

Sygn. akt I AGa 216/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 września 2018 roku

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Joanna Walentkiewicz – Witkowska (spr.)

Sędziowie: SA Małgorzata Dzięciołowska

SA Małgorzata Stanek

Protokolant: sekr. sąd. Bartosz Kędziora

po rozpoznaniu w dniu 30 sierpnia 2018 r. w Łodzi na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.

o zaniechanie czynów nieuczciwej konkurencji i zobowiązanie

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 10 kwietnia 2018 r. sygn. akt X GC 1059/13

1. oddala apelację;

2. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. kwotę 4.050 (cztery tysiące pięćdziesiąt) zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygnatura akt I AGa 216/18

UZASADNIENIE

W dniu 20 listopada 2013 roku (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. wytoczyła przeciwko pozwanej (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. powództwo o zaniechanie działań, stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, a polegających na niezgodnej z prawem reklamie suplementu diety o nazwie M. (...) M., prowadzonej publicznie przez pozwanego w formie reklamy audiowizualnej w telewizji, reklamy dźwiękowej w radio oraz w formie reklamy umieszczonej na stronie internetowej, dostępnej pod adresem (...) z użyciem sformułowań, ujęć i obrazów, z których wynika, że jedynie ten preparat posiada najlepsze właściwości w zakresie przyswajalności magnezu.

Powódka wniosła o:

1. nakazanie pozwanemu zaniechania czynów nieuczciwej konkurencji, polegających na niezgodnej z prawem reklamie suplementu diety o nazwie „M. B6 M.” prowadzonej publicznie przez pozwanego w formie reklamy audiowizualnej w telewizji, reklamy dźwiękowej w radio oraz w formie reklamy umieszczonej na stronie internetowej dostępnej pod adresem (...) poprzez:

a) nakazanie pozwanemu zaniechania emitowania, publikowania lub rozpowszechniania w inny sposób, jak również kierowania do emisji, publikowania lub rozpowszechniania w inny sposób i w jakiegokolwiek formie jakichkolwiek reklam sugerujących, że:

I. wysoka przyswajalność magnezu w organizmie ludzkim jest możliwa jedynie

dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu;

II. dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność;

III. M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności;

IV. inne preparaty magnezowe przyswajają się jedynie w 4 %;

V. M. B6 M. jest numerem 1 na świecie;

w tym w szczególności zawierających sformułowania:

a. „M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”;

b. „M. B6 M. wysoce przyswajalny magnez. Polecany przez lekarzy”;

c. „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”;

d. „nie liczy się jego dawka, lecz przyswajalność”;

e. „dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”;

f. „czy wiesz, że popularne preparaty z magnezem mogą przyswajać się tylko w 4%”

b) zakazanie pozwanemu umieszczania, publikacji lub innej formy rozpowszechniania na stronie internetowej (...) jakichkolwiek informacji sugerujących, że:

I. wysoka przyswajalność magnezu w organizmie ludzkim jest możliwa jedynie dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu;

II. dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność;

III. M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności;

IV. inne preparaty magnezowe przyswajają się jedynie w 4 %;

V. M. B6 M. jest numerem 1 na świecie;

w tym w szczególności zawierających sformułowania:

a. „M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”;

b. „M. B6 M. wysoce przyswajalny magnez. Polecany przez lekarzy”;

c. „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”;

d. „nie liczy się jego dawka, lecz przyswajalność”;

e. „dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”;

f. „czy wiesz, że popularne preparaty z magnezem mogą przyswajać się tylko w 4%”

c) nakazanie pozwanemu złożenia w terminie 7 dni od dnia uprawomocnienia się wyroku w sprawie, oświadczenia następującej treści:

(...) Sp. z o. o. informuje, że w związku z prowadzeniem kampanii reklamowej suplementu diety o nazwie M. (...) M. naruszał przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez rozpowszechnianie przekazów reklamowych wprowadzających w błąd konsumentów w zakresie właściwości cytrynianu magnezu, wchodzącego w skład preparatu M. (...) M. oraz poprzez stosowanie reklamy niezgodnej z przepisami prawa. Działania te stanowiły czyny nieuczciwej konkurencji popełnione na szkodę (...) Sp. z o. o. W związku z dopuszczeniem się tych czynów nieuczciwej konkurencji oraz potrzebą usunięcia skutków dokonanego już naruszenia (...) Sp. z o. o. przeprasza (...) Sp. z o.o. przy czym powyższe oświadczenie powinno zostać:

I. wyemitowane w formie audiowizualnej w stacjach telewizyjnych (...), (...), (...) oraz P. dwukrotnie w oddzielnych blokach reklamowych emitowanych w przedziale czasowym 18:00-20:00 pomiędzy poniedziałkiem a niedzielą, w formie emitowanych przez co najmniej 45 sekund plansz, w trakcie których będzie widoczny na ekranie wyżej wymieniony tekst (czarna czcionka A. o wielkości nie mniejszej niż 22 pkt na białym tle, marginesy nie mogą przekraczać 1/4 powierzchni ekranu, odstęp 1,5 wiersza), a dodatkowo zostanie on odczytany przez lektora w sposób wyraźny i zrozumiały. W czasie trwania bloku reklamowego z oświadczeniem o powyższej treści i formie nie powinny się znajdować żadne wskazania, czy odniesienia do samego oświadczenia lub jego treści;

II. wyemitowane w formie dźwiękowej w stacjach (...) oraz Radio (...) pięciokrotnie w oddzielnych blokach reklamowych emitowanych w przedziale czasowym 8:00-14:00 pomiędzy poniedziałkiem a czwartkiem, w formie reklamy (ogłoszenia) o długości co najmniej 1 minuty, w trakcie której wyżej wymieniony tekst zostanie w całości odczytany przez lektora w sposób wyraźny i zrozumiały. W czasie trwania bloku reklamowego z oświadczeniem o powyższej treści i formie nie powinny się znajdować żadne wskazania czy też odniesienia do samego oświadczenia lub do jego treści;

III. opublikowanie w formie tekstowej w prasie codziennej, tj. w dzienniku Gazeta (...) oraz w prasie specjalistycznej, tj. w czasopiśmie „Manager apteki”, na stronach redakcyjnych tych czasopism, w obramowaniu o wymiarach nie mniejszych niż pół strony, przy zastosowaniu czcionki A. nie mniejszej niż 22 pkt ze standardowym odstępem pomiędzy wierszami oraz standardowym odstępem pomiędzy literami, wyjustowane, bez podkreśleń, bez przekreśleń. Na stronie z oświadczeniem o powyższej treści i formie nie mogą się znajdować żadne wskazania czy odniesienia do samego oświadczenia lub jego treści;

2) upoważnienie powoda do wykonania orzeczenia, o którym mowa w pkt 1 lit. c) poprzez emisję oraz publikację wskazanego powyżej oświadczenia na koszt pozwanego, gdyby pozwany nie wykonał tego obowiązku w terminie 7 dni od daty uprawomocnienia się wyroku,

a także o zwrot kosztów postępowania.

W piśmie procesowym z dnia 3 marca 2014 r. powódka rozszerzyła roszczenie pozwu o dalsze slogany reklamowe:

a) „M. B6 M. - nic nie przyswaja się lepiej”;

b) „niezależne badanie kliniczne przeprowadzone przez renomowany uniwersytet medyczny w L. dowodzi, że cytrynian magnezu przyswaja się lepiej niż chelat”;

c) zawierających ujęcia, w których pipeta pokazująca przyswajalność cytrynianu magnezu jest pełna, a pipeta pokazująca przyswajalność chelatu aminokwasowego jest napełniona w 2/3. [pismo k-318-346].

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości.

W odpowiedzi na rozszerzone powództwo pozwany wniósł o jego oddalenie.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2018 roku w sprawie X GC 1059/13

Sąd Okręgowy w Łodzi, X Wydział Gospodarczy

1. nakazał pozwanemu (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. zaniechania czynów nieuczciwej konkurencji, polegających na niezgodnej z prawem reklamie suplementu diety o nazwie „M. B6 M.” prowadzonej publicznie w formie reklamy audiowizualnej w telewizji, reklamy dźwiękowej w radio oraz w formie reklamy umieszczonej na stronie internetowej dostępnej pod adresem (...) w ten sposób, że nakazał pozwanemu zaniechanie emitowania, publikowania lub rozpowszechniania w inny sposób, jak również kierowania do emisji, publikowania lub rozpowszechniania w inny sposób i w jakiegokolwiek formie, w tym umieszczania, publikacji lub innej formy rozpowszechniania na stronie internetowej (...) reklam sugerujących, że:

a) wysoka przyswajalność magnezu w organizmie ludzkim jest możliwa jedynie dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu;

b) dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność;

c) M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności;

a w szczególności zawierających sformułowania:

„M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”;

„magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”;

„nie liczy się jego dawka lecz przyswajalność”;

„dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”;

„M. B6 M. - nic nie przyswaja się lepiej”

2. oddalił powództwo w pozostałym zakresie;

3. stwierdził, że strona powodowa uległa w zakresie 50%, pozostawiając szczegółowe wyliczenie kosztów procesu referendarzowi sądowemu na podstawie art. 108 § 1 k.p.c.

Rozstrzygnięcie to poprzedziły ustalenia faktyczne, z których najistotniejsze są następujące:

W okresie od 1 stycznia 2013 r. do 24 kwietnia 2013 r. pozwany, w ramach prowadzonej kampanii reklamowej, rozpowszechniał w formie audiowizualnej w wielu stacjach telewizyjnych reklamy preparatu magnezowego M. B6 M., zawierające sformułowania:

- „M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”,

- „M. B6 M. wysoce przyswajalny magnez. Polecany przez lekarzy”,

- „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”,
- „nie liczy się jego dawka lecz przyswajalność”,
- „dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”

W okresie od 24 września 2012 r. do 30 grudnia 2012 r. pozwany, w ramach prowadzonej kampanii reklamowej, rozpowszechniał w formie audialnej w wielu stacjach radiowych reklamy preparatu magnezowego M. B6 M., zawierające sformułowania: „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość” oraz „Według nowych badań biodostępność cytrynianu magnezu dochodzi nawet do 90%, to ponad 20 razy więcej”

W okresie od listopada 2013 r. do stycznia 2014 r. pozwany, w ramach prowadzonej kampanii reklamowej, rozpowszechniał w formie audiowizualnej w wielu stacjach telewizyjnych reklamy preparatu magnezowego M. B6 M., zawierające sformułowania:

„M. B6 M. - nic nie przyswaja się lepiej”; „niezależne badanie kliniczne przeprowadzone przez renomowany uniwersytet medyczny w L. dowodzi, że cytrynian magnezu przyswaja się lepiej niż chelat” oraz emitował nagranie zawierające ujęcia, w których pipeta pokazująca przyswajalność cytrynianu magnezu jest pełna, a pipeta pokazująca przyswajalność chelatu aminokwasowego jest napełniona w 2/3.

Pismem z dnia 15 listopada 2013 r. powódka wezwała pozwaną do zaniechania naruszeń i opublikowania odpowiedniego oświadczenia w formie audiowizualnej, dźwiękowej i w prasie.

W różnych preparatach magnezowych, dostępnych na rynku suplementów diety stosowane są różne rodzaje soli magnezu: mleczan magnezu, cytrynian magnezu, węglan magnezu, siarczan magnezu, chlorek magnezu i tlenek magnezu, a także niebędący solą chelat magnezu.

Na stronie internetowej pozwanej znajduje się tabela zawierająca wskazanie procentowe wchłaniania magnezu w przypadku poszczególnych soli magnezu i chelatu magnezu. Wynika z niej, że mleczan magnezu i cytrynian magnezu wchłaniają się do 90%, węglan magnezu i siarczan magnezu do 30%, chlorek magnezu do 16%, natomiast tlenek magnezu do 4%. w odniesieniu natomiast do chelatu brak wiarygodnych danych. Z informacji na tej stronie zawartych wynika również, że w preparacie M. (...) M. zawarty jest cytrynian magnezu.

Z artykułu M. S., A. S., Z. W., J. K. pt; „Pierwiastek życia – magnez, tak – ale jaki” wynika, że magnez wchłaniany jest głównie w jelicie cienkim i częściowo w okrężnicy, przy czym wchłanianiu ulega jedynie 30-40% spożytej dawki tego pierwiastka. W odwołaniu do przeprowadzonych badań autorzy wskazali, że tlenek magnezu charakteryzuje się niską przyswajalnością - do 4%; chlorek magnezu w granicach 10-16%; natomiast w jednym z badań wyniki pokazały, że biodostępność cytrynianu magnezu wynosi 90%, a jednocześnie ta sól posiada najlepszą rozpuszczalność i może okazać się w toku dalszych badań, że charakteryzuje ją lepsze wchłanianie. Istotne znaczenie ma także ilość tzw. magnezu elementarnego.

W artykule „Preparaty magnezu” autorzy (A. J., K. K., A. S., A. C. – „Farmacja współczesna” nr 4 z 2011 r.) wskazują, iż wszystkie sole nieorganiczne magnezu są istotnie mniej przyswajalne niż nieorganiczne, do których należą mleczan, cytrynian i wodoroasparginian magnezu, których biodostępność jest zadowalająca.

Z badań przeprowadzonych w 2001 r. wynika, że przyswajalność tlenku magnezu wynosi do 4%. Z innej publikacji (G. G., „Cytryniany trimagnezu: nowy zdrowy wybór dla żywności funkcjonalnej”) wynika, że cytryniany trimagnezu są jednymi z najlepiej przyswajalnych soli magnezowych.

Z artykułu opublikowanego przez C. C. i in. pt. „Badanie biologicznej przyswajalności magnezu z dziesięciu organicznych i nieorganicznych soli u szczurów z niedoborem magnezu, z wykorzystaniem techniki znakowania

trwałym izotopem magnezu” wynika, że retencja izotopu magnezu była lepsza w przypadku soli organicznych, zaś najwyższą biologiczną przyswajalność wykazał w warunkach tego badania glukonian magnezu.

Z artykułu A. W. i in. pt. „Badanie dotyczące magnezu” wynika, że cytrynian magnezu charakteryzuje się największą biodostępnością spośród preparatów objętych badaniem (czyli w porównaniu z chelatem i tlenkiem).

W artykule „Preparaty magnezu w profilaktyce i terapii – jak dokonać racjonalnego wyboru” J. W. wskazuje, że nie można wprost przekładać zawartości magnezu na jego wchłanianie, zaś w literaturze dostępne są dane, że organiczne sole magnezu takie jak mleczan, cytrynian czy asparginian są optymalnymi formami magnezu do podawania doustnie.

Wyniki badań opublikowane przez A. W. i innych zostały zakwestionowane w sporządzonych w 2014 r. dwóch opiniach B. D. (brak danych na czyje zlecenie sporządzonej) oraz L. W. (sporządzonej na zlecenie Olimp L.), z których wynika, że wnioski wypływające z badań A. W., a dotyczące najlepszej przyswajalności cytrynianu magnezu są niewystarczająco udokumentowane z uwagi na wady przeprowadzonych badań. Z opinii prywatnej J. W. wynika, że brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości badania przeprowadzonego przez A. W., które zostało opublikowane w indeksowanym periodyku naukowym (posiada impact faktor), publikowane prace poddawane są niezależnym recenzjom, co powoduje brak podstaw do kwestionowania zarówno metodologii, jak i oceny statystycznej. Zdaniem opiniującego o wiarygodności tego badania świadczy brak naukowej polemiki na łamach czasopisma, w którym opublikowano wyniki badań. Ponadto opiniujący wskazał, że niska biodostępność, może nawet przy wysokiej dawce magnezu powodować nieskuteczność suplementacyjną, a w praktyce trudno doszukiwać się bezpośredniego związku pomiędzy dawką, a przyswajalnością.

Biodostępność określa odsetek substancji leczniczej lub składnika aktywnego, który zostaje wchłonięty do krwiobiegu z danej postaci preparatu i dociera do miejsca działania. Przyswajalność magnezu można określić, jako ilość substancji, która po wnikięciu do organizmu dotrze do miejsca docelowego swojego działania, co będzie zależało m. in. od sposobu podania jonów magnezu. Wyższe dawki magnezu wpływają ujemnie na jego procentową przyswajalność. Dawka ma zatem decydujące znaczenie dla stopnia procentowej przyswajalności magnezu, bowiem wraz z jej wzrostem spada absorpcja jonów magnezu ze względu na osiągnięcie stężenia powodującego zablokowanie białka (...) (transient receptor potential melastatin) zlokalizowanego w szczytowej części komórek nabłonka. Przy zwiększeniu dawki biodostępność do pewnych granic wzrasta, a potem utrzymuje się na poziomie plateau. S. organiczne, takie jak asparginian, glukonian czy cytrynian są w lepszym stopniu biodostępne, niż tlenki czy sole nieorganiczne.

Brak jest opracowań badawczych, które przekonałyby o 20-krotnie lepszej wchłanialności cytrynianu magnezu w stosunku do tlenku magnezu. Może wystąpić tego rodzaju wchłanialność, ale będzie to związane z biodostępnością farmakologiczną jonów magnezu oraz układem wysokiego niedoboru magnezu. Nie oznacza to, że będzie dotyczyła tylko cytrynianu magnezu.

W badaniu C. (tabela k-206v) stwierdzono, że sole organiczne mają lepszą biodostępność, a wśród soli poddawanych temu badaniu cytrynian magnezu znajduje się w pierwszej trójce w zakresie przyswajalności. Z kolei z najnowszych badań z 2017 r. nie wynika już taka duża różnica.

W artykule autorstwa A. K., A. S. i B. K. (biegłego w sprawie” pt. (...) (opublikowanego w czasopiśmie (...) – XLVIII, 2015, 4, str. 677 – 689) odwołano się do przeprowadzonych wcześniej badań, z których wynika większa przyswajalność cytrynianu magnezu:

„C. i współpr. (36) badali jelitowe wchłanianie magnezu i wydalanie z moczem u szczurów z różnych preparatów organicznych: octan, pidolan, cytrynian, glukonian, mleczan, asparaginian i nieorganicznych: chlorek, tlenek, siarczan, węglan z zastosowaniem technik izotopowych. Badania wykazały, że sole organiczne są lepszym źródłem magnezu niż nieorganiczne. Najlepszym źródłem magnezu jest cytrynian i glukonian. W. i współpr. (36) badali biodostępność magnezu w randomizowanych badaniach u 46 zdrowych osób, którym podawano cytrynian magnezu, chelat aminokwasowy (autorzy nie podali jaki to był związek), tlenek magnezu (300 mg magnezu/dzień). Po upływie

60 dni nastąpił wzrost wydalania z moczem po cytrynianie i chelacie aminokwasowym. Tylko cytrynian powodował znaczny wzrost stężenia magnezu w osoczu, zarówno po suplementacji krótkiej (3 dni) jak i po 60 dniach.

L. i współpracownicy (37) prowadzili badania dotyczące biodostępności magnezu z cytrynianu i tlenku z udziałem 17 zdrowych wolontariuszy w wieku 22–40 lat, którym podawano 608 mg magnezu w postaci dwóch suplementów cytrynianu i tlenku. Stwierdzono lepsze wchłanianie i biodostępność magnezu z cytrynianu. W innych badaniach podawano 16 zdrowym ochotnikom w wieku 25–55 lat 4 preparaty zawierające magnez: tlenek, chlorek, mleczan, asparaginian (510 mg/dzień). Biodostępność magnezu badano mierząc jego poziom w moczu. Wydalanie magnezu wzrosło po mleczanie, asparaginianie i chlorku, co świadczy o niskiej biodostępności tlenku magnezu (35).

B. i współpracownicy (38) oceniali biodostępność różnych preparatów magnezu: cytrynianu, wodorotlenku, mleczanu, chlorku, badając stężenie magnezu w moczu po 24 h u 18 studentek otrzymujących od 365 do 501 mg magnezu/dzień. Wydalanie z moczem było wyższe niż w placebo, nie wykazano statystycznie istotnych różnic pomiędzy solami z wyjątkiem cytrynianu, dla którego wydalanie było wyższe. W przedstawionych pracach zastosowana metodologia badań jest różna. Aby ocenić biodostępność magnezu mierzono stężenie magnezu w surowicy, osoczu, moczu lub wewnątrz komórek.

Z badań A. W. i L. wynikała wyższa wchłaniania i biodostępność cytrynianu magnezu. Biegły odwoływał się do wyników tych badań w artykule naukowym opublikowanym w 2015 r. i badania te oceniał pozytywnie oraz nie spotkał się w literaturze z zastrzeżeniami do nich. Dopiero wyniki badań opublikowanych w 2017 r. zmieniły poglądy biegłego co do istotnych różnic w przyswajalności różnych soli magnezu. Z tego badania wynika, że cytrynian magnezu wykazywał większą różnicę w podwyższaniu stężenia magnezu w osoczu niż tlenek magnezu. Różnica to współczynnik 0,85 i 5.

Stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci przedstawionych nagrań reklam i ich transkrypcji, raportów domu medialnego co do okresu, form i rodzajów publikacji reklam, przedstawionych przez strony publikacji naukowych, dotyczących suplementacji magnezem oraz uzupełniając w oparciu o opinię biegłego z zakresu farmakologii.

W ramach rozważań prawnych Sąd wskazał, że treść art. 16 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala wyróżnić dwie grupy czynów nieuczciwej reklamy: reklamę sprzeczną z prawem (reklamę zakazaną) oraz reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami (reklamę nieuczciwą). Najczęściej spotykane w praktyce postacie reklamy nieuczciwej, to reklama wprowadzająca w błąd (art. 16 ust. 1 pkt 2 i art. 16 ust. 2 u.z.n.k.), reklama nierzeczowa (art. 16 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.), reklama ukryta (art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.), reklama uciążliwa (art. 16 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.) oraz nieuczciwa reklama porównawcza (art. 16 ust. 3 i 4 u.z.n.k.).

W myśl art. 16 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności:

- 1) reklama spreczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka;
- 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi;
- 3) reklama odwołująca się do uczuć klientów przez wywoływanie lęku, wykorzystywanie przesądów lub łatwowierności dzieci;
- 4) wypowiedź, która, zachęcając do nabywania towarów lub usług, sprawia wrażenie neutralnej informacji;
- 5) reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.

Strona powodowa zarzuciła w pierwszej kolejności rozpowszechnianie przez pozwanego reklamy sprzecznnej z przepisami prawa, odwołując się w tym zakresie do naruszenia art. 46 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 2 ustawy

z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (dalej u.b.ż.ż.) i art. 12 lit. c) rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności. Sąd przyjął, że w reklamach suplementu diety M. B6 M. nie są przypisywane temu produktowi właściwości zapobiegania chorobom albo ich leczenia, a reklamowany przez pozwanego produkt nie jest produktem leczniczym w rozumieniu ustawy – Prawo farmaceutyczne, lecz stanowi tzw. suplement diety czyli środek spożywczy. W myśl art. 46 ust. 1 pkt 2 u.b.ż.ż. (w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2014 r., z którym to dniem norma ta została uchylona) oznakowanie środka spożywczego nie może przypisywać mu środkowi spożywcemu właściwości zapobiegania chorobom lub ich leczenia albo odwoływać się do takich właściwości, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 4 i art. 33 ust. 4, oraz zawierać oświadczeń żywieniowych lub zdrowotnych niezgodnych z przepisami rozporządzenia nr 1924/2006, przy czym ograniczenie to stosuje się również do reklamy oraz do prezentacji środków spożywczych. Zgodnie z art. 12 c) przywołanego rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 niedozwolone są oświadczenia zdrowotne, które odwołują się do zaleceń poszczególnych lekarzy lub specjalistów w zakresie zdrowia i innych stowarzyszeń niż krajowe stowarzyszenia zrzeszające lekarzy, specjalistów ds. żywienia i dietetyków oraz przez instytucje charytatywne związane ze zdrowiem (z art. 11 rozporządzenia). Z kolei zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia „oświadczenie zdrowotne” oznacza każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem.

Zdaniem Sądu I instancji zakwestionowane sformułowanie z hasła reklamowego: „polecany przez lekarzy” nie stanowi oświadczenia zdrowotnego, bowiem nie stwierdza, nie sugeruje i nie daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników (tu magnezem) a zdrowiem. Brak jest podstaw do przypisania powyższemu sformułowaniu cechy „oświadczenia zdrowotnego” bowiem pozwany w żadnej z reklam nie odwołuje się do stanu chorobowego, a jedynie do podniesienia sprawności działania, przyływu energii i sił witalnych, a więc uzyskania optymalnego stanu fizjologicznego, a nie do leczenia określonej jednostki chorobowej. „M. B6 M.” jest suplementem diety i ustalenie tego przez potencjalnego nabywcę nie sprawia najmniejszych trudności.

Wobec tego zarzut strony powodowej prowadzenia reklamy sprzecznej z prawem, oparty na treści art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. został uznany przez Sąd Okręgowy za bezzasadny.

Kolejnym zarzutem strony powodowej było posługiwanie się przez stronę pozwaną tzw. reklamą nieuczciwą, której jedną z odmian jest reklama wprowadzająca w błąd, stypizowana w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 ust. 2 u.z.n.k. Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest bowiem m.in. reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi.

Zgodnie z art. 2 lit. b) dyrektywy 2006/114/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, "reklama wprowadzająca w błąd" oznacza każdą reklamę w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją firmę, wprowadzającą lub mogącą wprowadzać w błąd osoby, do których jest skierowana lub do których dociera, i która, z powodu swej zwodniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która z tych powodów szkodzi lub może szkodzić konkurentowi. Podstawowym czynnikiem przesądzającym, czy w konkretnych okolicznościach można mówić o reklamie wprowadzającej w błąd jest w świetle ugruntowanego orzecnictwa ETS odbiór przez przeciętnego konsumenta, który jest należycie poinformowany, spostrzegawczy i rozważny. Sąd podkreślił, że istotnie zmienił się poziom świadomości konsumentów w kontekście działań pod wpływem reklam. Wzorzec konsumenta podlegającego ochronie w Unii Europejskiej to konsument „stanowczy i krytyczny, oświecony, a nie niedbały i ciemny”. Konsument taki potrafi prawidłowo zrozumieć kierowane do niego informacje i wykazuje odpowiedni stopień krytycyzmu wobec działań, których jest adresatem, rozumiejąc, że treść przekazu reklamowego nie zawsze jest zgodna z rzeczywistością. Odnosząc się do reklamy wprowadzającej w błąd uwzględnić należy także model konstruowania przeciętnego odbiorcy reklamy (konsumenta) w zależności od rodzaju towaru bądź usługi. Zachowania zakupowe klientów powinny być więc uwzględniane przy ocenie wprowadzenia w błąd przy ustalaniu wzorca przeciętnego odbiorcy reklamy.

Sąd podkreślił, że reklama wprowadzająca w błąd musi mieć przynajmniej potencjalną zdolność wpływu na decyzję konsumenta. Reklama wprowadzająca w błąd poprzez wytworzenie nieprawdziwego (falszywego), niezgodnego z

rzeczywistością obrazu towaru lub usługi zmierza do zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta (odbiorcy reklamy), wywołuje u konsumentów mylne wyobrażenie o jej przedmiocie.

Z uwagi na charakter reklamy należy przyjąć, że zawiera ona w swojej treści - w mniejszym lub większym stopniu - przejawienia rzeczywistości, czyli pewną dozwoloną dozę przesady. Istotne znaczenie ma jednak to, aby przesada w reklamie nie wprowadzała w błąd. Dla uznania, że zachodzi czyn z art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., konieczne jest także wystąpienie istotnej zależności między reklamą wprowadzającą w błąd a możliwością kupna towaru przez klienta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 października 2005 r., I ACa 221/05, Lex).

Strona powodowa zarzuciła pozwanemu, że prezentowane przez niego slogany reklamowe stanowią rodzaj reklamy porównawczej, stanowiącej także jedną z kategorii czynów nieuczciwej konkurencji. Poddając analizie treść przepisu art. 16 ust. 3 u.z.n.k. Sąd Okręgowy wskazał, że reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta, zwana dalej "reklamą porównawczą", stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Sąd ten precyzyjnie opisał kiedy reklama porównawcza nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami.

Reklamę porównawczą traktuje się jako sprzeczną z dobrymi obyczajami (chyba, że zostaną kumulatywnie spełnione przesłanki wyłączające), gdyż dotyka bezpośrednio konkurenta reklamodawcy poprzez porównanie własnego towaru (usługi) z ofertą rynkową w celu wskazania konsumentowi, że oferta reklamującego jest lepsza (bądź równorzędna) w stosunku do innych towarów. Porównanie musi być jednak oparte na wiarygodnych i łatwo sprawdzalnych czynnikach. Nie stanowi natomiast reklamy porównawczej przekaz, który nie odwołuje się do konkretnego, zindywidualizowanego produktu czy usługi, lecz pewnej klasy produktów lub ich rodzaju, np. „zwykły proszek do prania”, „tradycyjna pralka” itd. (G. Rączka, Reklama porównawcza [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex).

W ustalonych okolicznościach faktycznych Sąd I instancji uznał niektóre z używanych przez pozwanego przekazów i sloganów reklamowych za czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Sąd ten przyjął, że w żadnym z zakwestionowanych haseł nie można wprost ustalić konkurentów pozwanego na rynku magnezowych suplementów diety. Odwoływanie się do 4% przyswajalności magnezu z niektórych preparatów w żaden sposób nie umożliwia potencjalnemu klientowi, bez zapoznania się z literaturą fachową, ustalenia nie tylko rodzaju preparatów magnezowych o takiej przyswajalności, ale nawet ustalenia rodzaju soli magnezu z taką przyswajalnością, a więc porównania tego rodzaju nie można uznać za zakazany rodzaj reklamy porównawczej. Sąd podkreślił, że jedną z przesłanek ekskulpujących z art. 16 ust. 3 u.z.n.k. jest brak wprowadzania w błąd przez reklamę. Z załączonych do akt publikacji naukowych, dotyczących suplementacji magnezem, wynika bardzo niska przyswajalność tlenku magnezu, zaś w jednej z nich wprost wskazano, że nie przekracza ona 4% (M. S., k-133). W tych okolicznościach - jak uznał Sąd I instancji nie można przyjąć, że odwołanie się w reklamie do niskiej przyswajalności magnezu w wielu preparatach magnezowych wprowadza w błąd (niezależnie od braku możliwości zidentyfikowania producentów tych preparatów). Podobnie ocenić należało hasła dotyczące przyswajalności cytrynianu magnezu w porównaniu do chelatu - w ocenie Sądu reklamy te nie stanowiły zakazanej reklamy porównawczej.

Oceny pozostałych haseł i przesłań reklamowych Sąd I instancji dokonał z zastosowaniem podwyższonego kryterium kontroli i w konsekwencji uznał reklamę sugerującą, że:

- a) wysoka przyswajalność magnezu w organizmie ludzkim jest możliwa jedynie dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu;
- b) dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność;
- c) M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności

za rodzaj reklamy wprowadzającej w błąd, bowiem biorąc pod uwagę stan wiedzy w zakresie suplementacji magnezem w okresie emitowania kwestionowanych reklam, jak i obecnie, nie można dojść do tak kategoriycznych stwierdzeń.

Niewątpliwie z publikacji naukowych (przywołanych w stanie faktycznym), jak i z opinii biegłego wynika, że cytrynian magnezu był i - w zasadzie nadal jest - uznawany za jeden z najlepiej przyswajalnych związków magnezu, choć niekoniecznie najlepiej przyswajalny. Teza o tak znakomitej i najwyższej przyswajalności cytrynianu magnezu, jak prezentował to pozwany w swoich reklamach, nie znajduje całkowitego potwierdzenia naukowego, a jednocześnie odbiorca reklamy (konsument) nie ma możliwości zweryfikowania tej tezy, zwłaszcza że na opakowaniach suplementów diety znajdują się informacje o rodzaju zastosowanej soli (lub chelatu) magnezu oraz ilości jonów magnezu w składzie preparatu, natomiast brak jest danych dotyczących przyswajalności. Jest to o tyle zrozumiałe, że będzie to uzależnione od szeregu czynników takich jak m.in. wiek, stan zdrowia, stosowana dieta, uwarunkowania osobnicze, a także od zapotrzebowania organizmu na magnez w danym momencie (które jest zmienne).

Sama przyswajalność związku magnezu nie przesądza o skuteczności preparatu, gdyż w sytuacji niewielkiego niedoboru magnezu jego wchłonięcie nastąpi i tak tylko w ilości niezbędnej do zapewnienia równowagi (nasylenia do pewnego stadium), a w pozostałym zakresie zostanie wydany. Czynniki zewnętrzne jak i wewnętrzne organizmu człowieka będą więc odgrywały najistotniejszą rolę, wpływając jednocześnie na zakres przyswojenia jonów magnezu. Z pewnością niektóre sole magnezu zwiększają jego biodostępność, a co za tym idzie potencjalną przyswajalność, ale będzie ona i tak uzależniona od wielkości niedoboru w organizmie i wielkości dostępnych ilości. Pamiętać także należy, że wzrost podania ilości magnezu powoduje obniżenie jego procentowego wchłaniania. Z tego względu im większa jednorazowa dawka magnezu, tym mniejsze jego procentowe wchłanianie i odwrotnie. Zatem z punktu widzenia zdrowia konsumenta bardziej korzystne jest przyjmowanie wielokrotnie małych dawek magnezu w ciągu dnia, niż przyjmowanie jednorazowo wysokiej dawki, gdyż jej procentowe wchłanianie będzie utrudnione.

Zastosowane przez pozwanego kategorię zapewnienia o najlepszej przyswajalności cytrynianu magnezu, bez dodatkowych informacji dotyczących czynników osobniczych, powinny zostać uznane za mogące wprowadzić w błąd w związku z brakiem pełnej informacji na temat warunków tej przyswajalności. Jednocześnie pozwany posługiwał się określeniami: „jedyne tak przyswajalne”, „nic nie przyswaja się lepiej”, które mogą wywołać wrażenie, iż tylko ten preparat magnezowy zawiera substancję najlepiej przyswajalną, natomiast stan wiedzy wynikający z badań, które odwoływały się do stosowania m.in. cytrynianu magnezu nie pozwalał na postawienie tezy o najwyższej przyswajalności cytrynianu magnezu, choć niewątpliwie wskazywany był jako jedna z najlepiej przyswajalnych soli organicznych magnezu.

Nie znalazła potwierdzenia w prowadzonych badaniach przedstawiana w reklamach teza o sięgającej 90% przyswajalności cytrynianu magnezu i sugerowana potencjalnemu klientowi tak wysoka przyswajalność właśnie cytrynianu magnezu. Powyższe nakazywało, w ocenie Sądu Okręgowego, uznanie reklamy w tym zakresie za reklamę wprowadzającą w błąd. Sąd uznał reklamę sugerującą najwyższą i najlepszą przyswajalność tylko preparatów zawierających cytrynian magnezu, a w szczególności reklamę zawierającą sformułowania odnoszące się do tej cechy suplementu produkowanego przez pozwanego, za wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. W szczególności za slogany reklamowe mogące wprowadzać w błąd potencjalnego nabywcę uznał hasła:

- „M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”;
- „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”;
- „nie liczy się jego dawka lecz przyswajalność”;
- „dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”;
- „M. B6 M. - nic nie przyswaja się lepiej”.

W związku z tym Sąd nakazał pozwanemu zaniechanie publikowania w jakiegokolwiek formie reklam zawierających wyżej wymienione hasła, jednakże podkreślenia wymaga, że zakazem tym objęte są nie tylko wymienione wyżej slogany, ale przede wszystkim publikowanie reklam sugerujących, że wysoka przyswajalność magnezu w organizmie

ludzkim jest możliwa jedynie dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu; dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność, a suplement diety M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności.

W ocenie Sądu I instancji w pozostałym zakresie co do zakwestionowanych przez powoda haseł reklamowych nie zachodziły podstawy do stwierdzenia, że mogą wprowadzać w błąd, a zatem nie stanowiły reklamy zakazanej (a także reklamy porównawczej czy też sprzecznej z prawem). Dotyczy to w szczególności haseł odwołujących się do przyswajalności innych preparatów magnezowych na poziomie 4% oraz hasła „M. B6 M. wysoce przyswajalny magnez. Polecany przez lekarzy”. Odnosnie do występowania preparatów w których substancja czynna może przyswajać się w 4%, to z publikacji M. S. wynika, że tlenek magnezu przyswaja się na takim poziomie, zaś z innych przywołanych przez strony opracowań i badań wynika, że tlenek magnezu jest jednym z najsłabiej przyswajalnych związków magnezu. Z kolei hasło odwołujące się do wysokiej przyswajalności preparatu produkowanego przez pozwanego jest o tyle prawdziwe, że z przywołanych publikacji i opinii biegłego wynika niewątpliwie wysoka przyswajalność cytrynianu magnezu zawartego w preparacie pozwanego.

W ocenie Sądu nie budziło wątpliwości występowanie po stronie powoda legitymacji czynnej z racji pozostawiania w relacji konkurencji w stosunku do pozwanego, działania na tym samym rynku zbytu, a więc i podlegania prawdopodobieństwu naruszenia / zagrożenia interesów powoda w wyniku nieuczciwej reklamy.

Z roszczeniem o zaniechanie (zaprzestanie określonych działań) można wystąpić, gdy dany czyn został popełniony i stan niedozwolonego działania trwa, a jeżeli dany czyn nie został jeszcze dokonany - nie doszło do naruszenia cudzych praw, lecz zachodzi obawa jego dokonania, a istniejący stan zagraża interesowi pokrzywdzonego. W przypadku, gdy stan naruszenia praw, interesu innej osoby już nie trwa, ale zachodzi niebezpieczeństwo ponowienia niedozwolonych zachowań również zachodzi podstawa do zgłoszenia takiego roszczenia. W praktyce najczęściej w dacie orzekania występuje sytuacja, w której emisja kwestionowanej reklamy została już zakończona, a zatem powód powinien wykazać realne ryzyko ponowienia niedozwolonego działania, za czym może przemawiać kategoryczne kwestionowanie niezgodności reklamy z prawem przez pozwanego, a także inne okoliczności faktyczne. Z kolei istnienie ryzyka powtórzenia naruszenia, co do zasady, nie zachodzi w sytuacji, w której pozwany deklaruje, że naruszenie usunął i nie zamierza posługiwać się kwestionowaną przez powoda reklamą.

Roszczenie określone w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. służy zatem usunięciu skutków niedozwolonych działań, a jednocześnie nie powinno stanowić represji. Jego celem jest przekazanie klienteli danego przedsiębiorcy informacji prostujących, aby zmienić błędną, nieprawdziwą opinię o nim, bądź jego towarach czy usługach, przyjętą w społeczeństwie i przywrócić mu dobrą sławę. Złożenie oświadczenia w prasie nie jest niezbędne do usunięcia skutków czynu niedozwolonego, polegających wyłącznie na zagrożeniu interesów powoda (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 listopada 2007 r., I ACa 334/07, Lex).

Powód wniósł także o zobowiązanie pozwanego do dokonania przeprosin we wszystkich mediach, w których reklama pozwanego była publikowana oraz o upoważnienie powoda do wykonania zobowiązania na koszt pozwanego. W ocenie Sądu I instancji roszczenie to nie zasługuje na uwzględnienie - co do zasady przysługuje ono jeśli stan naruszenia trwa nadal bądź istnieje zagrożenie jego ponownego wystąpienia. Strona pozwana zobowiązała się do nieużywania reklam zawierających sporne hasła, a jednocześnie ostatnia publikacja spornych haseł miała miejsce w styczniu 2014 r. W realiach sprawy, w ocenie Sądu Okręgowego, występował brak podstaw do nałożenia na stronę pozwaną obowiązku publikacyjnego, bowiem zagrożenie ponownego publikowania spornych haseł reklamowych było minimalne także ze względu na orzeczony zakaz posługiwania się wymienionymi w wyroku sloganami oraz innymi hasłami reklamowymi, sugerującymi wyjątkową przyswajalność wyłącznie magnezu zawartego w suplemencie (...) M.. Nakazanie pozwanemu opublikowania w mediach oświadczeń o wskazanej w pozwie treści nie miałoby charakteru naprawczego ani prewencyjnego, lecz co najwyżej represyjny, a ponadto sformułowana przez powoda treść oświadczenia stanowiłaby nie tyle sankcją dla pozwanego, co rodzaj reklamy dla strony powodowej. Konkluzję taką Sąd wyprowadził biorąc pod uwagę dwukrotne wymienienie w treści oświadczenia nazwy powoda, w sytuacji gdy z reklam pozwanego publikowanych w 2013 r. nie można byłoby ustalić, że analizowana reklama narusza interes

powoda, jako przedsiębiorcy. Na rynku występuje wielu producentów suplementów diety, oferujących także preparaty magnezowe, zawierające różnego rodzaju sole magnezu i chelat magnezu, a zatem reklama pozwanego uznana za czyn nieuczciwej konkurencji dotykała w zasadzie wszystkich konkurentów i nie można było wyróżnić w tym zakresie powoda jako „dotkniętego” w szczególny sposób, tj. wymagający przeprosin z podaniem jego firmy. Poza tym Sąd uwzględnił w tej kwestii treść złożonych do akt sprawy publikacji naukowych, dotyczących suplementacji magnezowej oraz opinię biegłego, który także we wcześniej opublikowanym artykule naukowym przedstawiał, jako wiarygodne wyniki badań, stwierdzające bardzo wysoką bądź najwyższą przyswajalność cytrynianu magnezu w stosunku do innych soli i chelatu. Oczywiście Sąd bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w dacie zamknięcia rozprawy (art. 316 k.p.c.), jednakże przy ocenie całokształtu sprawy musi także uwzględniać zachodzące zmiany w zakresie badań naukowych i odpowiednio oceniać, porównując także ze stanem (danymi naukowymi) istniejącym w dacie publikacji reklam. Nie budzi wątpliwości, że badania nad tego rodzaju związkami nie są przesądzające - jest ich nadal zbyt mało i warunki ich przeprowadzania wzbudzają wiele kontrowersji. Przedstawiane rozważania naukowe nie wykluczają twierdzeń co do bardzo wysokiej przyswajalności cytrynianu magnezu, jednakże nie pozwalają na formułowanie kategoriycznych wniosków. Z tych też względów Sąd uznał wskazane w wyroku hasła i przesłania reklamowe za potencjalnie mogące wprowadzać w błąd i zakazał ich używania. Zastrzeżenia te przemawiają jednocześnie (w kontekście upływu czasu i zakazu represyjnego stosowania) za nieuwzględnieniem publikacyjnego roszczenia powoda.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., dokonując ich stosunkowego rozdzielenia i uznając, że strony w równych częściach przegrały proces.

Wyrok Sądu Okręgowego w części oddalającej powództwo zaskarżyła apelacją strona powodowa, formułując następujące zarzuty:

- naruszenie prawa procesowego, które mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy:

1. art. 278 k.p.c. poprzez poczynienie ustaleń sprzecznych z opinią biegłego i przyjęcie na podstawie jednej publikacji, że występują preparaty, dla których przyswajalność magnezu wynosi 4%, co doprowadziło do uznania, że użyte w reklamie produktu pozwanej sformułowanie „czy wiesz, że popularne preparaty z magnezem mogą przyswajać się tylko w 4%” jest uprawnione, w sytuacji, gdy biegły w ustnej opinii uzupełniającej wprost wskazał, że nie zna soli magnezu, która przyswajałaby się w zaledwie 4%, a więc w/w sformułowanie powinno zostać uznane za wprowadzające w błąd

2. art. 233 k.p.c. poprzez:

- dowolne przyjęcie, że skoro tlenek magnezu jest jednym z najsłabiej przyswajalnych związków magnezu uzasadnione jest użycie w reklamie produktu pozwanej sformułowania „czy wiesz, że popularne preparaty z magnezem mogą przyswajać się tylko w 4%”, w sytuacji, gdy z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w tym przede wszystkim z opinii biegłego wynika, że nie są znane związki magnezu o tak niskiej przyswajalności, co powoduje, że sformułowanie użyte przez pozwaną wprowadza konsumentów w błąd;
- dowolną ocenę materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, prowadzącą do ustalenia przez sąd, że cytrynian magnezu jest wysoce przyswajalny, w pełnym oderwaniu od treści opinii biegłego, wskazującej że przyswajalność cytrynianu jest porównywalna do przyswajalności innych związków magnezu, w tym m.in. do chelatu, a także, że najlepiej przyswajalnym związkiem magnezu jest glukuronian, co doprowadziło do uznania przez sąd, że używanie sformułowań „wysoce przyswajalny magnez” jest uprawnione, w sytuacji, gdy w kontekście całego przekazu reklamowego stwierdzenie to wskazuje, że nie ma lepszych preparatów i wprowadza konsumentów w błąd;
- pominięcie przez sąd, że ujęcie w reklamie, na którym pipeta pokazująca przyswajalność cytrynianu magnezu jest pełna, a pipeta pokazująca przyswajalność chelatu aminokwasowego jest napełniona w 2/3 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy z prawidłowo ocenionego materiału dowodowego wynika, że różnice pomiędzy przyswajalnością magnezu z chelatu i cytrynianu są nieznaczne, a w konsekwencji ukazywanie przez

pozwaną różnicę w ich przyswajalności o 1/3 wprowadza konsumentów w błąd, stanowiąc czyn nieuczciwej konkurencji;

- dowolną ocenę materiału dowodowego, a w konsekwencji brak uznania przez sąd, że użyte w reklamie sformułowanie „niezależne badanie kliniczne przeprowadzone przez renomowany uniwersytet medyczny w L. dowodzi, że cytrynian magnezu przyswaja się lepiej niż chelat”, której pojawia się w reklamie w czasie ukazania pipet, wskazujących na dużą rozbieżność pomiędzy przyswajalnością chelatu a cytrynianu, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i nie wprowadza konsumentów w błąd, w sytuacji, gdy z opinii biegłego wynika, że różnice w przyswajalności w/w związków są nieznaczne, a ukazany odbiorcy obraz reklamy wskazuje, iż różnica w przyswajalności jest bardzo duża, co doprowadziło do błędnego niezastosowania przez sąd art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 316 k.p.c., poprzez nieuwzględnienie przez sąd przy orzekaniu stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, a w konsekwencji ustalenie stanu faktycznego z uwzględnieniem zmian okoliczności zachodzących w trakcie postępowania, a także przed jego rozpoczęciem, co jest sprzeczne z treścią art. 316 k.p.c., co w konsekwencji doprowadziło do nieuwzględnienia przez sąd powództwa w całości.

- naruszenie prawa materialnego:

- art. 18 ust 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez:

- uznanie przez sąd, że roszczenie o złożenie oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie nie zasługuje na uwzględnienie wobec faktu, że ostatnia emisja reklam miała miejsce w styczniu 2014 r., a zagrożenie ponowną publikacją spornych haseł przez pozwaną jest minimalne, a więc stan naruszenia już nie istnieje, co doprowadziło do oddalenia roszczenia, w sytuacji gdy sam fakt, że reklamy nie są i prawdopodobnie nie będą już emitowane nie ma wpływu na to, czy skutki naruszenia istniały w dacie wyrokowania,

- uznanie przez sąd, że treść oświadczenia zaproponowana przez powoda nie stanowiłaby sankcji dla pozwanej za stosowanie praktyk nieuczciwej konkurencji, tylko rodzaj reklamy powoda, a to wobec pojawienia się w oświadczeniu dwukrotnie nazwy powoda i w konsekwencji oddalenie roszczenia o złożenie oświadczenia, w sytuacji, gdy sąd może dokonać zmian w treści żądanego oświadczenia, dostosowując je do zakresu udowodnionego w procesie naruszenia, a także korygując je na podstawie kryterium adekwatności,
- art. 12 c) rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 poprzez uznanie przez sąd, że sformułowanie „polecany przez lekarzy” użyte w reklamie jest uprawnione, bowiem nie stanowi oświadczenia zdrowotnego, a nadto odnosi się do grupy zawodowej lekarzy, a nie poszczególnych lekarzy, w sytuacji, gdy sformułowanie to stanowi oświadczenie zdrowotne, bowiem całkowity odbiór reklamy daje konsumentom do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy reklamowanym produktem i zdrowiem, a jednocześnie w nieuprawniony sposób powołuje się na wypowiedź lekarzy, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 16 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Strona powodowa wniosła o zmianę wyroku w pkt II poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania przed sądem I i II instancji wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na apelację strona pozwana wniosła o oddalenie wywiedzionego środka zaskarżenia oraz zasądzenie na jej rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja wywiedziona przez stronę powodową okazała się niezasadna i podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. Strona powodowa nie zdołała podważyć prawidłowości rozstrzygnięcia Sądu I instancji, nie zdołała zakwestionować ustaleń faktycznych ani oceny prawnej zaistniałych okoliczności.

Na wstępie koniecznym jest odniesienie się do sformułowanych przez apelującego zarzutów naruszenia przepisów prawa procesowego, gdyż wnioski w tym zakresie z istoty swej determinują rozważania co do zarzutu naruszenia prawa materialnego. Jedynie nieobarczone błędem ustalenia faktyczne, będące wynikiem należyście przeprowadzonego postępowania, mogą być podstawą oceny prawidłowości kwestionowanego rozstrzygnięcia w kontekście twierdzeń o naruszeniu przepisów prawa materialnego. Sąd II instancji, rozpoznając wniesiony środek odwoławczy, ocenił stan faktyczny, ustalony przez Sąd Okręgowy, jako prawidłowy i zgodny z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym, a w konsekwencji na podstawie art. 382 k.p.c. przyjął dokonane ustalenia faktyczne za własne. Sąd I instancji w granicach zakreślonych przepisami k.p.c. przeprowadził postępowanie dowodowe, a następnie w oparciu o zgromadzony w ten sposób materiał dowodowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych.

Z gruntu niezasadny jest zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przepisu art. 278 k.p.c. Przepis ten dotyczy konieczności zasięgnięcia opinii biegłego, jeśli materia sprawy wymaga wiadomości specjalnych. W realiach sprawy taka konieczność zachodziła i Sąd Okręgowy dopuścił dowód z opinii biegłego, a następnie z opinii tej skorzystał, czyniąc ustalenia faktyczne. Nie naruszył więc przepisu art. 278 k.p.c. Przeciwnie, skorzystał z możliwości, jakie ten przepis procedury stwarza. Nie ma w nim regulacji dotyczących mocy dowodowej opinii biegłego, nie ma tym bardziej kryteriów oceny takiej opinii. Jeśli apelujący stawia zarzut, że Sąd I instancji wadliwie ocenił moc dowodową opinii i dokonał ustaleń faktycznych sprzecznych z jej wnioskami, nie mamy do czynienia z naruszeniem art. 278 k.p.c., a ewentualnie naruszeniem art. 233 k.p.c. Zarzut tak sformułowany został także zawarty w apelacji strony powodowej.

Należy w tym miejscu przypomnieć, że zaoferowany przez strony materiał dowodowy podlega swobodnej ocenie sądu, według kryteriów przewidzianych w art. 233 § 1 k.p.c. Natomiast dla skuteczności zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. nie wystarcza jedynie stwierdzenie o wadliwości dokonanych ustaleń faktycznych, odwołujące się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego nie odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest przede wszystkim wskazanie przyczyn dyskwalifikujących oceny sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłusznie im je przyznając (por. m.in. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 grudnia 2006 r., VI ACa 567/06, LEX nr 558390). W ocenie Sądu Apelacyjnego, skarżący nie zdołał wykazać, że Sąd pierwszej instancji, dokonując oceny dowodów i konstruując podstawę faktyczną naruszył zasady wymienione w art. 233 § 1 k.p.c.

Niezasadny jest zarzut naruszenia prawa procesowego, polegający na wadliwej ocenie dowodu z opinii biegłego. Opinie biegłych podlegają, jak inne dowody, ocenie według art. 233 § 1 k.p.c., lecz odróżniają je szczególne dla tych dowodów kryteria oceny, które stanowią: poziom wiedzy biegłego, podstawy teoretyczne opinii, sposób motywowania sformułowanego w niej stanowiska oraz stopień stanowczości wyrażonych w niej ocen, a także zgodność z zasadami logiki i wiedzy powszechnej (wyrok SN z 15 listopada 2002 r., V CKN 1354/00 LEX nr 77046). W efekcie specyfika oceny dowodu z opinii biegłych wyraża się w tym, że sfera merytoryczna opinii kontrolowana jest przez sąd (który nie posiada wiadomości specjalnych) tylko w zakresie zgodności z zasadami logicznego myślenia, doświadczenia życiowego i wiedzy powszechnej. Odwołanie się przez sąd do tych kryteriów oceny stanowi więc wystarczające i należyte uzasadnienie przyczyn uznania opinii biegłych za przekonujące (wyrok SN z 7 kwietnia 2005 r., II CK 572/04, opubl. w LEX nr 151656).

Przedmiotem zleconej opinii nie było ustalenie przez biegłego poziomu przyswajalności tlenków magnezu, ani ustalenie i wskazanie związków, których poziom przyswajalności nie przekracza 4%. Nota bene sam powód takie twierdzenia czynił. Wbrew zarzutom A., biegły nie wykluczył istnienia związków magnezu o poziomie przyswajalności 4% lub niższym (wskazał np. na siarczany magnezu). Nie chciał wskazywać innych związków, bo nie miał na ten temat danych i jak sam twierdził byłaby to spekulacja. Wskazał dalej, że w oparciu o badania na szczurach nie jest w stanie określić czy i która sól ma biodostępność 4%. Nie wypowiedział się również o poziomie przyswajalności samego tlenku magnezu. W konsekwencji nie zachodzi sprzeczność pomiędzy wnioskami w opinii biegłego (pisemnej oraz ustnej)

oraz ustaleniami poczynionymi przez Sąd w pisemnych motywach wyroku. Biegły nie wskazał, że związki magnezu o poziomie przyswajalności 4% nie istnieją (wręcz przeciwnie, w jednej z wypowiedzi powołał się na istnienie trudno rozpuszczalnych związków magnezu, jak np. siarczan magnezu). Biegły nie stwierdził, że aktualny poziom wiedzy naukowej nie pozwala na stwierdzenie istnienia takich związków, a jedynie powołał się na swój stan wiedzy (biegły w tym zakresie nie miał kompetencji i wyraźnie wskazał, że jego wypowiedzi stanowią spekulację).

Trafnie wskazuje strona pozwana, że to przecież sam powód w toku procesu twierdził, że tlenek magnezu wykazuje się niskim poziomem przyswajalności (4%).

W uzasadnieniu pozwu strona powodowa wskazywała wprost i wielokrotnie, że tlenek magnezu jest przyswajalny przez organizm ludzki jedynie w 4% (str. 10 i str.11 pozwu). Powód zarzucał reklamom strony powodowej sugestie, że znakomita większość preparatów magnezowych może przyswajać się tylko w 4% i twierdzi, że tylko preparaty z tlenkiem magnezu przyswajają się w podanej wysokości.

Poza tym trafnie podkreślił Sąd I instancji, że z załączonych przecież przez powoda publikacji naukowych, dotyczących suplementacji magnezem, wynika bardzo niska przyswajalność tlenku magnezu, zaś w jednej z nich wprost wskazano, że nie przekracza 4% (M. S.). Sąd miał prawo dokonać określonych ustaleń dotyczących poziomu przyswajalności tlenków magnezu na podstawie wskazanych dowodów, w tym także na podstawie samych twierdzeń powoda. Prawdliwość ustaleń Sądu potwierdzają załączone przez obie strony procesu opracowania naukowe. Opinia biegłego nie stoi w sprzeczności z okolicznością ustaloną przez Sąd. W konsekwencji zaakceptowanie ustaleń w zakresie stanu wiedzy na temat poziomu przyswajalności tlenku magnezu przesądza o braku podstaw do kwestionowania dopuszczalności posłużenia się w reklamie przez stronę pozwaną sformułowaniem „czy wiesz, że popularne preparaty z magnezem mogą przyswajać się tylko w 4%”

Apelujący zarzuca dalej Sądowi I instancji, że dokonał ustalenia o wysokim stopniu przyswajalności cytrynianu magnezu w zupełnym oderwaniu od treści opinii biegłego, wskazującej że przyswajalność cytrynianu jest porównywalna do przyswajalności innych związków magnezu. W tym zakresie trudno odmówić racji stronie pozwanej, że użycie przymiotnika „wysoce przyswajalny” nie wyklucza istnienia innych substancji równie dobrze przyswajanych jak cytrynian magnezu. Z treści opinii biegłego, zaakceptowanej trafnie przez Sąd I instancji wynika, że cytrynian magnezu zalicza się do grupy związków o wysokiej przyswajalności (biodostępności).

W ramach kolejnego zarzutu strona powodowa wskazuje na pominięcie przez Sąd, że ujęcie w reklamie, na którym pipeta pokazująca przyswajalność cytrynianu magnezu jest pełna, a pipeta pokazująca przyswajalność chelatu aminokwasowego jest napełniona w 2/3, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Także w zakresie tego zarzutu należy podnieść, że ocena Sądu czy publikacja określonych treści stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stanowi element stosowania prawa (wykładni przepisów), nie zaś element ustaleń faktycznych. Apelujący zarzuca Sądowi I instancji, że ten wadliwie nie dopatrywał się czynu nieuczciwej konkurencji w treści publikowanego przekazu, a więc nie zarzuca naruszenia art. 233 k.p.c. a prawidłowość kwalifikacji w relacji do niewadliwie ustalonego stanu faktycznego.

Na marginesie należy podnieść, że sama konwencja przekazu ujawniała rozsądnemu odbiorcy- konsumentowi, że celem reklamy jest jedynie zaakcentowanie większej przyswajalności cytrynianu, nie zaś wskazanie na precyzyjny poziom przyswajalności jednego i drugiego związku. Przyjęta w reklamie graficzna forma przedstawienia istnienia różnicy w przyswajalności dwóch związków wymagała takiego jej przedstawienia, aby była ona zauważalna przez odbiorcę. Przedstawienie np. na symbolicznej, poglądowej grafice dwóch pipet z zaznaczoną różnicą poziomów ich napełnienia nie spełniłaby zamierzonego celu. Taka reklama nie byłaby zdolna do przekazania informacji, z jaką strona pozwana zwracała się do konsumentów. Przeciętny, a więc rozsądny i krytyczny konsument, nie powinien odczytać analizowanego przekazu jako precyzyjnej informacji na temat dokładnego poziomu przyswajalności obu związków magnezu. Sąd I instancji trafnie wskazał, że „nie w każdym przypadku podanie w reklamie fałszywej informacji musi powodować wprowadzenie odbiorców w błąd, bowiem możliwe, że zostanie ona uznana za pewną dopuszczalną przesadę z uwagi na charakter tego rodzaju przekazu (Z. Okoń, Reklama, jako czyn nieuczciwej konkurencji [w:] E. Trapie (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007).” (str. 19 uzasadnienia Wyroku). Można ocenić, jak to

czyni strona pozwana, że kierowany przez nią przekaz reklamowy nie sugerował niskiego poziomu przyswajalności chelatów, a jedynie istnienie przewagi w przyswajalności cytrynianu magnezu. Ważkim argumentem w ocenie zarzutu strony powodowej jest i to, że wskazany fragment reklamy (dokonujący porównania poziomu przyswajalności cytrynianu magnezu i chelatów) nie mógł godzić w interesy ekonomiczne powoda, bowiem nie jest on producentem suplementów w oparciu o chelaty magnezu. W spornych reklamach strona pozwana w żaden sposób nie odnosiła się do właściwości suplementów produkowanych przez powoda.

Wreszcie w ramach tej samej grupy zarzutów apelujący wskazuje na brak ustalenia przez Sąd, że użyte w reklamie sformułowanie „niezależne badanie kliniczne przeprowadzone przez renomowany uniwersytet medyczny w L. dowodzi, że cytrynian magnezu przyswaja się lepiej niż chelat”, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i nie wprowadza konsumentów w błąd. Ponownie należy podkreślić, że przyjęcie przez Sąd, że opisane sformułowanie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji nie stanowi elementu ustaleń faktycznych, nie może więc prowadzić do naruszenia art. 233 k.p.c. W analizowanym w związku z tym zarzutem przekazie reklamowym S. zrelacjonowała wyniki określonych badań. Ich ewentualne późniejsze podważenie nie wpłynęłoby na ocenę reklamy w tamtym okresie. Gdyby po czasie jakiś biegły, czy instytut naukowy przeprowadzili badania, które doprowadziłyby do wniosków innych, niż powołane przez pozwaną, to przecież nie świadczyłyby a limine o dopuszczeniu się czynu nieuczciwej konkurencji. Z tą właśnie kwestią wiąże się kolejny zarzut, dotyczący naruszenia art. 316 k.p.c.

Niezasadnie apelujący zarzuca naruszenie przez Sąd Okręgowy przepisu art. 316 k.p.c. Uzasadniając omawiany zarzut strona powodowa podnosi, że sąd wydając wyrok wziął pod uwagę nie tyle stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, co zmiany w nim zaistniałe na przestrzeni lat. Zdaniem apelującego pozwana Spółka, jako profesjonalny podmiot na rynku, zajmujący się produkcją suplementów powinna sama weryfikować zasadność badań, a nie ślepo powoływać się na pojawiające się publikacje.

W świetle dokonanych ustaleń nie sposób zgodzić się ze stroną powodową, bowiem stan wiedzy naukowej na temat przyswajalności różnych związków magnezu jest także okolicznością, która podlegała ustaleniu w toku procesu i miała prawnie istotne znaczenie przy ocenie kwestionowanych reklam w relacji do żądania strony powodowej, czemu Sąd I instancji dał wyraźnie wyraz w uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia. Sąd ten wyraźnie podkreślił stopień naruszenia praw konkurentów na rynku w kontekście zmieniającego się stanu wiedzy w zakresie przyswajania magnezu. Sąd wskazał na treść złożonych do akt sprawy publikacji naukowych, dotyczących suplementacji magnezowej oraz opinię biegłego, który przecież we wcześniej opublikowanym artykule naukowym przedstawiał, jako wiarygodne wyniki badań, stwierdzające bardzo wysoką bądź najwyższą przyswajalność cytrynianu magnezu w stosunku do innych soli i chelatu („Magnez aktualny stan wiedzy” – z 2015 r.). Sąd trafnie wywiódł, że przy ocenie całokształtu sprawy konieczne jest uwzględnienie zmian zachodzących w zakresie badań naukowych i odpowiednia ich ocena oraz porównanie także ze stanem (danymi naukowymi) istniejącym w dacie publikacji reklam.

Wobec niepodzielenia zarzutów dotyczących naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 233 i 316 k.p.c. Sąd Apelacyjny przyjmuje za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd I instancji i czyni je podstawą orzekania, dzieląc także dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę materiału dowodowego. Tym samym niezasadny okazał się zarzut niezastosowania art. 16 ust.1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji do oddalonej części powództwa, powiązany wprost z zarzutami naruszenia prawa procesowego.

Przechodząc do oceny kolejnej grupy zarzutów, obejmujących naruszenie prawa materialnego, Sąd Apelacyjny także je uznał za bezzasadne. Strona powodowa zarzuciła naruszenie art. 18 ust. 1 pkt. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Sąd Apelacyjny podobnie jak Sąd Okręgowy uznał, że w ustalonych okolicznościach faktycznych złożenie przez stronę pozwaną oświadczenia w żądanej formie i o określonej treści nie było zasadne. Powód nie wykazał w toku procesu, że skutek naruszenia przez stronę pozwaną zasad uczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, ukształtowana została w społeczeństwie błędna opinia o powodzie bądź jego wyrobach, nie wykazał, że wśród klientów doszło do podejmowania decyzji zakupowych godzących w interes powoda oraz że klienci przekonani są o sprzecznych z rzeczywistością właściwościach cytrynianu magnezu, rezygnując z tego powodu z zakupu produktów oferowanych przez powoda. Strona powodowa nie wykazała, by ewentualne skutki wynikające z publikacji spornych reklam,

utrzymywały się w dacie wyrokowania, a więc po 5 latach od zaprzestania ich emisji przez stronę pozwaną (co miało miejsce jeszcze w 2013 r czy na początku 2014 roku). Jest to argument o tyle ważki, że współcześnie producenci czy sprzedawcy zarzucają rynek konsumentów reklamami swych wyrobów bądź wyrobów przez nich sprzedawanych. Tempo życia i lawina reklam różnorodnych towarów sprawia, że reklamy znikają ze świadomości konsumentów w bardzo krótkim czasie od zaprzestania ich emisji. W to miejsce wchodzi kolejne reklamy - w tym także produktów konkurencyjnych. Czas 5 lat od zaprzestania emisji reklamy określonych wyrobów zaciera w świadomości klientów jakikolwiek obraz produktu i pamięć skierowaną na jego ewentualne nabycie.

Wobec tego zaprzestanie emisji reklam na początku roku 2014 jest bardzo ważkim argumentem w ocenie zasadności tej części żądania.

Nadto strona powodowa nie wyjaśniła, dlaczego publikacja oświadczenia jest konieczna dla zapewnienia ochrony jej interesów majątkowych czy ochrony dóbr osobistych.

Roszczenie określone w art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji służy usunięciu skutków niedozwolonych działań i nie powinno stanowić represji. Jego celem jest przekazanie klienteli danego przedsiębiorcy informacji prostujących, aby zmienić błędną, nieprawdziwą opinię o nim bądź jego towarach czy usługach przyjętą w społeczeństwie i przywrócić mu dobrą sławę.

Złożenie oświadczenia w prasie nie jest niezbędne do usunięcia skutków czynu niedozwolonego, polegających wyłącznie na zagrożeniu interesów (vide uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie I ACa 334/07 LEX nr 516548)

Strona pozwana zasadnie podniosła, że strona powodowa nie wykazała jakichkolwiek skutków zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji, jakie dotknęły ją i pozostawały aktualne w dacie orzekania przez Sąd I instancji, a które wymagałyby dla swojego usunięcia zobowiązania pozwanej do publikacji oświadczenia. Powód nie wykazał, by działania zarzucane stronie pozwanej godziły w jego renomę i wymagały dla usunięcia skutków działań publicznych przeprosin ze strony S.. Ważkim argumentem jest i to, że w przekazach reklamowych analizowanych na tym etapie postępowania nie było bezpośrednich nawiązań do A. i przeciętny konsument nie mógł choćby pośrednio połączyć jej przekazu z powodem. Jak trafnie wywiódł Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie I ACa 1167/12 (LEX 133113) zmiana stosunków gospodarczych w ostatnich latach, zwiększona ilość firm reklamujących swoje produkty lub usługi pozwoliła oswoić się z wszechobecną reklamą, tym samym pozwoliła na dokonywanie wyborów po analizie produktu, a nie tylko pod wpływem reklamy. Z treści sporządzonej w niniejszej sprawie opinii biegłego wynika, że związkami o zbliżonej skuteczności przyswajania co cytrynian magnezu są chelaty magnezu, jednak powód nie wykazał, by był producentem suplementu diety o równie wysokiej skuteczności, a więc nie wykazał, by reklamy publikowane przez stronę pozwaną mogły w jakikolwiek sposób zafałszować ocenę konsumentów co do skuteczności akurat jego specyfików. Wręcz przeciwnie, Sąd I instancji ustalił, że związkami o niskiej przyswajalności są tlenki magnezu, a to właśnie tlenki magnezu stanowiły i stanowią składnik suplementów diety produkowanych przez powoda.

Argumentem przemawiającym za oddaleniem opisywanego roszczenia powoda jest jego nadmierny - w relacji do skali naruszeń przyjętej przez Sąd Okręgowy- charakter. Jak wyżej wskazano, roszczenie określone w art. 18 ust. 1 pkt. 3 ustawy z 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może stanowić represji. Zagrożenie ponownego publikowania spornych haseł reklamowych wydaje się minimalne ze względu na orzeczony w wyroku zakaz posługiwania się wymienionymi w wyroku sloganami oraz innymi hasłami reklamowymi, sugerującymi wyjątkową przyswajalność wyłącznie magnezu zawartego w suplemencie (...) M.. Nakazanie pozwanemu opublikowania w mediach wskazanych w pozwie oświadczeń o wskazanej treści nie miałoby więc charakteru naprawczego ani prewencyjnego, lecz co najwyżej represyjny. Nie bez znaczenia jest i to, że żądane przez powoda oświadczenie odnosi się do historycznej kampanii reklamowej, której przeciętny konsument nie jest już w stanie ani w ogólności ani w szczegółach pamiętać i de facto samo w sobie wprowadzałoby w błąd. Publikacja oświadczenia nie służyłaby odwróceniu jakichkolwiek negatywnych następstw naruszenia, gdyż w obecnej sytuacji, po tak długim czasie, wszelkie ewentualne skutki naruszenia zostały już zniwelowane. Naruszałoby to więc zasadę adekwatności i proporcjonalności

środków naprawczych, wykraczając poza cel art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którym jest usunięcie skutków niedozwolonych działań

Wreszcie nie można pominąć i tego, że strona pozwana działała w dobrej wierze, albowiem opierała się na badaniach naukowych, które w jej ocenie były wiarygodne i rzetelne. Nawet jeżeli te badania okazały się później nie do końca prawidłowo przeprowadzone, to nie zmienia to faktu, że w czasie prowadzenia kampanii strona pozwana działała w uzasadnionym przekonaniu, że są one prawdziwe i że może się na nie powoływać.

Co do treści oświadczenia apelujący, po zapoznaniu się z argumentacją Sądu I instancji oraz po wskazaniu kompetencji sądu do ingerencji w treść oświadczenia, nie zaproponował w jaki sposób sąd apelacyjny mógłby zmienić oświadczenie sformułowane w pozwie tak, aby mogło podlegać ono uwzględnieniu.

Ostatni z zarzutów obejmuje naruszenie art. 12 c) Rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 poprzez uznanie przez Sąd, że sformułowania „polecany przez lekarzy” użyte w reklamie jest uprawnione, bowiem nie stanowi oświadczenia zdrowotnego. Wbrew zarzutom apelującego wywód Sądu Okręgowego, dotyczący tej kwestii jest klarowny i w całości poprawny. Zgodnie z treścią powołanego przepisu niedozwolone są oświadczenia zdrowotne, które „odwołują się do zaleceń poszczególnych lekarzy lub specjalistów w zakresie zdrowia i innych stowarzyszeń niewymienionych w art. 11”. Natomiast definicja terminu „oświadczenie zdrowotne” została zawarta w art. 2 ust.2 pkt 5) Rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że „oświadczenie zdrowotne oznacza „każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem.”

Przede wszystkim powoływanie się przez producentów suplementów diety na autorytet środowiska lekarskiego jest częstą i powszechnie akceptowaną na rynku praktyką. Uzasadniając postawiony w apelacji zarzut strona powodowa podnosi, że „oceniając całokształt reklamy nie sposób uznać, by nie dawała ona odbiorcom do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy reklamowanym produktem a zdrowiem, w konsekwencji czego zawarte w niej sformułowania stanowią oświadczenie zdrowotne.” Powód poza tym twierdzeniem nie wskazuje na żadne konkretne elementy reklamy, które miałyby stwarzać pozór istnienia związku pomiędzy reklamowanym produktem, a zdrowiem. Jedynym łącznikiem, na jaki powołuje się strona powodowa, jest sam kwestionowany zwrot „polecany przez lekarzy.” Przepis art. 12 c) Rozporządzenia nie wprowadza jednak domniemania, zgodnie z którym każda wypowiedź powiązana z osobą lekarza winna być traktowana jako oświadczenie zdrowotne. Przepis ten ogranicza jedynie powoływanie się w reklamach na taką wypowiedź lekarza, która „stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem.”

Ponadto Sąd I instancji prawidłowo przyjął, że „w reklamach suplementu diety M. B6 M. nie są przypisywane temu produktowi właściwości zapobiegania chorobom albo ich leczenia. Powód w apelacji nie kwestionuje w tym zakresie ustalonego przez Sąd I instancji stanu faktycznego. Dla przyjęcia zaistnienia naruszenia art. 12 c) Rozporządzenia konieczne jest wykazanie, że w danej reklamie znajdują się oświadczenia medyczne odwołujące się do zaleceń poszczególnych lekarzy. W analizowanym przepisie chodzi o zakaz odwoływania się do zaleceń skonkretyzowanych, wskazanych z imienia i nazwiska lekarzy. Natomiast w kwestionowanym przez powoda przekazie reklamowym użyto ogólnikowego zwrotu „polecany przez lekarzy”. Zwrot ten nie spełnia przewidzianej w art. 12 c) rozporządzenia przesłanki powoływania się na zalecenia „poszczególnych lekarzy.”

Sąd Apelacyjny nie podzielił też zarzutów zawartych w apelacji strony powodowej, dotyczących przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że reklama w analizowanym na tym etapie postępowania zakresie nie była reklamą porównawczą. Przypomnieć należy za Sądem Okręgowym, że reklama porównawcza jest to reklama, która bezpośrednio lub pośrednio umożliwia odbiorcy rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta reklamującego. Nie stanowi natomiast reklamy porównawczej przekaz, który nie odwołuje się do konkretnego, zindywidualizowanego produktu czy usługi, lecz pewnej klasy produktów lub ich rodzaju, np. „zwykły proszek do prania”, „tradycyjna pralka” itd. (G. Rączka, Reklama porównawcza [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex).

Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy z żadnego z zakwestionowanych haseł nie można wprost ustalić konkurentów pozwanego na rynku magnezowych suplementów diety. Odwoływanie się do 4% przyswajalności magnezu z niektórych preparatów w żaden sposób nie umożliwia potencjalnemu klientowi, bez zapoznania się z literaturą fachową, ustalenia nie tylko rodzaju preparatów magnezowych o takiej przyswajalności, ale nawet ustalenia rodzaju soli magnezu z taką przyswajalnością. Dodatkowo odwołanie się w reklamie do niskiej przyswajalności magnezu w wielu preparatach magnezowych nie wprowadzało w błąd (niezależnie od braku możliwości zidentyfikowania producentów tych preparatów). Podobnie, gdy chodzi o hasła dotyczące przyswajalności cytrynianu magnezu w porównaniu do chelatu.

Apelujący dla wzmocnienia swej argumentacji przywołał stanowisko zawarte w wyroku ETS z dnia 19 kwietnia 2007 roku w sprawie C-381/05. Z treści tego wyroku wynika, że artykuł 2 pkt 2a dyrektywy Rady 84/450 dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, zmienionej dyrektywą 97/55 powinien być interpretowany w ten sposób, że za reklamę porównawczą można uznać zawarte w wypowiedzi reklamowej odniesienie do rodzaju towarów, a nie do określonego przedsiębiorstwa lub produktu, gdy możliwe jest zidentyfikowanie tego przedsiębiorstwa lub oferowanych przez nie produktów, jako konkretnie przywołanych w tej reklamie. Okoliczność, że można zidentyfikować licznych konkurentów reklamującego lub oferowane przez nich towary lub usługi jako konkretnie przywołane w tej wypowiedzi reklamowej, jest bez znaczenia dla uznania porównawczego charakteru danej reklamy.

Trybunał podkreślił jednocześnie, że z drugiego motywu dyrektywy 97/55 wynika, że reklama porównawcza przyczynia się do obiektywnego wydobycia zalet poszczególnych porównywanych produktów i do stymulowania konkurencji między dostawcami towarów i usług w interesie konsumentów.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przesłanki reklamy porównawczej powinny być interpretowane w sposób jak najbardziej korzystny dla tego typu reklamy (ww. wyroki w sprawie T. Europę, pkt 37, P. A., pkt 42, oraz L. Belgium, pkt 22). (teza 34,35,62) Trybunał wskazał także, że reklama która odnosi się do rodzaju towarów, lecz nie identyfikuje konkurenta lub oferowanych przez niego towarów nie jest zakazana z punktu widzenia art. 3a ust. 1 dyrektywy 84/450, zmienionej dyrektywą 97/55. Przesłanki dopuszczalności takiej reklamy powinny być oceniane w świetle pozostałych przepisów prawa krajowego lub w odpowiednim przypadku w świetle przepisów prawa wspólnotowego, niezależnie od tego, że oznaczać to może zmniejszoną ochronę konsumentów lub przedsiębiorstw konkurencyjnych. Taka wypowiedź, w której dane przedsiębiorstwo odnosi się w reklamie jedynie do rodzaju towarów może należeć do zakresu reklamy porównawczej w zakresie, w jakim konkurent lub oferowane przez niego towary lub usługi mogą zostać zidentyfikowane, jako konkretnie przywołani w tej reklamie, chociażby w sposób dorozumiany. Reklama wyemitowana przez S. nie pozwala jednak na powiązanie jej bezpośrednio z A. lub oferowanymi przez niego produktami, a stanowi zbiorcze, generalne nawiązanie do wszystkich produktów magnezowych.

W świetle art. 16 ust.3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji samo posłużenie się reklamą porównawczą nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, chyba że reklama ta jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Brak jest wystarczających argumentów, wskazujących na sprzeczność reklam wyemitowanych przez S. z dobrymi obyczajami.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny oddalił apelację wywiedzioną przez stronę powodową- na podstawie art. 385 k.p.c., obciążając ją kosztami zastępstwa procesowego strony pozwanej – na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. Stawka wynagrodzenia przyznanego z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym wynika z § 2 pkt. 6 w zw. z § 10 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 265).