkcję sądu merytorycznego, który może rozpoznać sprawę od początku, uzupełnić materiał dowodowy lub powtórzyć już przeprowadzone dowody, a także poczynić samodzielnie ustalenia na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji. Zobligowany jest zatem usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wytknięte w apelacji. Oznacza to, że Sąd II instancji rozpatruje sprawę ponownie, czyli w sposób w zasadzie nieograniczony jeszcze raz bada sprawę rozstrzygniętą przez Sąd I instancji. Tym samym postępowanie apelacyjne - choć odwoławcze - ma charakter merytoryczny (uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie III CZP 49/07 – zasada prawna).

Sąd Apelacyjny uznał również, że choć brak jest podstaw do negowania – poza wskazanymi wyżej wyjątkami - poprawności ustalonych w sprawie ustaleń faktycznych, to wymagają one jednak uzupełnienia o następujące konstatacje faktyczne, które nie były pomiędzy stronami sporne albo też mają swoją podstawę w treści dokumentów, których wiarygodność nie była podważana w toku sporu przez żadną ze stron.

Poza sporem jest zatem, że strona powodowa poza słowno-graficznym znakiem zarejestrowanym pod numerem (...), do którego prawa ochronne nabyła od 16 czerwca 1994 r. (wyciąg z rejestru znaków towarowych oraz forma graficzna

wskazana jest na k. 61-63 oraz k. 781), dysponuje również prawami ochronnymi wynikającymi z rejestracji innych znaków towarowych słowno-graficznych dotyczących wyrobów cukierniczych typu „(...)” z różnymi dodatkowymi elementami graficznymi, a mianowicie(...), z mocą praw ochronnych od 3 sierpnia 2006 r. (kopia świadectwa ochronnego k. 776 - 778) oraz nr (...), do którego prawo ochronne nabyła z dniem 31 sierpnia 2010 r. (k. 779-780).

Ustalenia te mają zasadnicze znaczenie w kontekście podniesionego przez stronę pozwaną, jeszcze na etapie postępowania przed Sądem Okręgowym, a ponowionego również w postępowaniu apelacyjnym, zarzutu wygaśnięcia praw powoda do ww. znaków ochronnych. Pozwani powoływali się przy tym na treść art. 169 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2013 r., poz. 1410 - j.t.) w myśl, którego prawo ochronne na znak towarowy wygasa również na skutek nieużywania zarejestrowanego znaku towarowego w sposób rzeczywisty dla towarów objętych prawem ochronnym w ciągu nieprzerwanego okresu pięciu lat, po dniu wydania decyzji o udzieleniu prawa ochronnego, chyba że istnieją ważne powody jego nieużywania. Odnosząc się do tak postawionego zarzutu wyjaśnić należy, że prawo ochronne nie wygasa samoistnie z upływem okresu nieużywania znaku. Nie jest też obowiązkiem sądu cywilnego badanie czy zostały spełnione przesłanki z art. 169 ustawy Prawo własności przemysłowej. Do wygaśnięcia prawa ochronnego, oprócz upływu czasu, konieczny jest bowiem skutecznie wniesiony wniosek uprawnionego podmiotu i wydanie decyzji przez Urząd Patentowy. Bez wniosku uprawnionego i bez decyzji organu, prawo ochronne, nawet nieużywane, jest chronione i ciągle funkcjonuje w obrocie (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 lutego 2008 r., I SA/Wa 1456/07, Lex nr 463587, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2012 r., I ACa 51/12, Lex nr 1217801, wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 14 lutego 2013 r., I ACa 288/12, Legalis).

Tym niemniej konieczne było również ustosunkowanie się do twierdzeń pozwanych, że choć powód posiadał uprawnienia wynikające z prawa ochronnego na ww. znaki towarowe, to jednak zgodnie z art. 157 ustawy Prawo własności przemysłowej, nie mógł domagać się zakazania innej osobie używania tych lub podobnych oznaczeń, jeżeli sam danego znaku nie używał w rozumieniu art. 169 ust. 1 pkt 1, ust. 4 i 5 (tj. w ciągu nieprzerwanego okresu 5 lat po dniu wydania decyzji przyznającej ochronę) .

W tym miejscu podkreślenia jednak wymaga, że strony były zgodne co do tego, iż produkowane przez powoda „(...)” zapakowane w owijki zarejestrowane pod numerem (...) (oraz w żółto- białe, u dołu przezroczyste, opakowanie zbiorcze, na którym znajduje się brązowy napis (...) i wizerunek krowy na białym tle w brązowej owalnej ramce z napisem (...)) znajdują się w stałym obrocie rynkowym.

Z kolei co do zawijek, chronionych znakiem o nr. (...) zauważyć należy, że od daty udzielenia ochrony (w sierpniu 2010 r.) nie upłynął jeszcze 5-letni okres, o którym mowa w art. 169 ust. pkt. 1 p.w.p.

Zastrzeżenia strony pozwanej dotyczyły natomiast zasadniczo (k. 720 i 731) obecności w obrocie znaku towarowego o nr (...) (zawijki w żółto-białe pasy z brązowym wizerunkiem krowy o napisem (...)). Odnośnie tych ostatnich zawijek, strona powodowa wyjaśniła jedynie, że nie występują one w powszechnym obrocie, gdyż używane są wyłącznie do opakowań „(...)” produkowanych ręcznie na specjalne zamówienie (k. 773). Owo okazjonalne wykorzystywanie zarejestrowanego znaku towarowego – co do zasady oczywiście dopuszczalne – nie zostało jednak przez stronę powodową dowiedzione i ta okoliczność uniemożliwiałaby udzielenie jej ochrony.

Przede wszystkim jednak należało mieć na uwadze, że wyłączność do korzystania ze znaku towarowego wygasa nie tylko na skutek faktycznego nie używania tego znaku, ale również z mocy prawa wraz z upływem 10 lat od daty zgłoszenia znaku towarowego w Urzędzie Patentowym (art. 153 ust. 2 i 168 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej). Prawo to może być wprawdzie przedłużane na kolejne okresy 10-letnie (art. 153 ust. 3 ustawy Prawo własności przemysłowej) i to w sposób nieograniczony, tj. wielokrotnie i w zasadzie bezwarunkowo. Jedynym warunkiem stałego utrzymywania ochrony jest tylko składanie wniosków i wnoszenie opłat okresowych.

Z przedłożonych przez powoda dokumentów wynika zaś, że prawa ochronne do znaku zarejestrowanego pod numerem (...), nabył on w dniu 16 czerwca 1994 r., co oznacza, że na datę wniesienia pozwu prawa te już wygasły i nie podlegają ochronie. Nie można nie zauważyć, że powód przedstawił jedynie wyciąg z rejestru znaków towarowych z dnia

17.03.2003 roku, potwierdzających wpis tego znaku w rejestrze, ale wyciąg ten pochodzi z okresu, w którym znak powoda był jeszcze chroniony. Natomiast powód nie zaferował dowodów, z których wynikałoby, że złożył wniosek o przedłużenie prawa na kolejny termin i że wniosek ten został uwzględniony przez Urząd Patentowy przez wydanie decyzji administracyjnej. W decyzji takiej powinien być podany okres dalszej 10-letniej ochrony znaku przez wskazanie początkowej i końcowej daty tego okresu. Stosownie do art. 153 ust. 3 i art. 252 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej w zw. też z art. 107 § 1 k.p.a. jest to bowiem najistotniejszy element przedłużenia prawa ochronnego na znak.

W efekcie poczynienia przez Sąd Apelacyjny tych dodatkowych ustaleń uznać należało, że przedmiotem badania - w kontekście podobieństwa produktów powoda i pozwanego - mogły być jedynie zawijki powoda, których szata słowno-graficzna została zarejestrowana pod znakami towarowymi nr(...) oraz nr (...). Sąd Apelacyjny uznał przy tym, że akcentowany przez stronę pozwaną aktualny brak w obrocie produktów opakowanych w kwestionowane przez powoda zawijki, nie mógł sam w sobie unicestwić roszczeń pozwu, zwłaszcza że strona pozwana nie wykazała, że trwale zaniechała wprowadzania do obrotu spornych opakowań.

Wydaje się natomiast bezspornym, że bezpośrednio przed wniesieniem pozwu w obrocie znajdowały się „(...)” pozwanej zapakowane w zawijki w jasnożółte i białe romby z czarnym wizerunkiem krowy. Okoliczność tą potwierdzają przede wszystkim dowody w postaci gazetki reklamowej sieci handlowej (...) z dnia 31 sierpnia 2011 r. i 14 września 2011 r., w których ofercie znajdowała się sporne produkty pozwanej. Z kolei wyprodukowane przez (...) Sp. z o.o. „(...)” w opakowaniu w pionowe czarno-żółte pasy z wizerunkiem krowy na owalnym białym tle zostały wprowadzone do obrotu w 2014 r., czego wynikiem było rozszerzenie powództwa również o te produkty. Nawet jeżeli uznać za wiarygodne twierdzenia pozwanych, że była to krótka seria, to podobnie jak w przypadku pierwszego z opakowań, nie udało się jej wykazać, iż produkt ten wycofany został z rynku i to trwale.

Przechodząc do oceny zarzutów materialno-prawnych, na wstępie podzielić trzeba zapatrywanie pozwanych, że w odniesieniu do roszczeń pozwu formułowanych w oparciu o przepis art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. - Dz.U. Nr 153, poz. 1503) zasadnym było oczekiwanie od powoda wykazania pierwszeństwa we wprowadzeniu do obrotu swoich znaków towarowych. W świetle materiału dowodowego zebranego w sprawie przed Sądem I instancji, który został uzupełniony na etapie postępowania apelacyjnego, okoliczność ta jednak winna jawić jako ewidentna. Prawa ochronne do znaków nr (...) i nr (...), powód nabył odpowiednio z dniem 3 sierpnia 2006 r. i 31 sierpnia 2010 r. i co było wyjaśnione już wyżej bezpośrednio po tych datach jego produkty znalazły się w obrocie rynkowym. Tymczasem zaś produkty pozwanego opakowane w jasnożółte i białe romby znalazły się na rynku w 2011 r., zaś opakowane w żółto-białe pionowe pasy dopiero w 2014 r.

W takiej zaś sytuacji istotą rozstrzyganego sporu była odpowiedź na pytanie czy używanie przez stronę pozwaną znaków towarowych o oznaczonej kompozycji graficznej i kolorystycznej w postaci opakowań „(...)”: w jasnożółte i białe romby z napisem „(...)” i oznaczeniem ich producenta (...) oraz w żółto – białe pionowe pasy z napisem (...) oraz symbolem graficznym w postaci litery (...) w koronie, naruszało ze względu na podobieństwo do wcześniej zarejestrowanych znaków nr (...) i nr (...), prawa ochronne wynikające z tej rejestracji, a przysługujące stronie powodowej.

Jego rozstrzygnięcie wymagało zatem odrębnej analizy ustalonych w sprawie faktów z punktu widzenia zastosowania art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 296 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Prawo własności przemysłowej.

Zgodnie z art. 10 ust 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest wprowadzające konsumenta w błąd oznaczenie przez przedsiębiorcę towarów lub usług oraz wprowadzenie przez przedsiębiorcę do obrotu towarów w opakowaniu mogącym wywołać ryzyko konfuzji, co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. W tym przypadku porównaniu podlegają wszystkie oznaczenia stosowane przez strony, a nie ograniczenie się jedynie do porównania warstwy kolorystycznej, czego w zasadzie domagał się powód. W odniesieniu do znaków słowno-graficznych w istocie

chodzi o to, czy graficzna forma informacji była dostatecznie oryginalna i odróżnialna. Szczególną uwagę należy zachować przy ocenie opakowań, na których muszą znajdować się nie tylko informacje handlowe, ale i wyróżnik ujawniający bezpośrednio lub pośrednio dalsze dane o towarze lub jego producencie.

Także na gruncie art. 296 ustawy Prawo własności przemysłowej rozstrzyganie ma znaczenie kryterium podobieństwa. Podkreśla się, że ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd co do pochodzenia towarów zależy w szczególności od stopnia podobieństwa znaków właśnie, z tym, że istotna jest też znajomość znaku rejestrowanego i jego siła (zdolność) odróżniająca (wyrok SN z dnia 15 grudnia 2006 r., III CSK 299/06, OSNC 2007/11/172, Biul.SN 2007/6/13, M.Prawn. 2008/5/255). Dokonując oceny podobieństwa towarów i usług należy brać pod uwagę wszystkie czynniki charakteryzujące zachodzące między nimi relacje (zależności), szczególnie ich rodzaj i przeznaczenie, sposób używania lub korzystania z nich, warunki w jakich są sprzedawane, a także ich wzajemny, konkurencyjny lub komplementarny charakter.

Z art. 120 ustawy Prawo własności przemysłowej wynika, że opakowanie może być znakiem towarowym, jeżeli nadaje się do odróżnienia towarów przedsiębiorstwa. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie zakwestionował bynajmniej zdolności znaków odróżniających powoda, więc zarzut naruszenia art. 120 ustawy Prawo własności przemysłowej nie jest trafny.

Oczywistym jest, że opakowanie towaru jest ważnym elementem marketingu i w wielu przypadkach to właśnie ono decyduje o powodzeniu rynkowym produktu (tzw. funkcja sprzedażowo-promocyjna opakowania). Odgrywa ono szczególnie istotną rolę w gospodarce wolnorynkowej, gdzie ten sam rodzaj towaru jest wytwarzany przez wielu konkurujących ze sobą producentów. Producenci (sprzedawcy) towarów podejmują zatem działania mające na celu wyróżnienie konkretnego produktu w świadomości konsumentów, m.in. poprzez odpowiednio zaprojektowane opakowanie. Z drugiej strony, szczególnie producenci produktów wchodzących na rynek, którzy nie wypracowali jeszcze własnej pozycji rynkowej, mogą być skłonni do zbliżania wyglądu opakowań swoich towarów do tych, które zdobyły już uznanie klientów, czyli naśladowictwa. W tej sytuacji poprzez użycie określonego opakowania może dojść do wprowadzenia klientów w błąd, co do pochodzenia towaru albo zasugerowania klientom, że mają oni do czynienia z produktem takim jak ten, który już funkcjonuje na rynku, i skorzystania w ten sposób z renomy wypracowanej przez konkurenta. Naśladowictwo opakowania prowadzi zatem do wykorzystania cudzej pracy i często znacznych środków finansowych wyłożonych na wykreowanie pozytywnego wizerunku rynkowego danego produktu.

Aby jednak uzyskać ochronę na podstawie art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czy też art. 296 ustawy Prawo własności przemysłowej opakowanie musi być w całości wyróżniające, tj. mieć zdolność indywidualizowania produktu i wskazania w ten sposób na jego pochodzenie od określonego przedsiębiorcy. Wymagania tego nie należy jednak utożsamiać z koniecznością posiadania przez dane opakowanie wyjątkowych walorów estetycznych, czy też niezwyklego kształtu, bogatej szaty graficznej, szczególnej kompozycji napisów. Ochronie podlegać mogą również opakowania proste w swojej formie, jeżeli tylko mają siłę wyróżniania towaru i tworzenia u klientów odpowiednich skojarzeń pomiędzy opakowaniem a producentem (sprzedawcą) towaru.

Sąd Apelacyjny w pełni podziela jednak stanowisko Sądu Okręgowego, że powód nie wykazał, że zachodzi ryzyko konfuzji konsumenckiej pomiędzy zawijkami, w które zapakowane są „(...)” stron. Przy ocenie czy zachodzi ryzyko wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia „(...)”, bo tylko ryzyko co do pochodzenia towarów wchodzi w grę w niniejszej sprawie, winny być przede wszystkim oceniane produkty wprowadzane na rynek przez powoda i pozwaną, ale nie poszczególne ich elementy, ale opakowania jako całość. Proste odwołanie do podobieństwa kolorystyki porównywanych produktów, czy też użycia nazwy wyrobu (...) nie jest wystarczające.

Podkreślenia przy tym wymaga, że żadna ze stron nie oferuje swych produktów pozbawionych jakichkolwiek oznaczeń poza charakterystycznymi dla większości tego typu wyrobów występujących na rynku: nazwą „(...)”, czy też żółto-biało-brązową kolorystyką. Oznaczenia stosowane przez powoda, w tym przede wszystkim oznaczenia słowne (...) (na zawijkach znak towarowy (...)), a w szczególności ujawnienie na opakowaniach producenta ((...)), w sposób wystarczający identyfikują przedsiębiorcę. Podobnie rzecz ma się w przypadku „(...)” produkowanych przez (...)w D.,

które w obu przypadkach zawierają nazwę producenta, ale również umieszczony jest na nich wyraźny znak graficzny (...) w koronie. Już zatem biorąc pod uwagę całość oznaczeń stosowanych przez powoda i pozwaną, uznać należy, iż przeciętny odbiorca odróżni oba oznaczenia i przypisze towary różnym przedsiębiorcom, nie wysnuje również przypuszczenia, że między obydwojema przedsiębiorcami istnieją związki organizacyjne, prawne i gospodarcze.

Jak trafnie nadto zwrócił uwagę Sąd I instancji, stosowane przez obie strony różnią się od siebie także na innych płaszczyznach. W szczególności brak jest podobieństwa w warstwie fonetycznej. Powód używa oznaczeń słownych: (...) F., (...) (na zawijkach znak towarowy (...)) oraz (...) C. (...),(...) (na zawijkach nr (...)), zaś pozwany jedynie (...) (na opakowaniach w biało-żółte pasy) i „(...)” (na opakowaniach w romby). Zasadnicze różnice występują także w warstwie wizualnej, zarówno co do użytej czcionki, intensywności nasycenia kolorów, użytego wzoru graficznego (powód paski pionowe i ukośne, zaś pozwany romby i paski pionowe), czy też wyglądu i koloru krów znajdujących się na zawijkach. Wprawdzie szczegółowe rozważania Sądu I instancji dotyczące różnic pomiędzy produktami obu stron dotyczyły głównie opakowań w jasnożółte i białe romby (szachownicę), tym niemniej uwagi te w znacznej mierze odnoszą się także do opakowań pozwanej w biało-żółte pionowe pasy. Kolorystyka użyta w nich w sposób zasadniczy się od tej na produktach powoda (wyraźnie przebija się kolor czarny krowy i owalnej ramki, w której jest umieszczona), sylwetka krowy zajmuje zasadniczą część opakowania, na którym nadto w sposób wyraźny umieszczono wskazujący na producenta ((...)) znak graficzny (...) w koronie.

Sąd Okręgowy słusznie też zauważył, że opakowanie strony powodowej nie charakteryzuje się kompozycją i zestawem cech, które są na polskim rynku niepowtarzalne i tym samym indywidualizują produkt przez niego sprzedawany. Na rynku krajowym znajduje się bowiem znaczna liczba produktów cukierniczych typu „krówka”, których producenci również posługują się zbliżoną kolorystyką. Opakowania takie w zasadniczo zbliżonych postaciach funkcjonują w obiegu od kilkudziesięciu lat, a konsumenci powszechnie znajdujących się na nich kolor biały kojarzą z mlekiem, żółty z karmelem, zaś sylwetkę krowy jako charakterystyczną dla tego rodzaju wyrobów. Trafnie również Sąd uznał, że w takiej sytuacji przyznanie powodowi wyłączności na używanie takich kolorów oraz nazwy prowadziłoby do przyznania mu niczym nieuzasadnionej pozycji monopolistycznej na rynku.

Nie dostrzegając w sprawie niniejszej ryzyka potencjalnej możliwości wprowadzenia klienta w błąd Sąd Apelacyjny zauważa, że ocena tego rodzaju musi być dokonywana z uwzględnieniem wszystkich okoliczności towarzyszących wyborowi produktu przez konsumenta oraz z uwzględnieniem punktu widzenia przeciętnego nabywcy tego rodzaju produktu. Zgodnie z wypracowaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości koncepcją, przejętą również przez sądy polskie, modelowy przeciętny konsument jest osobą dostatecznie dobrze poinformowaną, uważną i ostrożną. Model ten nie opiera się przy tym na teście statystycznym, ale jest tworzony przez sądy orzekające w konkretnych sprawach, które kierując się własną oceną sytuacji ustalają typową reakcję uczestnika rynku określonego rodzaju produktów lub usług. Określając poziom uwagi przeciętnego konsumenta należy przede wszystkim wziąć pod uwagę rodzaj produktu, który konsument zamierza nabyć, bowiem poziom uwagi inny będzie w przypadku artykułu masowego, a inny w przypadku dobra luksusowego.

Przy ocenie czy zachodzi możliwość wywołania konfuzji bierze się pod uwagę nie tylko powyżej zdefiniowany model przeciętnego konsumenta, ale również okoliczność, czy chodzi o towary, które są rodzajowo zbliżone. Generalnie, porównując sporne opakowania należało przede wszystkim brać pod uwagę ich cechy wspólne, szczególnie jeżeli są to jednocześnie elementy dominujące i decydujące o mocy wyróżniającej, a nie eksponować drobne różnice. Przeciętny konsument postrzega i zapamiętuje obraz jako całość i na tym utrwalonym w pamięci - z natury więc niedoskonałym - obrazie musi polegać, kiedy nie ma przed sobą oryginału.

Odnosząc powyżej przedstawione rozważania do okoliczności sprawy niniejszej stwierdzić należało, że tu nie zostało wykazane przez stronę powodową istnienie ryzyka konfuzji konsumenckiej, bowiem wykorzystywane przez pozwanych opakowania, chociażby już samej z racji wyraźnego oznaczenia producenta i zamieszczenia jego logo (litera (...) w koronie) nie mogły wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia towarów.

W tym miejscu przypomnieć należy pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 2.01.2007 roku (V CSK 311/06 LEX nr 259779, Biul.SN 2007/5/11)), zgodnie z którym częstokroć właśnie osoba producenta przekonywała i przekonuje konsumentów do wyboru określonego towaru spośród innych, rodzajowo tożsamy; sprawia to, że przeciętny konsument nie tylko nie ignoruje nazwy producenta, ale niekiedy wręcz tego rodzaju oznaczeń poszukuje i to szczególnie, gdy elementy dekoracyjne opakowań takiego samego produktu wykazują podobieństwo. Z kolei w wyroku z 11.07.2002r. (I CKN 1319/00 OSNC 2003/5/73, OSP 2003/4/54,) Sąd ten stwierdził, że wyczerpujące i wyraźne oznaczenie producenta oraz trwale umieszczenie znaku towarowego bezpośrednio na produkcie wprowadzonym do obrotu wyłącza możliwość wywołania błędu, zarówno co do osoby producenta, jak i produktu.

Aprobuując to stanowisko judykatury i podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należało, że powód nie udowodnił, iż wykorzystywane przez pozwanych opakowania mogły wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia towarów, a zatem doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ani do naruszenia praw ochronnych na znaki towarowe powoda w sposób opisany w art. 296 ust. 2 ustawy prawo własności przemysłowej. Ustawy te skierowane są przeciwko wszystkim praktykom, sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagrażają uczciwej rywalizacji rynkowej. Za naruszające dobre obyczaje uznać m.in. należy pasożytnicze korzystanie z cudzej renomy lub pozycji rynkowej, w celu zbudowania własnej pozycji. Może to oczywiście nastąpić przez zbliżenie wyglądu opakowania swoich produktów do opakowania wykorzystywanego przez konkurenta. W okolicznościach niniejszej sprawy nie miało jednak miejsca – o czym była już mowa wyżej – wykorzystania przez pozwanych charakterystycznych elementów wyglądu opakowań powoda (...) i nr (...) z zamiarem przejęcia w ten sposób części jego udziału w rynku. Ponownie bowiem należy w tym miejscu zastrzec, że przy ocenie czy doszło do naruszenia przepisów omawianych ustaw zasadniczego znaczenia nie ma samo podobieństwo produktów, lecz chodzi o łudzące podobieństwo i ryzyko wprowadzenia przeciętnego odbiorcy w błąd, co do osoby producenta. Tymczasem zastosowane przez pozwanych elementy takie jak: wizerunek krowy czy kolorystyka opakowania, mają charakter tylko rodzajowy i nie mogą świadczyć o całościowym podobieństwie. Z kolei wyraźne użycie oznaczenia producenta wyklucza powstanie ryzyka błędu odbiorcy.

Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać należało, że pomimo wymienionych na wstępie uchybień nie było podstaw do uwzględnienia apelacji powoda.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że skarżący, zarzucając naruszenie przepisów art. 233 § 1 k.p.c., art. 299 k.p.c. i art. 328 § 2 k.p.c., odnosił to do błędów w zakresie gromadzenia i analizy dowodów przez Sąd i braku należytego wykazania w motywach zaskarżonego wyroku przesłanek rozstrzygnięcia. Zdaniem skarżącego w sprawie doszło do dokonania ustaleń faktycznych z pominięciem szeregu faktów istotnych dla ostatecznego rozstrzygnięcia sporu. Wskazywanym przez powoda uchybieniem, o ile nawet w części można by je przypisać Sądowi Okręgowemu, nie można przyznać rangi istotnych. Ustalony w sprawie stan faktyczny nie pozwala bowiem przyjąć, że mogły mieć wpływ na wynik sprawy przez ukształtowanie treści zaskarżonego wyroku w sposób oczekiwany przez skarżącego. Pominięte, bezzasadnie w jego ocenie, fakty nie mogły bowiem prowadzić do ostatecznej konkluzji, że doszło do naruszeń prawa przewidzianych tymi przepisami art. 296 ustawy z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a tym samym że pozwane spółki naruszyły prawa ochronne przysługujące powodowi, czy też dopuściły się czynów nieuczciwej konkurencji.

Nieusprawiedliwiony był w szczególności zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Sądu Najwyższego sformułowanym na tle wykładni tej normy, skuteczne postanowienie tego zarzutu wymaga wykazania przez stronę, iż wady konstrukcyjne pisemnych motywów orzeczenia poddanego kontroli instancyjnej są tak zasadnicze, że uniemożliwiają tę kontrolę. Innymi słowy ranga uchybień jest taka, że nie jest możliwym stwierdzenie czy prawo materialne i procesowe zostały właściwie przez Sąd niższej instancji zastosowane (por. orzeczenia SN z dnia 21 listopada 2001 r., sygn. I CKN 185 /01 oraz z dnia 18 marca 2003 r., sygn. IV CKN 1862/00). Tego rodzaju zasadniczych nieprawidłowości orzeczenie Sądu I instancji nie zawierało, a jego kontrola apelacyjna była możliwa.

Skarżący niezasadnie też zarzucił sądowi I instancji pominięcie dowodów wskazanych w pkt.2b apelacji. W szczególności nie miały istotnego znaczenia dokumenty dołączone do pisma powoda z dnia 30 sierpnia 2013 roku o jego udziale w międzynarodowych targach i sprzedaży krówek na świecie oraz posiadanej renomie, skoro powód nie wywodził swoich roszczeń z faktu naruszenia tzw. znaku renomowanego, a nadto sąd wykluczył podobieństwo znaków. Bez znaczenia są także twierdzenia, że analiza zdjęć złożonych przez powoda do akt, a obrazujących przedmiotowe zawijki, skoro Sąd Apelacyjny przeprowadził dowód bezpośredni z tych zawijek, złożonych do akt sprawy w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Apelacyjny, podobnie jak Sąd I instancji nie dopatrzył się przy tym istotnych treści w zeznaniach świadka K. S., stąd też i ten zarzut apelacji nie zasługiwał na uwzględnienie

Nietrafny był także zarzut naruszenia art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i art. 217 k.p.c. na skutek oddalenia przez Sąd Okręgowy wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłych z zakresu badania rynku, opinii i zachowań konsumenckich. Ustalenie możliwości wprowadzenia konsumentów w błąd co do pochodzenia towaru lub innych jego cech należy do podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, gdyż jest to fakt o charakterze prawotwórczym, który podlega dowodzeniu zgodnie z regułami określonymi w prawie procesowym cywilnym (art. 227-305 k.p.c.). Mogą być zatem na tę okoliczność powoływane środki dowodowe z katalogu określonego w tych przepisach, w tym również dowód z opinii biegłego sądowego na okoliczność zarówno podobieństwa towarów lub ich opakowań, jak i możliwości konfuzji co do określonych ich cech.. Prowadzenie dowodu z opinii biegłego nie jest jednak niezbędne, chyba że jest przydatne do ustalenia tego ryzyka (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07, OSNC 2009/6/88). W tej sytuacji pominięcie przez Sąd Okręgowy dowodów z opinii biegłego z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu było prawidłowe. W większości spraw sądy nie opierają się także na wynikach badań ankietowych, chociaż oczywiste jest, że dowody tego rodzaju mogą być w konkretnej sprawie dopuszczone. Przeprowadzenie różnego rodzaju badań i sondaży w relewantnej grupie odbiorców, które mają sprawdzić możliwość zaistnienia ryzyka konfuzji nie jest obligatoryjne, gdyż ustalenie wystąpienia ryzyka jest zagadnieniem normatywnym i leży w gestii sądu. Z treści akapitu 18 preambuły Dyrektywy nr 2005/29 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym (Dz. U. UE L. 2005, nr 149, poz. 22) wprost wynika, iż tzw. test przeciętnego konsumenta nie jest testem statystycznym, a w celu ustalenia typowej reakcji przeciętnego konsumenta w danym przypadku krajowe sądy i organy administracyjne będą musiały polegać na własnej umiejętności oceny, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Ocena ta bowiem, sprowadza się w istocie do właściwej wykładni i zastosowania prawa materialnego.

Z tego też względu także Sąd Apelacyjny nie uwzględnił tożsamego wniosku dowodowego powoda, zawartego w apelacji. Przeprowadzenie dowodów z opinii biegłych oraz badań statystycznych uznał za zbędne, mając na uwadze, iż podstawą rozstrzygnięcia o ryzyku konfuzji nie może stanowić model statystyczny konsumenta. Oceniając zgłoszone w postępowaniu apelacyjnym wnioski dowodowe Sąd Apelacyjny miał na uwadze, że zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu mogą być wyłącznie fakty mające istotne znaczenie w świetle podstawy faktycznej i prawnej sprawy. Przepis ten przewiduje uprawnienie sądu do selekcji zgłaszanych dowodów jako skutku dokonanej oceny istotności okoliczności faktycznych, których wykazaniu dowody te mają służyć. Dowody, które nie odpowiadają tym kryteriom był uprawniony pominąć (art. 217 § 2 k.p.c. w zw. art. 227 k.p.c.). W okolicznościach niniejszej sprawy bez zasięgnięcia wiedzy biegłych dysponującymi wiadomościami specjalnymi możliwa była ocena podobieństwa spornych opakowań.

W sprawie nie zachodziła też potrzeba przeprowadzenia dowodu z przesłuchania stron na okoliczności wskazywane przez powoda w apelacji. Zgodzić się należy ze strona pozwaną (k.888), że nie jest to właściwy środek dowodowy do wykazania, jakie opakowania krówek stosują inni producenci, jakie opakowania w przeszłości stosował powód i czy opakowania pozwanego mogą być mylące dla klientów

W tym stanie rzeczy, nie znajdując podstaw do uwzględnienia zarzutów apelacji, Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji, na zasadzie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego postanowił zgodnie ze wskazaną w art. 98 § 1 i 3 k.p.c. zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, zasądzając od powoda, jako strony przegrywającej proces, na rzecz pozwanych poniesione przez nich koszty zastępstwa procesowego, których wysokość została ustalona w oparciu o przepisy § 10 ust. 1 pkt 18) w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2) 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. z 2013 r., poz. 490).