

Sygn. akt: I ACa 1402/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 kwietnia 2013r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

| | |
|------------------------|--|
| Przewodniczący: | <i>SSA Małgorzata Stanek (spr.)</i> |
| Sędziowie: | <i>SSA Tomasz Szabelski</i> <i>SSA Wincenty Ślawski</i> |
| Protokolant: | st.sekr.sądowy Jacek Raciborski |

po rozpoznaniu w dniu 18 kwietnia 2013r. w Łodzi

na rozprawie

sprawy z powództwa ***(...) Zakładu Produkcyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w B. i L. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa (...) L. S. w B.***

przeciwko ***(...) Spółdzielni (...) w R.***

o zakazanie naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 30 sierpnia 2012r. sygn. akt X GC 391/10

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) Spółdzielni (...) w R. na rzecz (...) Zakładu Produkcyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w B. i L. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa (...) L. S. w B. kwoty po 630 (sześćset trzydzieści) zł na rzecz każdego z powodów tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

I ACa 1402/12

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrykiem z dnia 30 sierpnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Łodzi po rozpoznaniu sprawy z powództwa (...) Zakładu Produkcyjnego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej w B. i L. S. prowadzącego

działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo – Usługowa (...) L. S. w B. przeciwko (...) Spółdzielni (...) w R. o zakazanie naruszania prawa ochronnego do znaku towarowego, nakazał stronie pozwanej (...) Spółdzielni (...) w R.: 1) zaniechanie naruszania prawa wyłącznego do znaków towarowych oznaczonych numerami (...) i (...) przysługujących stronie powodowej (...) Zakładowi Produkcyjnemu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce Komandytowej w B., przez zaprzestanie używania oznaczeń i/lub opakowań masła osełkowego, podobnych lub tożsamych z wyżej wymienionymi znakami towarowymi, zwłaszcza zawierającymi słowa (...) oraz (...) – oba pisane czcionką o czerwonym zabarwieniu na białym bądź kremowym tle, o układzie napisów i oznaczeń graficznych zbliżonym do znaku towarowego o numerze (...), w tym zaprzestania produkowania tak określonych oznaczeń/opakowań, zaprzestania wprowadzania do obrotu, eksportu oraz składowania w wymienionych celach towarów opatrzonych wspomnianymi oznaczeniami/opakowaniami, zaprzestania umieszczania przedmiotowych oznaczeń/opakowań na dokumentach związanych wprowadzaniem towarów strony pozwanej do obrotu oraz zaprzestania posługiwania się oznaczeniami/opakowaniami w reklamie; 2) usunięcie oznaczeń i/lub opakowań masła osełkowego, podobnych lub tożsamych z wymienionymi w pkt. 1 prawami wyłącznymi do znaków towarowych oznaczonych numerami (...) i (...) przysługującym stronie powodowej (...) Zakładowi Produkcyjnemu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółce Komandytowej w B., zwłaszcza zawierającymi słowa (...) oraz (...) oba pisane czcionką o czerwonym zabarwieniu na białym bądź kremowym tle, o układzie napisów oznaczeń graficznych zbliżonym do znaku towarowego o numerze (...) z wyprodukowanego masła znajdującego się w dyspozycji strony pozwanej (...) Spółdzielni (...) w R., a także uprzednio wprowadzonego do obrotu; zniszczenie wszystkich materiałów reklamowych zawierających oznaczenia i/lub opakowania masła osełkowego, podobne lub tożsame z wymienionymi w pkt. 1 znakami towarowymi, zwłaszcza zawierającymi słowa (...) oraz (...) oba pisane czcionką o czerwonym zabarwieniu na białym bądź kremowym tle, o układzie napisów i oznaczeń graficznych zbliżonym do znaku towarowego o numerze (...).

Powyższe rozstrzygnięcie zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych:

Powódka (...) Zakład Produkcyjny Spółka z o.o. spółka komandytowa z siedzibą w B. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach KRS pod numerem (...). Do przedmiotu jej działalności należy m.in.: produkcja margaryny i podobnych tłuszczów jadalnych, przetwórstwo mleka i wyrób serów oraz sprzedaż hurtowa mleka, wyrobów mleczarskich, jaj, olejów i tłuszczów jadalnych. Spółka komandytowa (...) powstała w wyniku przekształcenia (...) Zakład Produkcyjny spółka z o.o. z siedzibą w B. na mocy uchwały zgromadzenia wspólników z 23 lipca 2007r. Powód – L. S. jest wpisany do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach ewidencji działalności gospodarczej przez Prezydenta Miasta B. pod numerem (...). Do przedmiotu jego działalności, prowadzonej pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa (...) L. S., należą m.in.: przetwórstwo mleka i wyrób serów oraz sprzedaż hurtowa mleka, wyrobów mleczarskich, jaj, olejów i tłuszczów.

Pozwana – (...) Spółdzielnia (...) w R. z siedzibą w R. jest wpisana do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach KRS pod numerem (...). Do przedmiotu jej działalności należy m.in.: przetwórstwo mleka i wyrób serów oraz sprzedaż hurtowa mleka, wyrobów mleczarskich, jak, olejów i tłuszczów jadalnych.

Spółce z o. o. (...) udzielono praw ochronnych, na klasę towarów masło, o nr:

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle, czerwony napis (...) z niebieskimi symbolami: dwóch wzgórz głowy krowy, dodatkowo znak ten zawiera fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało – czerwono – niebiesko – żółtej kolorystyce, z ochroną od 11 stycznia 2006r oraz

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle, czerwony napis (...) poniżej (...) i białymi literami czerwonymi konturami

- napis (...) z czerwonym poziomym pasem w dolnej części; dodatkowo znak ten zawiera fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało-czerwonej kolorystyce, z ochroną od 8 października 2005r.

Powódce – spółce komandytowej (...) udzielono praw ochronnych, na klasę towarów masło, o numerach:

- (...) – na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in.. czerwony napis (...)pod nim (...)oraz z prawej strony ukośne białymi literami z czerwonymi konturami napis (...), dodatkowo znak ten ma fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało-czerwonej kolorystyce, całość otoczona czerwony prostokątną obwódką, z ochroną od dnia 20 grudnia 2003r.;

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle, czerwony napis (...) zaw. tł. 82%, a pod spodem czerwony napis (...), a pod nim, ukośnie, napis białymi literami z czerwonymi konturami „górska”, dodatkowo znak ten zawiera fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało-czerwonej kolorystyce, z ochroną do dnia 20 grudnia 2003r.:

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na żółtym tle, czerwony napis „masło ekstra”, biały napis „osełka” na czerwonej wstążce i biały napis (...) na tle krajobrazu przedstawiającego czerwoną żaglówkę z białymi żaglami na niebieskim jeziorze i żółte zachodzące słońce, dodatkowo znak ten zawiera fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało czerwono – żółto – czarnej kolorystyce, z ochroną od dnia 20 grudnia 2003r.;

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle, czerwony napis (...), niebieski napis (...) i ukośny białymi literami z czerwonymi konturami napis (...), a nadto poniżej niebieski napis „z dodatkiem soli morskiej”, nadto znak ma w lewym dolnym rogu niebiesko-granatowe nieregularne falowane linie oraz fantazyjnie przedstawiona firmę (...) w biało – czerwono – żółto- niebieskiej kolorystyce, z ochroną od dnia 11 stycznia 2006r.;

- (...) na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle w górnej lewej części czerwony napis dużymi literami (...) (przy czym (...) znajduje się pod napisem (...)), w prawej dolnej części czerwony napis dużymi literami (...), a pod nim, ukośnie białymi literami z czerwonymi konturami napis „górska”, dodatkowo znak ten zawiera w prawej górnej części napis (...) w kolorze czerwonym, powyżej którego jest wizerunek czarno - białej krowy na biało - żółtym tle, całość otoczona okręgiem, zaś w lewej dolnej części jest odzwierciedlenie medalu „Laur konsumenta”, z ochroną od dnia 12 stycznia 2006r.

Powodowi – L. S. udzielono praw ochronnych, na klasę towarów masło, o numerach:

- (...) – od 3 grudnia 2001 r. na słowny znak towarowy (...);

- (...) – od 26 listopada 2001r. na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na białym tle czerwony napis (...), poniżej z prawej strony czerwony napis (...), a pod nim biały napis z czerwonymi konturami (...) dodatkowo fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało-czerwonej kolorystyce;

- (...) – od 5 września 2002r. na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., na biało-niebieskim tle, czerwony napis (...) i pod nim ukośny czerwony napis (...) oraz napisy „masło extra tł. 82%”. Znak ten zawiera żółte fantazyjne falowane elementy oraz napis (...) w biało – czerwono – żółto – czarnej kolorystyce;

- (...) – od 3 grudnia 2001 r. na słowny znak towarowy (...);

- (...) – od 17 września 2003r. na znak towarowy słowno-graficzny zawierający m.in., białe i niebieskie pasy biegnące poziomo i czerwony napis (...) i niebieski napis „wiejskiego”, znak ten zawiera żółte fantazyjne falowane elementy oraz fantazyjnie przedstawioną firmę (...) w biało – czerwono – żółto – czarnej kolorystyce.

Powódka – spółka komandytowa (...) wprowadzała do obrotu masło o wadze 300g w opakowaniu, na którym umieszczony jest znak towarowy nr (...), tło opakowania jest biało - kremowe, a w dolnej jego części znajduje się czerwony poziomy pas (element ze znaku towarowego opakowania nr (...)). Dodatkowo opakowanie zawiera kod kreskowy, informacje o powódce jako dystrybutorze i o produkcie. Centralna część opakowania jest podzielona poziomo na dwie części i górna część jest symetrycznym odbiciem dolnej. W dolnej połowie centralnej części opakowania znajduje się, w lewym górnym rogu, czerwony napis dużymi literami (...), pod nim (...), a poniżej „zaw. tł.

82%” i natura płynąca z gór”. W górnej prawej części znajduje się napis czerwonymi literami (...) na białym tle, powyżej którego jest wizerunek czarno - białej krowy na białym - żółtym tle, całość otoczona okręgiem w kolorze czerwonym. Poniżej znajduje się czerwony napis dużymi literami (...), a pod nim biały napis w czerwonych konturach (...). Na dole znajduje się odzwierciedlone 4 medale. Ponadto powódka spółka komandytowa (...) wprowadza do obrotu masło o wadze 100 g w podobnym opakowaniu, z tym że nie zawiera ono symetrycznego odbicia fantazyjnych napisów, lecz czerwony napis (wyrazy są otoczone jeden pod drugim) (...) zaw. tł. 82% (...) i biały ukośny napis z czerwonymi konturami (...).

Pozwana wprowadza do obrotu masło o wadze 100 g i 300g, w kształcie ośelki, którego opakowanie, jest białe - czerwone, w dolnej części znajduje się czerwony poziomy pas. Centralna część opakowania jest podzielona poziomo na dwie części; górna część jest symetrycznym odbiciem dolnej. W lewym górnym rogu, znajduje się napis dużymi literami w kolorze czerwonym (...), pod nim (...), a poniżej „zawartość tłuszczu 82,0%”. W górnej prawej części znajduje się fantazyjne przedstawiona postać górala z ciupagą w białej koszuli i czerwonym kapeluszu na tle górskiego krajobrazu, całość otoczona okręgiem w kolorze złota, na którym jest napis HEJ! tego samego koloru, Poniżej, po prawej stronie, znajduje się czerwony napis „Oselka taka”, a pod nim pisany ukośnie, biały napis z czerwonymi konturami liter „że Hej”. Poniżej znajduje się napis na niebieskim, tle dużymi białymi literami (...) i element kropki w białym kolorze w niebieskim konturze.

Masło ekstra (...) było wprowadzone do obrotu przez (...) Zakład Produkcyjny spółka z o. o od marca 2006r. Natomiast pozwany masło oznaczeniem (...) wprowadził do obrotu od czerwca 2009r. Cena masła produkowanego przez powódkę w opakowaniach 300g, wynosi ok. 4,10 zł, a pozwanego ok. 4.49 złotych, Powódka – spółka komandytowa (...) za wprowadzane do obrotu masło (...) uzyskała następujące nagrody: w 2003r. certyfikat „Dobre bo Polskie”, w 2005r. Srebrny L. K., w 2006 i 2008 roku Złoty L. K., a w 2006r. Konsumentki Znak Jakości. Pismem z 20 października 2009r. powodowie wezwali pozwaną do natychmiastowego zaprzestania wprowadzania do obrotu towarów w podobnych, do powodów, opakowaniach oraz prowadzenia wszelkich akcji promocyjnych z ich wykorzystaniem. Wezwanie to zostało doręczone pozwanej w dniu 26 października 2009r. Mimo powyższego wezwania pozwana nie zaprzestała wprowadzając na rynek miasta w opisanym powyżej opakowaniu. Decyzją Urzędu Patentowego RP z dnia 20 października 2011 roku strona pozwana uzyskała prawo ochronne na znak towarowy nr (...), które trwa od dnia 13 sierpnia 2009 roku, zaś przedmiotem ochrony jest znak słowno – graficzny – przestrzenny o brzmieniu (...) W dniu 21 czerwca 2012 roku strona powodowa wniosła do Urzędu Patentowego RP sprzeciw wobec decyzji o udzieleniu prawa chronionego na znak towarowy nr (...), który do chwili wyrokowania nie został rozpoznany.

Zdaniem Sądu I instancji w przedmiotowej sprawie należy odnieść się do następujących kwestii: 1. istnienia prawnie chronionego znaku towarowego, do którego uprawnienie przysługuje powodom, funkcjonującego w obrocie gospodarczym, w odniesieniu do którego mogło nastąpić naruszenie przez działanie strony pozwanej; 2. ustalenia zakresu podmiotowo – przedmiotowego istnienia podobieństw między znakami towarowymi prawnie chronionymi przyznanymi powodom a znakiem towarowym użytym przez stronę pozwaną; 3. wpływu decyzji Urzędu Patentowego RP o przyznaniu stronie pozwanej prawa chronionego dla znaku towarowego będącego przedmiotem niniejszego postępowania; 4. zakresu ochrony prawnej przysługującej powodom na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ad 1. W zakresie określenia przedmiotu ochrony przysługującego powodom Sąd Okręgowy zaznaczył, że rozważania należy ograniczyć do pięciu spornych znaków przysługujących stronie powodowej.

Ad 2. Obowiązkiem strony powodowej w postępowaniu sądowym o ochronę znaku towarowego było udowodnienie, że z jednej strony określony produkt opatrzony danym znakiem chronionym jest używany, czy inaczej jest przedmiotem podaży, z drugiej zaś strony udowodnienie, że dany znak prawnie chroniony został naruszony, zaś naruszenie to odnosiło się do wszystkich znaków, dla których ochrona prawna została przyznana stronie. Sąd I instancji zauważył, że w przedmiotowej sprawie strona powodowa wskazując na podobieństwa znaku towarowego użytego przez stronę pozwaną odnosiła je wyłącznie do znaku towarowego oznaczonego numerem ochrony (...) – „Naturalny polski produkt z ekologicznie czystych terenów (...) Naturalny polski produkt z ekologicznie czystych terenów

(...) wyróżnione nagrodą konsumenta(...). Jednocześnie też działania procesowe strony powodowej prowadziły do wykazania, że wyłącznie ten produkt znajduje się w gospodarczym obrocie, co kolei prowadzi do wniosku, że do czynnego naruszenia znaku towarowego przez stronę pozwaną mogło dojść wyłącznie w odniesieniu do znaku towarowego prawnie chronionego pod numerem (...).

W ocenie Sądu Okręgowego biorąc jednak pod uwagę fakt, że dwa podmioty wystąpiły o ochronę różnych znaków towarowych konieczne jest wzięcie pod uwagę przy określenia faktu i charakteru naruszenia uprawnień przysługujących powodom również znaku towarowego, dla którego wyłączne prawo ochronne uzyskał powód L. S., tj. znaku towarowego o numerze ochrony (...) – (...) (...) z ekologicznie czystych terenów”. W odniesieniu zaś do znaków towarowych przysługujących powodowej spółce o numerach ochrony: (...) – (...) S. Naturalny polski produkt z ekologicznie czystych terenów (...); (...) – (...) (...) polski produkt z ekologicznie czystych terenów (...) t.82%” i (...) – „Naturalny polski produkt z ekologicznie czystych terenów (...), Sąd I instancji uznał, że strona powodowa nie wykazała, aby w odniesieniu do nich doszło do naruszenia praw wyłącznych do ochrony znaku towarowego, co skutkowało oddaleniem powództwa w odniesieniu do powyższych trzech chronionych znaków towarowych. W szczególności strona powodowa nie wskazała na okoliczności istnienia w/w produktów na rynku oraz konkurencyjności działania strony pozwanej w zakresie naruszenia oznaczeń towarowych użytych na tych trzech produktach.

Ad 2. Rozstrzygając kwestię naruszenia prawa do znaku towarowego, Sąd I instancji wskazał na elementy wspólne porównywanych znaków towarowych. Przy ocenie podobieństwa oznaczeń (znaków) należy zastosować porównanie w trzech płaszczyznach: fonetycznej, wizualnej i znaczeniowej. Podobieństwo w jednej płaszczyźnie może być wystarczające dla uznania porównywanych znaków za podobne. Należy przy tym uwzględniać ogólne wrażenie, jakie wywierają porównywane oznaczenia na odbiorcach towarów. Dla odbiorcy decydujące znaczenie mają zbieżne elementy, a nie różnice – niekiedy drobne, niekiedy zaś nawet dość wyraziste, w każdym jednak przypadku stanowiące element dodatkowy pozostający poza sferą wpływu na ogólne wrażenie odbiorcy znaku towarowego. Sąd Okręgowy zauważył, że należy pamiętać, iż nabywca zachowuje w pamięci ogólny zarys oznaczenia, stąd większe znaczenie mają pierwsze człony znaków, pierwsze litery w wyrazach, kształt i forma napisu, użyta czcionka, jej kolor, barwa tła – one przyciągają jego największą uwagę i są zapamiętywane. W znakach słowno-graficznych, części słownej przypisuje się znaczenie dominujące, ona decyduje o łatwości postrzegania oraz przyswajania przez odbiorców i ona ma z reguły decydujące znaczenie dla oceny podobieństwa znaków.

Dla oceny podobieństwa nie jest wymagane rzeczywiste pomylenie znaków, wystarczy istnienie takiej możliwości. Przed każdorazowym dokonaniem oceny podobieństwa oznaczeń należy dokonać oceny jednorodności towarów.

Zdaniem Sądu I instancji dokonując oceny podobieństw znaków towarowych używanych przez strony można przyjąć dodatkowy podział aspektów zakresu owej oceny, która może dokonywać się na trzech płaszczyznach: a) przedmiotowej – rozumianej jako rodzaj produktu opatrzonego danym znakiem; b) podmiotowej – rozumianej jako krąg adresatów, do których produkt oznaczony określonym znakiem ma dotrzeć czy też może dotrzeć; c) miejscowej bądź inaczej lokalizacyjnej – rozumianej jako z jednej strony terytorium czy obszar na jakim dany produkt może zostać zakupiony, z drugiej zaś jako miejsce zakupu tegoż produktu.

Odnosząc przedstawione wyżej reguły istotne dla określenia podobieństwa znaków towarowych użytych przez strony, Sąd Okręgowy zaznaczył, iż znaki te zostały użyte w odniesieniu do tożsamyh rodzajowo produktów, a mianowicie masła. Okoliczność powyższa rodzi podstawową przesłankę wskazującą na możliwość uznania podobieństwa oznaczeń towarowych przy jednoczesnym przyjęciu możliwości popełnienia przez potencjalnego nabywcę błędu przy wyborze konkretnego produktu. W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z faktem, że strona pozwana użyła określonego znaku słowno - graficznego dla oznaczenia innego produktu spożywczego [np. jogurt, ser] czy przemysłowego [mydło, proszek], a właśnie dla masła produkowanego równie przez stronę powodową. Istotne znaczenie w kontekście przedmiotowej oceny podobieństw między oboma produktami ma fakt użycia tożsamego kształtu każdego z produktów, a mianowicie formowania masła na kształt ośelki. Użyty przez każdą ze stron postępowania znak towarowy ma postać słowno - graficzną, a więc takie samo znaczenie należy przypisać przy

określaniu podobieństwa znaków zarówno formie czy szacie graficznej użytej w każdym ze znaków, jak fonetycznemu brzmieniu każdej z nazw produktów.

W ocenie Sądu I instancji porównując zatem znaki towarowe o numerach (...) przysługujących powodom ze znakiem używanym przez stronę pozwaną należy przede wszystkim podkreślić, iż w aspekcie wpływu każdego z tych znaków na wrażenia potencjalnego odbiorcy, są one praktycznie tożsame.

W każdym z przypadków bowiem zostały:

- użyte praktycznie identyczne zestawienia kolorystyczne napisów [czerwony napis na kremowym [jasnym] tle];
- strona pozwana użyła zbliżonej, jeśli nie identycznej czcionki, co do rodzaju i wielkości przy konstruowaniu napisu (...) przy jednoczesnym zbliżonym rozmieszczeniu tychże napisów;
- strona pozwana zastosowała analogiczne jak w przypadku strony powodowej usytuowanie poszczególnych elementów napisu na bryle masła uformowanego w kształcie oselki.

W odniesieniu do aspektu graficznego o jakim mowa wyżej, Sąd I instancji zauważył, iż potencjalny nabywca tego rodzaju produktu dokona oceny wizualnej opakowania z pewnej odległości co przy jednoczesnej praktyce ekspozycji produktów spożywczych w sklepach [bez względu na ich wielkość czy charakter] polegającej na układaniu towarów podobnych jeśli chodzi o kształt czy formę obok siebie, rodzi nie tylko potencjalną możliwość pomylenia każdego produktów. Trudno bowiem oczekiwać od percepcji wzrokowej potencjalnego nabywcy masła, aby jego uwaga skupiła się nie na określeniu (...) sporządzonego wyrazistą pod względem wielkości, kształtu i koloru czcionka, a na użytym znaczku firmowym, którego wielkość jest nieproporcjonalna do napisu nazwy produktu, co zresztą wydaje się z wszech miar zrozumiałe i uzasadnione.

W ocenie Sądu I instancji analizując podobieństwa każdego z trzech znaków towarowych w aspekcie ich brzmienia fonetycznego nie sposób również nie dopatrzeć się w każdym z tych przypadków analogii. Strona pozwana konstruując pod względem fonetycznym znak towarowy dla swojego produktu użyła sformułowania (...) dodatkowo opatrując powyższy napis sylwetkę (...). Fakt, iż pozwana nie użyła wprost określenia oselka górski czy góralski, nie uniemożliwia przyjęcia jednoznacznego skojarzenia, iż w obu przypadkach może chodzić o ten sam rodzaj masła pochodzenia górskiego.

Sąd Okręgowy zauważył, że w tej sytuacji nasuwa się zasadnicze pytanie: czemu strona pozwana chcąc w sposób dostateczny wyróżnić swój produkt od produktu konkurencyjnego nie zastosowała środków słownych nasuwających skojarzenie dla potencjalnego odbiorcy z innym regionem Polski, również ekologicznym i czystym, jak np.(...),(...) itp. Element powyższy w ocenie Sądu I instancji jednoznacznie wskazuje na celowe działanie strony pozwanej zmierzające do wywołania u potencjalnego nabywcy skojarzenia z produktem już istniejącym i funkcjonującym w obrocie rynkowym, do którego prawa ochronne znacznie wcześniej uzyskała strona powodowa.

Odnosząc się do kwestii porównania spornych znaków towarowych w aspekcie podmiotowym Sąd Okręgowy wskazał na następujące aspekty, mogące wywołać potencjalny choćby błąd w wyborze dokonywanym przez nabywcy produktu:

- przedmiot opatrzony spornymi znakami towarowymi jest przedmiotem codziennego użytku, nabywanym praktycznie codziennie przez nieokreśloną liczbę konsumentów za niewygórowaną cenę. Konsument – nabywca w takim przypadku nie musi przykładać zdecydowanej uwagi do dokonywanego wyboru, a kieruje się pamięcią do oznaczenia danego produktu, który wcześniej nabył i który zaspokoił jego konsumenckie oczekiwania. Sprzedaż danego rodzaju produktu, jakim jest masło odbywa się w bardzo różnych miejscach, a mianowicie zarówno w sklepach wielkopowierzchniowych, gdzie zakupy mają charakter samoobsługowy jak i niewielkich sklepach spożywczych funkcjonujących na osiedlach czy w małych miejscowościach. Gdy potencjalny klient dokonuje zakupu w formie samoobsługowej wybiera zazwyczaj produkt znajdujący się w jednym miejscu, jeśli chodzi o rozmieszczenie produktów w sklepie, przy czym kieruje się tu pamięcią wzrokową i wrażeniem, jakie na jego percepcji wywiera

określona szata graficzna opakowania produktu. Nie zastanawia się przy tym, czy też nie zwraca szczególnej uwagi na producenta masła, a jedynie na dany jego rodzaj. W przypadku zakupów dokonywanych w małych sklepach, w których zatrudniona jest obsługa, czasem klient kieruje się sformułowaniem słownym, iż chodzi mu o zakup masła górskiej czy góralskiej ośelki. Wyboru w takim przypadku dokonuje sprzedawca, który nie zwraca uwagi, jeśli nie życzy sobie tego klient producenta masła.

W każdym ze wskazanych przypadków istnieje potencjalna możliwość dokonania zakupu przez klienta towaru niezamierzonego z uwagi zblizoną formę graficzną opakowania kupowanego towaru. W kontekście przesłanki lokalizacyjnej i miejscowej mającej wpływ na możliwość popełnienia błędu przez kupującego, Sąd I instancji wskazał, że produkty każdej ze stron są dostępne na terenie całego kraju, zaś praktyka ekspozycji przez sprzedających produktów o zblizonych kształtach i opakowaniach obok siebie rodzi możliwość również i na tej płaszczyźnie popełnienia błędu co do wyboru towaru przez kupującego kierującego się ogólnym wrażeniem opakowania towaru.

Ad 3. Odnosząc się do kwestii wpływu decyzji i postępowania przed Urzędem Patentowym na postępowanie cywilne w sprawach z zakresu prawa własności przemysłowej Sąd I instancji uznał, że uzyskanie przez stronę pozwaną w toku toczącego się niniejszego postępowania znaku ochronnego nr (...) na sporny w sprawie znak towarowy pozostaje bez wpływu na dopuszczalność i zakres rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, tym bardziej, że decyzja UP została zakwestionowana w formie sprzeciwu przez powodową spółkę.

Ad 4. Na gruncie ustalonego stanu faktycznego Sąd Okręgowy zaznaczył, iż działanie strony pozwanej, może podlegać także ocenie w kontekście naruszenia przepisu art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. O tym, czy użyte oznaczenia mogą wywołać omyłki odbiorców, decyduje okoliczności sprawy. Ocena musi być dokonywana z punktu widzenia przeciętnego klienta (nabywcy) towaru lub usługi, który z reguły jest osobą niezbyt uważną. Na ocenę tę wpływa też oczywiście fakt, czy chodzi z jednej strony o oznaczenia podobne, a z drugiej strony, czy są one stosowane w odniesieniu do podobnych towarów i usług. Dopiero wypadkowa tych dwóch czynników daje właściwy wynik.

Zdaniem Sądu I instancji stosować tu należy te same kryteria i oceny co w przypadku oceny podobieństwa znaków towarowych. Do ukazania podobieństw znaków towarowych używanych przez strony postępowania, rozważania dotyczące podobieństwa znaków towarowych znajdują pełne zastosowanie do wyjaśnienia kwestii zachowania strony pozwanej w świetle naruszenia przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kwestia ta jest o tyle prawnie istotna, iż uznanie naruszenia przez pozwaną prawa chronionego do znaków towarowych powodów oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji rodzi pełny katalog uprawnień dochodzonych przez stronę powodową.

Uznając zatem, że działanie strony pozwanej naruszyło przesłanki określone w art. 296 ust. 2. pkt. 2 p.w.p., zgodnie z którym to przepisem naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy polega na bezprawnym używaniu w obrocie gospodarczym znaku identycznego lub podobnego do zarejestrowanego znaku towarowego w odniesieniu do towarów identycznych lub podobnych, jeżeli zachodzi ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, które obejmuje w szczególności ryzyko skojarzenia znaku ze znakiem towarowym zarejestrowanym oraz powołanego wyżej art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, strona powodowa uzyskała skuteczne prawo zgłoszenia wobec pozwanej roszczeń wynikających z art. 296 ust. 1 p.w.p. oraz art. 18 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pierwszy z powołanych przepisów przyznaje osobie, której prawo ochronne na znak towarowy zostało naruszone, lub osobie, której ustawa na to zezwala, żądania od osoby, która naruszyła to prawo, zaniechania naruszenia, wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, a w razie zawinionego naruszenia również naprawienia wyrządzonej szkody: 1) na zasadach ogólnych albo 2) poprzez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej opłacie licencyjnej albo innego stosownego wynagrodzenia, które w chwili ich dochodzenia byłyby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie ze znaku towarowego. Zgodnie zaś z brzmieniem art. 18 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony może żądać: 1) zaniechania niedozwolonych działań; 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań; 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie; 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych; 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych; 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem

kultury polskiej lub ochrony dziedzictwa narodowego jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony. Sąd, na wniosek uprawnionego, może orzec również o wyrobach, ich opakowaniach, materiałach reklamowych i innych przedmiotach bezpośrednio związanych z popełnieniem czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności sąd może orzec ich zniszczenie lub zaliczenie na poczet odszkodowania.

W świetle przedstawionego katalogu uprawnień przysługujących podmiotowi, którego prawo zostało naruszone, Sąd I instancji uznając powództwo za usprawiedliwione orzekł zgodnie z żądaniem strony powodowej w odniesieniu do dwóch znaków towarowych co do których nastąpiło naruszenia prawa wyłącznego do ich używania i zakazał stronie pozwanej dalszego ich naruszania przy jednoczesnym zobowiązaniu strony do zniszczenia wszelkich pozostałych niewykorzystanych opakowań, materiałów reklamowych i dokumentów zawierających opisany znak słowno – graficzny.

W apelacji strona pozwana zaskarżyła powyższy wyrok w zakresie następujących punktów: pkt. I w całości, pkt. III i pkt. IV.

Skarżąca zarzuciła:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego:

a. przepisu art. 156 ust. 1 pkt. 2) pwp poprzez zakazanie pozwanemu przez Sąd na mocy skarżonego wyroku używania do oznaczania produktów pozwanego słów (...) i (...) – podczas gdy zgodnie z powołanym przepisem, prawo ochronne na znak towarowy nie daje uprawnionemu prawa zakazywania używania przez inne osoby w obrocie oznaczeń wskazujących w szczególności na cechy i charakterystykę towarów, ich rodzaj, ilość, jakość, przeznaczenie, pochodzenie czy datę wytworzenia lub okres przydatności;

b. przepisu art. 296 ust. 2 pkt. 2) pwp – poprzez przyjęcie, że: pozwany używa w obrocie gospodarczym znaku podobnego do zarejestrowanych przez stronę powodową znaków towarowych nr (...) i (...), podczas gdy znak towarowy pozwanego poza nazwą produktu (. (...)) i oznaczeniem jego kształtu (...) nie zawiera innych elementów, które upodabniałyby go do znaków towarowych powoda, a ponadto w spornych znakach występuje inna kolorystyka oraz odróżniające elementy graficzne, będące wcześniej zarejestrowanymi znakami towarowymi, w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd, które obejmuje w szczególności ryzyko skojarzenia znaku pozwanego ze znakami towarowymi nr (...) i (...) zarejestrowanymi przez powoda – podczas gdy widoczne na pierwszy rzut oka różnice w wyglądzie spornych znaków towarowych pozwalają na ich odróżnienie przez przeciętnego konsumenta,

c. przepisu art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – poprzez przyjęcie, że pozwany oznacza towary w sposób mogący wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia podczas gdy na opakowaniu towarów pozwanego umieszczone są poza nazwą produktu (...) słowno-graficzne znaki towarowe (...) i (...) które to znaki z uwagi na wieloletnią działalność pozwanego na rynku są dobrze rozpoznawalne przez konsumentów oznaczonych tymi znakami produktów;

2. procesowego, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a. art. 233 par. 1 k.p.c. z uwagi na błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia oraz sprzeczność istotnych ustaleń Sądu Okręgowego z treścią zebranego w sprawie materiału, polegające na przyjęciu, że: strona pozwana użyła zbliżonej, jeśli nie identycznej czcionki co do rodzaju i wielkości przy konstruowaniu napisu (...) – podczas gdy u powoda w obu znakach towarowych słowo (...) jest napisane większą czcionką niż słowo (...), natomiast u pozwanego wielkość czcionki w obu tych słowach jest identyczna; pozwany zastosował analogicznie do powoda usytuowanie poszczególnych elementów na bryle masła – podczas, gdy analiza wizualna porównywanych znaków jednoznacznie wskazuje, że w przypadku znaku pozwanego słowo (...) zaczyna się już pod słowami (...) (od połowy długości tych słów), podczas gdy u powodów oba te słowa nie nachodzą na siebie. Ponadto, u pozwanego słowa (...) i (...) oddzielone są niebieskim napisem „zawartość tłuszczu 82%”, którego nie ma na żadnym ze spornych

znaków powodów - podczas gdy jest to istotna informacja dla konsumenta i z racji koloru oraz usytuowania rzuca się w oczy; porównywane znaki towarowe powodów i pozwanego wykazują podobieństwo fonetyczne – podczas gdy we wszystkich porównywanych znakach, składających się z wielu słów, powtarzają się jedynie 3 z nich, masło z uwagi na niewygórowaną cenę jest towarem nabywanym praktycznie codziennie – podczas gdy masło, jako najdroższy i najczęściej podrabiany z tłuszczów do smarowania, nabywany jest najrzadziej i ze szczególną uwagą konsumentów – co potwierdzają badania rynkowe. Przeciętny nabywca danego towaru lub usługi jest z reguły osobą niezbyt uważną, co sprzeczne jest z wzorcem przeciętnego nabywcy prezentowanym w prawie europejskim i ustalonym orzecznictwie sadowym, dokonując zakupu towaru jakim jest masło, przeciętny konsument dokonujący zakupu w sklepie powierzchniowym ocenia produkt z pewnej odległości i nie zwraca uwagi na oznaczenie producenta, tylko pobieżnie kieruje się oceną wizualną opakowania, kierując wzrok jedynie na słowa (...) i (...)

b. art. 233 par. 1 k.p.c. z uwagi na brak logiki polegający na stwierdzeniu przez Sąd Okręgowy, że konsument nabywając towar kieruje się praktycznie jedynie oznaczeniem (...) (które to oznaczenie w ocenie Sądu ma charakter dominujący), a jednocześnie uznaniu, że oznaczenie(...)powzanego, którego elementem jest wizerunek G. może budzić skojarzenie konsumenta ze słowem (...) będącym elementem znaku towarowego powoda.

W oparciu o sformułowane powyżej zarzuty, pozwana wniosła o: zmianę zaskarżonego wyroku w pkt. I, 111 oraz IV i oddalenie powództwa w całości ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny rozważył na nowo cały zebrany w sprawie materiał dowodowy i dokonał własnej oceny. Ustalenia poczynione przez Sąd Okręgowy są prawidłowe, stąd Sąd Apelacyjny przyjął je za własne.

Przede wszystkim należy się odnieść do zarzutów naruszenia prawa procesowego.

Wbrew odmiennemu przekonaniu skarżącego Sąd I instancji dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i trafnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Odnosząc się do zarzutu błędnego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że strona pozwana użyła zbliżonej czcionki (rodzaj, wielkość) przy konstruowaniu napisu (...) i zastosowała analogiczne do powoda usytuowanie poszczególnych elementów na bryle masła, należy uznać, że nie jest on uzasadniony.

Dokonują całościowej, nie zaś analitycznej, oceny porównywanych oznaczeń, nie sposób podzielić argumentacji skarżącego. Wystarczy chociażby całościowe spojrzenie na skany rozłożonych opakowań produktów obu stron, uwidocznione w odpowiedzi na apelację (karta 452 odwrot).

Strona pozwana skupia się natomiast na wskazaniu różnic, które nie mają wpływu na ogólne wrażenie. W szczególności okoliczność, że u powoda w obu znakach towarowych słowo (...) jest napisane nieco większą czcionką niż słowo (...), a u pozwanego wielkość czcionki w obu tych słowach jest identyczna, nie wpływa na ogólne wrażenie konsumenta. Dostrzeżenie powyższej różnicy wymaga poświęcenia pewnego czasu i skupienia. To samo dotyczy analogicznego usytuowania poszczególnych elementów na bryle masła. Choć z pewnością pewne różnice występują (skarżący podkreśla, że rozmieszczenie poszczególnych w przypadku znaku pozwanego słowo (...) zaczyna się już pod słowami (...)) [od połowy długości tych słów], podczas gdy u powodów oba te słowa nie nachodzą na siebie), nie ulega wątpliwości, że sposób umiejscowienia elementów opakowania jest podobny w stopniu mogąącym wprowadzić konsumenta w błąd.

Chybione są zarzuty obrazy prawa materialnego – obrazy art. 156 ust. 1 pkt. 2 p.w.p. poprzez zakazanie pozwanemu przez Sąd na mocy zaskarżonego wyroku używania do oznaczania produktów pozwanych słów (...) i (...).

Zgodnie z przepisem art. 156 ust. 1 pkt 2 p.w.p. prawo ochronne na znak towarowy nie daje uprawnionemu prawa zakazywania używania przez inne osoby w obrocie oznaczeń wskazujących w szczególności na cechy i charakterystykę towarów, ich rodzaj, ilość, jakość, przeznaczenie, pochodzenie czy datę wytworzenia lub okres przydatności. To ograniczenie skuteczności prawa ochronnego na znak towarowy, zawarte w art. 156 ust. 1 pkt 2, wynika z konieczności zapewnienia konkurentom swobodnego dostępu do oznaczeń opisowych, wskazujących m.in. na cechy i charakterystykę towarów oraz przeznaczenie towaru. Są to niejednokrotnie określenia typowe, a często wręcz konieczne dla prezentacji towarów i usług. Przepis art. 156 ust. 1 pkt 2 p.w.p. zabezpiecza prawo przedsiębiorców do używania oznaczeń informacyjnych (opisowych). Dlatego dostęp do takich oznaczeń faktycznie warunkuje prawidłowe prowadzenie działalności gospodarczej.

Warunkiem zastosowania tego wyjątku jest używanie chronionych oznaczeń tylko jako opisowych, w więc wyłącznie w celu poinformowania odbiorców o cechach towarów. Ponadto, warunkiem legalnego używania zarejestrowanego oznaczenia lub oznaczenia podobnego w celu przekazania informacji o przeznaczeniu towaru jest wykazanie konieczności jego użycia w funkcji informacyjnej. Jak się przyjmuje, swoboda w używaniu chronionych znaków towarowych podlega ograniczeniu, gdy jest nadużywana, a więc np. gdy uprawniony do używania znaków na jego podstawie korzysta jednocześnie z identycznej lub podobnej formy graficznej, podobnego, oryginalnego rozmieszczenia elementów itp.

W okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – wbrew twierdzeniom skarżącego – nie można uznać, że Sąd I instancji zakazał stronie pozwanej oznaczania produktów słowami (...) i (...)czym uniemożliwił pozwanej Spółdzielni korzystanie z oznaczenia rodzajowego. Z treści zaskarżonego wyroku wynika jednoznacznie, że nakazano pozwanemu <zaprzestanie używania oznaczeń i/lub opakowań masła osełkowego, podobnych lub tożsamyh ze znakami towarowymi (...) oraz (...), zwłaszcza zawierającymi słowa (...) oraz (...) – oba pisane czcionką o czerwonym zabarwieniu na białym bądź kremowym tle, o układzie napisów i oznaczeń graficznych zbliżonym do znaku towarowego o numerze (...);

Nie jest wobec tego uprawniona teza apelacji, że Sąd I instancji zakazał stronie pozwanej oznaczania swoich produktów określeniami (...) czy (...)Zakaz dotyczy jedynie nadawania tym słowom takiej oprawy graficznej, która z uwagi na podobieństwo wizualne do znaku towarowego powoda może wprowadzać klientów w błąd co do pochodzenia towaru. Nie mają w tej sytuacji żadnego znaczenia argumenty skarżącej, że na producencie jako profesjonalście ciąży obowiązek właściwego, zgodnego ze stanem rzeczywistym oznaczania cech towarów, ponieważ zaskarżony wyrok w żadnym stopniu nie ogranicza stronie pozwanej możliwości zadośćuczynienia temu obowiązkowi. Niezależnie od tego, w powołanych przez skarżącego przepisach rozporządzenia Rady (WE) nr (...)z dnia 22 października 2007 roku (załącznik XII i następne) brak jest nakazu oznaczania produktów – spożywczych tłuszczów mlecznych – określeniami (...)czy (...)

Nie jest uzasadniony zarzut naruszenia prawa materialnego art. 296 ust. 2 pkt. 2 p.w.p. poprzez przyjęcie, że pozwany używa w obrocie gospodarczym znaku podobnego do zarejestrowanych przez stronę powodową znaków towarowych nr (...) i (...).

W pierwszej kolejności należy podnieść, że naruszenie prawa materialnego może polegać na błędnym zrozumieniu treści lub znaczenia normy prawnej (błędna wykładnia) lub wadliwej subsumcji do ustalonego stanu faktycznego normy prawnej (niewłaściwe zastosowanie), a obowiązkiem apelującego jest określenie zarzucanej formy naruszenia i uzasadnienie sprecyzowanego zarzutu. Apelacja nie spełnia tych wymagań. Skarżący koncentruje się natomiast na kwestionowaniu ustaleń faktycznych Sądu Okręgowego w zakresie ustalenia podobieństwa używanych przez obie strony oznaczeń.

Nie ma bowiem wątpliwości, że kwestia podobieństwa bądź niepodobieństwa znaków nie należy do sfery prawa materialnego, lecz przepisów proceduralnych, gdyż dotyczy stanu faktycznego a nie prawa. Dopiero w przypadku prawidłowo ustalonego stanu faktycznego można dokonać należytej subsumcji tego stanu do odpowiedniego przepisu prawa materialnego.

Stąd też skarżący zgłaszając zastrzeżenia do sposobu skonstruowania przez Sąd Okręgowy podstawy faktycznej rozstrzygnięcia winien wykazać, że Sąd ten przekroczył granice swobodnej oceny materiału dowodowego określone w przepisie art. 233 § 1 k.p.c., w sposób mogący mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Nie jest natomiast skuteczne prezentowanie przez apelującego subiektywnego, alternatywnego wobec ustalonego przez Sąd I instancji, stanu faktycznego, na podstawie własnej, odmiennej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Rozważając zarzuty skarżącego co do przyjęcia przez Sąd Instancji podobieństwa oznaczeń używanych przez strony, należy uznać je za bezzasadne.

Zgodnie z wykładnią przyjętą w orzecznictwie sądowym (w szczególności Trybunału Sprawiedliwości UE) ocena stopnia podobieństwa występującego pomiędzy kolidującymi ze sobą znakami towarowymi wymaga określenia stopnia ich podobieństwa wizualnego, brzmieniowego oraz koncepcyjnego, a – w razie potrzeby – określenia wagi, jaką należy przypisać tym poszczególnym elementom, z uwzględnieniem kategorii danych towarów lub usług i warunków, w jakich są one sprzedawane. Podobieństwa wizualne, brzmieniowe i koncepcyjne pomiędzy rozpatrywanymi oznaczeniami powinny być przedmiotem oceny całościowej, w ramach której ocena ewentualnego podobieństwa fonetycznego jest tylko jednym z czynników mających znaczenie. Przy czym zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, dla stwierdzenia podobieństwa oznaczeń wystarczy ich podobieństwo w jednej z wymienionych płaszczyzn.

Podczas dokonywania oceny podobieństwa oznaczeń należy uwzględnić ogólne wrażenie jakie porównywane oznaczenia wywierają na odbiorcy, dla którego decydujące znaczenie mają zbieżne elementy porównywanych znaków.

(...) towarów/usług nie może być interpretowane jako ich "identyczność" - w przypadku towarów, przeznaczonych dla szerokiego kręgu odbiorców, przy ocenie podobieństwa znaków towarowych stosuje się surowsze kryteria oceny podobieństwa zarówno samych znaków towarowych, jak i towarów/usług, do oznaczania których przeznaczone są znaki towarowe (między innymi sprawa(...)).

Podkreślenia wymaga, że przy dokonywaniu oceny podobieństwa znaków z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy (dobrze poinformowanego, rozsądnie spostrzegawczego i ostrożnego), którym na gruncie rozpoznawanej sprawy może być każdy konsument, należy uwzględniać nie tylko to, że taka osoba rzadko ma możliwość bezpośredniego porównania znaków i zachowuje w pamięci jedynie ich niedoskonały obraz, ale również, że ocena dokonywana z punktu widzenia takiego odbiorcy, powinna uwzględniać stopień uwagi, jaki poświęca się poszczególnym kategoriom towarów lub usług. Godzi się zauważyć, że w stanie faktycznym sprawy z uwagi na rodzaj oferowanych towarów poziom uwagi konsumentów przy wyborze towaru i ocenie znaków jest z obiektywnych przyczyn niski, co ma niewątpliwie wpływ na zwiększenie ryzyka wprowadzenia w błąd. W realiach sprawy mamy do czynienia nie tylko ze znakami przeznaczonymi do ochrony takich samych towarów (masła osełkowego), lecz również skierowanych do bardzo szeroko określonego kręgu odbiorców. Jest nim w zasadzie ogół klientów sklepów oferujących artykuły spożywcze. Taki adresat najczęściej nie analizuje bliżej znaku i może być stosunkowo łatwo wprowadzony w błąd co do pochodzenia towarów. Z tego względu oceny podobieństwa przedmiotowych znaków należy dokonywać w kontekście ogólnego wrażenia, jakie te oznaczenia wywierają na odbiorcy, który z reguły spostrzega i zachowuje w pamięci jedynie ogólny zarys poszukiwanego oznaczenia

Podzielić należy stanowisko Sądu I instancji, że dla oceny podobieństwa nie jest wymagane rzeczywiste pomylenie znaków, wystarczy istnienia takiej możliwości. Warto również odnotować, że istotne dla oceny, czy doszło do naruszenia prawa ochronnego ma okoliczność, iż analizie poddane są znaki podobne dla tych samych (identycznych) towarów.

Nie ulega wątpliwości, że analizowane w rozpoznawanej sprawie oznaczenia są podobne w rozumieniu art. 296 ust. 2 pkt. 2 p.w.p. w sposób, który stwarza realne niebezpieczeństwo pomylenia przez klienta tych znaków, a za tym

idzie – towarów oferowanych przez obie strony. Sąd Apelacyjny w pełni podziela zastosowaną przez Sąd I instancji metodologię oceny podobieństwa znaków towarowych, jak i wnioski wypływające z analizy oznaczeń używanych przez obie strony.

Nie można zgodzić się ze skarżącym, że Sąd I instancji skupił się jedynie na ocenie elementów słownych (...)i (...)Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika jednoznacznie, że Sąd Okręgowy zwrócił uwagę nie tylko na elementy słowne, ale również na graficzne (kolorystyka, kształt, grubość czcionki) a także na sposób rozmieszczenia poszczególnych elementów.

Nie można zarzucić Sądowi I instancji, że pominął różnice w kolorystyce używanych przez obie strony oznaczeń, a także różnice w warstwie słownej.

Błędne jest stanowisko skarżącego, że oznaczenie pozwanego „utrzymane jest w kolorystyce biały, czerwony, granatowy, złoty, brązowy” a w oznaczeniu powoda dominują kolory: biały i czerwony.

Ogólne wrażenie nie potwierdza tego stwierdzenia, w szczególności nietrafny jest pogląd, że oznaczenie pozwanego „utrzymane jest” w kolorach granatowy, złoty i brązowy. Dopiero uważna analiza opakowania wykorzystywanego przez stronę pozwaną prowadzi do wniosku, że obok elementów wyraźnie dominujących (słowa w kolorze czerwonym dużą czcionką), na spornym opakowaniu znajdują się mniejsze elementy w innych kolorach. Oczywiście jest jednak, że te elementy nie dominują, a o podobieństwie świadczą elementy wspólne nie zaś różniące. Trafnie podnosi strona powodowa, że właśnie barwy biała i czerwona tworzą podstawową paletę barw obu oznaczeń, a pozostałe stanowią tylko niewielkie aplikacje.

Odnosnie eksponowanych przez skarżącego różnic fonetycznych, to podobieństwo występuje właśnie w tych trzech elementach dominujących, dla oceny podobieństwa mniej istotne są wobec tego pozostałe słowa (znacznie mniej wyeksponowane, pisane dużo mniejszą czcionką).

Niezależnie od tego Sąd I instancji trafnie zauważył, że sylwetka górala nawiązuje do słowa „górska”.

Nie jest uprawniony zarzut apelującego, że inni producenci masła osełkowego powszechnie wykorzystują użyte w oznaczeniach strony pozwanej kolory i sposób rozmieszczenia elementów. Po pierwsze zarzut ten – poza zaprezentowaniem w uzasadnieniu apelacji opakowań dwóch firm – nie został wykazany. Na podstawie dwóch przykładów nie jest uprawniona teza, że układ graficzny i kolorystyczny słów (...) i (...) jest „od lat stosowany w branży mlecznej”, a elementami odróżniającymi poszczególnych producentów są wszelkie pozostałe umieszczone na opakowaniu produktu znaki towarowe i oznaczenia. Po drugie, co jest faktem powszechnie znanym, w sklepach (szczególnie tych wielkopowierzchniowych) oferowana jest bardzo duża ilość produktów mleczarskich, w różnorodnych opakowaniach. Nie można zasadnie twierdzić, że przeważają barwy czy też układy graficzne zastosowane w opakowaniu masła osełkowego oferowanego przez stronę pozwaną. W aktach sprawy są zresztą liczne przykłady różnych opakowań, dodatkowo strona powodowa zamieściła w odpowiedzi na apelację kilkanaście zdjęć opakowań masła osełkowego, w których użyto różnych kolorów, w tym zielonego i granatowego (k 452 odw. – 453 odw.).

Ponadto należy zwrócić uwagę, że w części motywacyjnej apelacji skarżący powołuje się na fakty, które nie były przedmiotem postępowania dowodowego, w szczególności twierdzenie o jednoznacznej identyfikacji klientów z oznaczeniem (...) i sylwetką górala nie znajduje odzwierciedlenia w materiale dowodowym sprawy. Spóźnione jest również złożenie przez skarżącego – wraz z apelacją – katalogów, niezależnie od tego, że strona pozwana nie zgłosiła nawet wniosku dowodowego w tej mierze.

Nietrafna jest również argumentacja skarżącego dotycząca zdolności odróżniającej znaku pozwanego, w szczególności sugestia, że oznaczenie używane przez pozwanego ma „wysoce odróżniający charakter wynikający z jego znajomości przed odbiorców”. Okoliczność powyższa nie została przez pozwanego wykazana, tak samo, jak twierdzenia o wysokości nakładów na reklamę promującą markę HEJ z góralem. Wbrew odmiennemu zapatrywaniu skarżącego

nie ma znaczenia fakt, że wyroby pozwanego oznaczone znakami towarowymi (...) i(...)sprzedawane są w sieci własnych hurtowni oraz poprzez hurtownie tradycyjne. Nie wiadomo również, czy skarżący uznaje, że okoliczność, iż wyroby pozwanego są „powszechnie widoczne na półkach” i „znane na rynku mleczarskim” świadczy o powszechnej znajomości znaku towarowego. Nie ma to o tyle znaczenia, że pozwany nie zainicjował postępowania dowodowego w tym zakresie. Na marginesie należy podnieść, że znak może być uznany za powszechnie znany, jeżeli:

- jest znany na większości terytorium Polski (przy czym może być to wynikiem np. reklamy radiowo-telewizyjnej),
- jest kojarzony do określonego wyrobu przez krajowych potencjalnych odbiorców,
- jest znany powszechnie wśród potencjalnych nabywców, a zatem więcej niż połowie osób z tej grupy,
- zazwyczaj istnieje wyobrażenie (choć nie jest wymagane) o szczególnie wysokiej jakości towarów oznaczonych tym znakiem.

Powołujący się na powszechność znajomość znaku towarowego winien te okoliczności wykazać.

Nie można się zgodzić z zarzutem apelującego pominięcia przez Sąd I instancji, że wybierając masło, które zdaniem strony pozwanej nie jest – ze względu na wysoką cenę – tak często kupowane jak inne tłuszcze, konsument jest szczególnie uważny i zwraca uwagę na etykiety – w tym przede wszystkim na oznaczenie producenta, do którego ma zaufanie, co dodatkowo wyklucza ryzyko pomyłki. Takie twierdzenie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Wyższa cena masła nie zmienia oceny, że jest to towar nabywany w ramach zwykłych zakupów spożywczych i konsument nie poświęca jemu wyborowi zbyt dużo czasu. Warto zauważyć, że klienci zazwyczaj albo są zwolennikami masła albo innych tłuszczów do smarowania (margaryn czy tzw. mixów) i dokonują wyboru określonego produktu w ramach indywidualnych preferencji żywieniowych. W rozpoznawanej sprawie chodzi o konsumenta, który kupując masło ma duży wybór towarów pochodzących od różnych producentów i w takim aspekcie należy badać ryzyko konfuzji. Na marginesie można odnotować, że strona pozwana nie powołała się na jakiegokolwiek dane twierdząc, że „produkt spożywczy jakim jest masło, jest uważany za produkt luksusowy w ofercie tłuszczów do smarowania, a jego spożycie spada z uwagi na wysoką cenę tego produktu w porównaniu do cen tych produktów”.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przyjętego modelu przeciętnego konsumenta, podnieść należy, że model przeciętnego odbiorcy ukształtowany w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości to osoba należycie, dobrze poinformowana, należycie uważna i ostrożna. Dla celów całościowej oceny niebezpieczeństwa konfuzji przeciętny konsument określonego rodzaju dóbr jest postrzegany jako osoba należycie dobrze poinformowana, należycie uważna i ostrożna, przy czym poziom spostrzegawczości przeciętnego konsumenta może się różnić w zależności od rodzaju towarów lub usług (między innymi orzeczenia TS UE z dnia 22 czerwca 1999 r., (...)i z dnia 16 lipca 1998 r., (...)). Nie ulega wątpliwości, że poziom spostrzegawczości przy zakupach artykułów spożywczych (w tym masła), szczególnie w dużych sklepach, jest znacznie niższy niż przy zakupie perfum w perfumerii czy obuwia w salonie obuwniczym. Dla przykładu w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 marca 2010 r. w sprawie II GSK 533/09 uznano, że odzież, obuwie, nakrycia głowy nie są towarami nabywanymi codziennie, a każdorazowy zakup poprzedzony jest choćby chwilową analizą, a więc nie można przyjąć, że są to tzw. fast moving consumer goods.

Podzielić należy stanowisko Sądu I instancji, że w okolicznościach sprawy postępowanie strony pozwanej wyczerpuje znamiona czynu niedozwolonego wymienionego w art. 10 ZNKU. Przy ocenie niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów (usług), w rozumieniu tego przepisu należy wziąć pod uwagę cały kontekst okoliczności faktycznych, w których oznaczenie osoby trzeciej jest używane. Przepis art. 10 ZNKU, inaczej niż art. 296 ust. 2 pkt 1–3 p.w.p. nie przewiduje bardzo sformalizowanej metodyki ustalania niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd. Kluczowe znaczenie ma generalna ocena powstania takiego niebezpieczeństwa w świetle wszystkich istotnych elementów stanu faktycznego. Kryterium ustalania niebezpieczeństwa, o którym mowa, stanowi pogląd przeciętnego nabywcy takich towarów. Sąd I instancji trafnie przyjął, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy ocena ryzyka konfuzji w

kontekście oceny podobieństwa znaków towarowych na pełne zastosowanie do wyjaśnienia kwestii zachowania się strony pozwanej w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z tych wszystkich względów Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację rozstrzygając o kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym z mocy art. 98 k.p.c. w związku z art. 391 k.p.c. oraz § 10 pkt. 18 oraz § 12.1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz.U.02.163.1349).