

Sygn. akt VI ACa 774/13

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 stycznia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Małgorzata Manowska

Sędzia SA Agata Zając (spr.)

Sędzia SO (del.) Małgorzata Borkowska

Protokolant st. sekr. sąd. Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2014 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) z siedzibą w N.

przeciwko (...) spółce z o.o. w W.

o nakazanie i zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 25 lutego 2013 r. sygn. akt XX GC 681/11

I. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie trzecim nadając mu następującą treść:

„3. nakazuje (...) spółce z o.o. w W.:

- aby zapłaciła na rzecz (...) Komitetu (...) dalszą kwotę 15 000 (piętnastu tysięcy) zł,

- zamieszczenie na własny koszt ogłoszenia, w obramowaniu, na stronie 2 lub 3 w rozmiarze nie mniejszym niż 1/4 strony w magazynach Gazeta (...) oraz (...), w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, o następującej treści:

(...) sp. z o.o. oświadcza, że suplementy diety (...) oraz P. nie są produktami leczniczymi. (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wyraża ubolewanie z powodu faktu, iż reklamując suplementy diety (...) oraz (...) przez porównanie ich do produktu leczniczego (...) oraz poprzez sugerowanie, że są to produkty lecznicze, naruszyła przepisy prawa, dobre obyczaje, zasady uczciwej konkurencji ze szkodą dla (...) z siedzibą w N. Niemcy oraz zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości.”

a także upoważnia (...) z siedzibą w N. do zamieszczenia ogłoszeń wskazanych wyżej na koszt pozwanej w razie, gdyby we wskazanym terminie pozwana nie dopełniła obowiązku wykonania wyroku w tej części, a w pozostałym zakresie powództwo oddała”;

II. oddała apelację w pozostałym zakresie;

III. znosi między stronami koszty postępowania apelacyjnego.

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 3 października 2011 r. powódka (...) Niemcy wniosła o:

- zakazanie pozwanej (...) sp. z o.o. w W. wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach przez pozwaną **suplementu diety (...)** – wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- zakazanie pozwanej reklamowania, w tym za pośrednictwem Internetu, suplementu diety (...) poprzez porównywanie go do **produktu leczniczego (...)** oraz poprzez sugerowanie, że jest to produkt leczniczy - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- zakazanie pozwanej używania w obrocie i reklamie oznaczenia (...) - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 296 ust. 1 prawa własności przemysłowej ,

- zakazanie pozwanej stosowania opakowania produktu (...) w kolorach (...) z motywem profilu (...) - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- nakazanie pozwanej usunięcia skutków niedozwolonych działań poprzez wycofanie z obrotu suplementu diety (...) - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- zakazanie pozwanej wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach przez pozwaną **suplementu diety (...)** - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- zakazanie pozwanej reklamowania, w tym za pośrednictwem Internetu, suplementu diety (...) poprzez porównywanie go do **produktu leczniczego (...)** oraz poprzez sugerowanie, że jest to produkt leczniczy – wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- nakazanie pozwanej usunięcia skutków niedozwolonych działań poprzez wycofanie z obrotu suplementu diety (...) - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- nakazanie pozwanej zapłaty na rzecz (...) Komitetu Ochrony (...) kwoty 25 000 zł - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 6 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

- nakazanie pozwanej zamieszczenia na własny koszt ogłoszenia, w obramowaniu, na stronie 2 lub 3 w rozmiarze nie mniejszym niż ¼ strony w magazynach Gazeta (...) oraz (...), a także w dzienniku ogólnopolskim Gazecie (...) – wydaniu głównym w rozmiarze nie mniejszym niż ¼ strony, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, o następującej treści:

(...) sp. z o.o. oświadcza, że suplement diety (...) oraz (...) nie są produktami leczniczymi.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wyraża ubolewanie z powodu faktu, iż wprowadzając do obrotu i reklamując suplement diety (...) oraz (...) naruszyła przepisy prawa, dobre obyczaje, zasady uczciwej konkurencji ze szkodą dla (...) z siedzibą w N. Niemcy oraz zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości.”

a także o upoważnienie powódki do zamieszczenia ogłoszeń wskazanych wyżej na koszt pozwanej w razie, gdyby we wskazanym terminie pozwana nie dopełniła obowiązku wykonania wyroku w tej części lub złożyła oświadczenie o innej treści lub formie niż nakazana - wskazując jako podstawę prawną roszczenia art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Pozwana Spółka wniosła o odrzucenie pozwu co do części roszczeń i oddalenie w pozostałej części ewentualnie oddalenie powództwa w całości.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zakazał pozwanej reklamowania, w tym za pośrednictwem Internetu, suplementów diety (...) i (...) poprzez porównywanie ich do produktu leczniczego (...) oraz poprzez sugerowanie, że są to produkty lecznicze, nakazał pozwanej, aby wpłaciła na rzecz (...) Komitetu Ochrony (...) kwotę 10 000 zł, w pozostałym zakresie oddalił powództwo i zniósł między stronami koszty postępowania.

Sąd Okręgowy oparł swoje rozstrzygnięcie na następujących ustaleniach faktycznych:

Powódka jest wytwórcą roślinnych produktów leczniczych o udokumentowanej skuteczności klinicznej i jest wytwórcą oraz podmiotem odpowiedzialnym w rozumieniu ustawy prawo farmaceutyczne produktu leczniczego (...), od 1933 r. wytwarzanego i wprowadzanego do obrotu w Niemczech, a od 1998 r. dostępnego w sprzedaży w Polsce. (...) jest roślinnym produktem leczniczym, wytwarzanym w formie tabletek i kropli, zawierającym substancje czynne (1 tabletką): (...). (...) jest lekiem wspomagającym w ostrych i przewlekłych stanach zapalnych zatok, jego działanie polega na rozrzedzeniu śluzu, dając efekt zmniejszający obrzęk błon śluzowych górnych dróg oddechowych, jest przeznaczony dla dorosłych i dzieci powyżej 6 lat i jest przedstawiany jako posiadający właściwości zapobiegania lub leczenia chorób, podawany w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne. (...) jest intensywnie reklamowany w czasopiśmie adresowanych do pacjentów, lekarzy i farmaceutów, powód ponosi wysokie nakłady na promocje i reklamę, w tym działania informacyjne przedstawicieli medycznych. W 2010 r. (...) otrzymał nagrodę zaufania konsumentów (...) w kategorii leków stosowanych w leczeniu chorób zatok.

Powodowej Spółce służyło prawo ochronne na słowny znak towarowy (...) zarejestrowany w Urzędzie Patentowym RP pod poz. (...) z pierwszeństwem od 10 maja 1991 r. dla towarów w klasie 5. klasyfikacji nicejskiej – leków, powódka zgłosiła też znak (...) do rejestracji w trybie międzynarodowym ze wskazaniem Polski jako terytorium ochrony.

Pozwana Spółka prowadzi działalność gospodarczą w zakresie produkcji środków spożywczych, w tym suplementów diety, wprowadziła do obrotu 20 różnych preparatów zgłoszonych Głównemu Inspektorowi Sanitarnemu, została nominowana do nagrody zaufania (...).

W 2009 r. pozwana zgłosiła wprowadzenie do obrotu na terytorium RP suplementów diety o nazwie (...) (w formie tabletek) i (...). Ich nazwy zmieniła następnie na (...), (...) i (...), nie zmieniając składu preparatów.

Obecnie pozwana wprowadza do obrotu (...) w tabletkach i (...) w syropie, zawierające (1 tabletką): (...), oba preparaty zawierają wyższe stężenia substancji czynnych niż produkt leczniczy (...).

Suplementy diety (...) i (...) działają wspomagająco w procesach samooczyszczania się zatok, funkcjonowania zatok i błon śluzowych oraz prawidłowego funkcjonowania układu odpornościowego, oferowane są przez pozwana jako suplementy diety, wspomagające utrzymanie równowagi.

Pozwana od dwu lat intensywnie promuje swoje produkty, prowadząc kampanię reklamową skierowaną do konsumentów, lekarzy i farmaceutów, w której początkowo prezentowała (...) i (...) jako produkty o działaniu leczniczym, porównują je do leku (...).

- w marcu 2011 r. w reklamie (...) zamieszczonej obok artykułu (...) w numerze (...) magazynu (...) znalazło się stwierdzenie: (...).

- Na kongresach i konferencjach z udziałem lekarzy i farmaceutów przedstawiciele pozwanej informowali, że (...) i (...) to tańsze odpowiedniki (...) sugerując, że są produktami leczniczymi a nie suplementami diety.

- W ulotkach rozdawanych lekarzom przez pozwaną znalazły się stwierdzenia, że warto stosować preparaty wspomagające o potwierdzonym, kompleksowym działaniu rozrzedzającym wydzielinę, zmniejszającym obrzęk błony śluzowej, bakteriostatycznym i barierowym dla wirusów, stymulującym odporność.

- pozwana umieszczała w aptekach plakaty reklamujące (...) hasłem (...) sugerującym, że preparat ma działanie przeciwwirusowe, czyli jest produktem leczniczym, a nie suplementem diety

- pozwana rozsyłała do aptek wiadomości elektroniczne z ofertą o treści: „Bardzo polecam (...) i (...) – jest to ciekawa propozycja dla pacjentów kupujących (...). Nasze preparaty zawierają wysoko skondensowaną kompozycję ekstraktów roślinnych przewyższającą skład (...). Warto zwrócić uwagę na zastosowany po raz pierwszy w Polsce ekstrakt z liści (...) – jeden z najpopularniejszych skandynawskich środków o działaniu m.in. bakteriostatycznym, tworzącym barierę dla wirusów. Stężenie składników naszych preparatów jest 3 krotnie wyższe w porównaniu do (...) i z tego powodu są bardzo wygodne w dawkowaniu : wystarczy 1 tabletkę lub 1 łyżeczkę dziennie (1 tabletkę (...) = 3 tabletki (...)). Koszt leczenia naszym preparatem jest z pewnością dużo mniejszy dla pacjenta.”

Obecnie pozwana prowadzi promocje obu preparatów nie używając już porównań ani odniesień do leku (...) jako produktu konkurencyjnego.

Produkty pozwanej są suplementami diety, żywnością w rozumieniu ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, ich zadaniem jest uzupełnienie diety człowieka o brakujące substancje, nie mają za zadanie modyfikowania funkcji fizjologicznych organizmu. Główny Inspektor Sanitarny ani Główny Inspektor Farmaceutyczny nie zanegowali prawidłowości zgłoszenia obu produktów jako suplementów diety a nie produktów leczniczych, mimo że zawierają one substancje aktywne stosowane w produktach leczniczych.

Produkty obu stron są oferowane w aptekach.

Pozwanej Spółce służą prawa z rejestracji wzorów wspólnotowych przedstawiających zewnętrzną postać opakowań leków, szata graficzna produktów została opracowana na zlecenie pozwanej przez grafika R. K..

Dokonując powyższych ustaleń Sąd Okręgowy pominął twierdzenia i wnioski dowodowe zgłoszone – bez usprawiedliwienia konkretnymi okolicznościami – dopiero w toku postępowania, poczynając od spóźnionej repliki wobec odpowiedzi na pozew zawartej w piśmie procesowym z 5 grudnia 2011 r., nie stanowiącym załącznika do protokołu rozprawy.

Odnosząc się do żądań pozwu opartych na przepisach ustawy prawo własności przemysłowej Sąd Okręgowy przytoczył treść art.153, 154 i 296 ustawy oraz orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE i wskazał, że prawo wyłączne na znak towarowy ma charakter formalny i może być wykazane skutecznie jedynie dokumentem urzędowym. Powód nie dołączył do pozwu dowodów aktualności ochrony znaku towarowego (...) a z dołączonych do pozwu świadectw wynika, że uprawniony jest nie powód, a (...) z siedzibą w N..

Sąd Okręgowy uznał, że składając dokumenty w toku postępowania powód uchybił terminom z art. 479¹² k.p.c., co wykluczało poczynienie ustaleń dotyczących istnienia prawa wyłącznego i określenia zakresu jego aktualnej ochrony w oparciu o te dowody.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy wskazał, że nawet przy uznaniu, że powód wykazał, iż przysługujące mu prawa wyłączne korzystają z pierwszeństwa i zasługują na ochronę, żądanie powoda nie mogłoby zostać uwzględnione.

Zdaniem Sądu Okręgowego znaki towarowe należy porównywać całościowo, przy czym decydujące znaczenie mają elementy odróżniające i dominujące a nie opisowe. Sąd Okręgowy uznał, że mamy do czynienia z podobieństwem towarów, dla których została udzielona ochrona znakom towarowym (...) i towarów, dla których używany jest znak (...), ich sprzedaż odbywa się w aptekach, co w przypadku produktów leczniczych zmniejsza ryzyko konfuzji konsumentkiej, są one bowiem podawane przez farmaceutów, którzy powinni rozróżniać leki od suplementów diety.

Zdaniem Sądu Okręgowego znaków towarowych stron nie można uznać za podobne w rozumieniu art. 296 ust. 2 pkt 2 prawa własności przemysłowej: wspólny element sinu- ma źródłosłów z j. łacińskiego i oznacza zatoki, istnieje wiele oznaczeń zawierających ten element, wskazując, w sposób przyjęty dla tego typu produktów, ich przeznaczenie; element ten ma charakter opisowy, nie może więc być uznany za decydujący o uznaniu przez konsumentów podobieństwa (...) i (...), a powód nie może sobie rościć pretensji do wyłączności używania tego elementu słownego. Sąd Okręgowy wskazał, że końcowe części znaków znacznie się od siebie różnią, wskazując na odmienności oznaczeń w ogólnym oglądzie świadomego i rozsądnego konsumenta, który nie zostanie wprowadzony w błąd do co pochodzenia preparatów. W ocenie Sądu Okręgowego porównywane znaki towarowe nie są więc identyczne na płaszczyźnie fonetycznej, wizualnej lub koncepcyjnej.

Sąd Okręgowy wskazał też, że elementem renomy znaku jest jego szeroka znajomość przez relewantnych odbiorców na określonym terytorium, przy czym istotne elementy to udział w rynku, intensywność, zasięg geograficzny i okres używania oraz wielkość inwestycji poniesionych przez przedsiębiorstwo w związku z promocją; aby spełnić wymóg związany z renomą, znak towarowy musi być znany znacznej części odbiorców potencjalnie nim zainteresowanych.

W ocenie Sądu Okręgowego powód nie udowodnił, że znak (...) jest znakiem renomowanym, ani tego, że używanie przez pozwaną kwestionowanego oznaczenia, bez uzasadnionej przyczyny przynosi jej nienależną korzyść albo jest szkodliwe dla odróżniającego charakteru lub renomy znaku.

Odnosząc się do żądań pozwu opartych na treści art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Okręgowy zdefiniował czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, mające charakter konkurencyjny.

Zdaniem Sądu Okręgowego powód nie wykazał, aby wprowadzenie do obrotu produktów pozwanej naruszało prawo lub dobre obyczaje.

W ocenie Sądu Okręgowego żądania powoda wynikały z nieprawidłowej – jego zdaniem – rejestracji produktów jako suplementów diety, a nie produktów leczniczych, zaś w tym zakresie wyłączne kompetentne są organy administracji – państwowej inspekcji sanitarnej i państwowej inspekcji farmaceutycznej.

Sąd Okręgowy wskazał, że decyzje Głównego Inspektora Sanitarnego potwierdziły prawidłowość zgłoszenia produktów pozwanej jako suplementu diety, gdyby nawet uznać, że sąd był uprawniony do dokonania w tym zakresie samodzielnej oceny powód nie wykazał dowodem z opinii biegłego, że są to produkty lecznicze według funkcji.

W ocenie Sądu Okręgowego zgłoszenie preparatów jako suplementu diety nie narusza też dobrych obyczajów handlowych, skoro bowiem nie zostały przeprowadzone badania kliniczne i brak udokumentowania ich skuteczności medycznej, nie mogłyby być zgłoszone jako produkty lecznicze, zaś samo podobieństwo składników nie daje podstaw do uznania preparatów pozwanej za produkty lecznicze.

Sąd Okręgowy uznał, że także działań pozwanej, kwalifikowanych przez Sąd jako prowadzenie nieuczciwej reklamy, nie można uznać za podstawę do przyjęcia, że są to produkty lecznicze według prezentacji, gdyż wyraźne i zrozumiałe informacje umieszczone na opakowaniach produktów i w ulotkach przyproduktowych nie wskazują ani nie sugerują przeciętnemu konsumentowi, który jest osobą świadomą, rozsądnie i krytycznie myślącą, że produkty te mają działanie lecznicze lub zapobiegające chorobom, czy też że można je stosować jako zamienniki produktów leczniczych.

Zdaniem Sądu Okręgowego zgłaszając produkty jako suplementy diety pozwana nie naruszyła prawa ani nie postąpiła sprzecznie z dobrymi obyczajami, gdyż zaoferowała konsumentom produkty, których charakter wyraźnie określiła na opakowaniach, pozostawiając im swobodę decyzji co do wyboru między suplementami diety a produktem leczniczym powoda, nie dopuściła się więc czynu nieuczciwej konkurencji mającego polegać na niezgłoszeniu produktów jako preparatów leczniczych lecz spożywczych.

Odnosząc się do żądań wywodzonych z zarzutu dopuszczenia się przez pozwaną czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wprowadzeniu do obrotu towaru w opakowaniu z oznaczeniem, które może wprowadzić klientów w błąd Sąd Okręgowy uznał, że stawiając taki zarzut powód winien udowodnić, że:

- oznacza towary lub wprowadza do obrotu towary opatrzone danym oznaczeniem
- służy mu pierwszeństwo zgodnego z prawem używania tego oznaczenia
- i istnieje możliwość wprowadzenia klientów w błąd co do pochodzenia towarów.

Sąd Okręgowy uznał, iż powód nie wykazał, od kiedy używa opakowania leku w postaci załączonej do pozwu, a z materiału dowodowego wynika, że powód używa trzech różnych opakowań leku – wszystkie są utrzymane w kolorystyce (...), z prawej strony przedstawiona jest (...), po prawej jest oznaczenie wytwórcy (...) i wyeksponowany znak towarowy (...).

W ocenie Sądu Okręgowego samo opakowanie, bez znaku towarowego i firmy, nie posiada zdolności odróżniającej – motyw (...), również w ujęciu z boku, z zaznaczonym miejscem, na który ma oddziaływać dany produkt, jest często stosowanym sposobem graficznego oznaczania opakowań leków i suplementów diety, a (...) kolorystyka jest często stosowana w odniesieniu do leków i suplementów diety o ziołowym pochodzeniu.

Ponadto elementy wykazujące ogólne podobieństwo - kolorystyka opakowań i przedstawienie (...) - nie mogą być uznane za charakterystyczne i mające zdolność rozróżniania, a konsument nabywając produkt zwraca uwagę na znaki towarowe i oznaczenia producentów.

Tym samym w ocenie Sądu Okręgowego powód nie wykazał, aby używanie przez pozwaną kwestionowanego opakowania godziło w renomę produktu leczniczego (...), ponadto pozwanej służy – skuteczne erga omnes – prawo z rejestracji wzoru wspólnotowego, któremu powód nie może przeciwstawić własnego prawa z lepszym pierwszeństwem.

Sąd Okręgowy uznał, że reklamując sporne produkty pozwana stosowała reklamę porównawczą, naruszającą dobry obyczaj handlowy. Sąd Okręgowy wskazał, że produkt leczniczy i suplement diety należą do całkowicie różnych kategorii towarów, które nie mogą i nie powinny być ze sobą porównywane – nie zaspokajają one tych samych potrzeb ani nie są przeznaczone do tego samego celu. Tym samym konsument nie może być przekonywany, że spożywając suplement diety uzyska taki sam, a może nawet lepszy efekt medyczny niż ten jaki osiągnąłby zażywając lek o potwierdzonych właściwościach klinicznych; nie można też porównywać ich cen. Reklama pozwanej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako sprzeczna z przepisem art. 46 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, produkty pozwanej powinny być bowiem reklamowane tak, aby nie wprowadzać konsumenta w błąd przez przypisywanie im działania lub właściwości, których nie posiada, właściwości zapobiegania chorobom lub ich leczenia albo odwoływania się do takich właściwości.

Zdaniem Sądu Okręgowego stosowana przez pozwaną reklama może wprowadzać klientów w błąd i przez to wpływać na ich decyzję co do nabycia suplementu diety w przekonaniu, że uzyskają efekt, jaki może im zapewnić tylko produkt leczniczy; w efekcie działań pozwanej i jej przedstawicieli konsument mógł zostać wprowadzony w błąd co do właściwości jej produktów, w szczególności uznając je za odpowiedniki produktu leczniczego (...), a takie pomyłki zdarzały się nawet lekarzom i farmaceutom.

W ocenie Sądu Okręgowego dopuszczenie się tego czynu uzasadnia zastosowanie sankcji zakazowych oraz obciążenie pozwanej obowiązkiem zapłaty pokutnego w wysokości symbolicznej 10 000 zł.

Odnosząc się do treści żądanego oświadczenia Sąd Okręgowy wskazał na poważne wątpliwości zarówno co do ogólnikowego sformułowania oświadczenia, jego poprawności językowej, jak i wyboru publikatorów, uznając, że powód nie umotywował swoich żądań w tym zakresie, pozostawiając sądowi ocenę ich adekwatności co do sposobu

naruszenia interesów gospodarczych powódki, a nie jest rola sądu czynienie koniecznych ustaleń i poszukiwanie argumentów oraz dowodów na poparcie racji strony powodowej.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, skarżąc wyrok w punktach 3 i 4, i wnosząc o jego zmianę w zaskarżonej części poprzez:

- zakazanie pozwanej wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach przez pozwaną suplementu diety (...),
- zakazanie pozwanej używania w obrocie i reklamie oznaczenia (...),
- zakazanie pozwanej stosowania opakowania produktu (...) w kolorach (...) z motywem (...),
- zakazanie pozwanej wytwarzania, oferowania, w tym za pośrednictwem Internetu, wprowadzania do obrotu i składowania w tych celach przez pozwaną suplementu diety (...),
- nakazanie pozwanej usunięcia skutków niedozwolonych działań poprzez wycofanie z obrotu suplementu diety (...) i wycofanie z obrotu suplementu diety (...),
- zasądzenie od pozwanej dalszej kwoty 15 000 zł na rzecz (...) Komitetu Ochrony (...),
- nakazanie pozwanej zamieszczenia na własny koszt ogłoszenia, w obramowaniu, na stronie 2 lub 3 w rozmiarze nie mniejszym niż 1/4 strony w magazynach Gazeta (...) oraz (...), a także w dzienniku ogólnopolskim Gazecie (...) – wydaniu głównym w rozmiarze nie mniejszym niż 1/4 strony, w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się wyroku, o następującej treści:

(...) sp. z o.o. oświadcza, że suplement diety (...) oraz (...) nie są produktami leczniczymi.

(...) sp. z o.o. z siedzibą w W. wyraża ubolewanie z powodu faktu, iż wprowadzając do obrotu i reklamując suplement diety (...) oraz (...) naruszyła przepisy prawa, dobre obyczaje, zasady uczciwej konkurencji ze szkodą dla (...) z siedzibą w N. Niemcy oraz zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości.”

a także o upoważnienie powódki do zamieszczenia ogłoszeń wskazanych wyżej na koszt pozwanej w razie, gdyby we wskazanym terminie pozwana nie dopełniła obowiązku wykonania wyroku w tej części lub złożyła oświadczenie o innej treści lub formie niż nakazana, a także o zasądzenie od pozwanej na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji przy uwzględnieniu kosztów dotychczasowego postępowania.

Powód zarzucił:

- błąd w ustaleniach faktycznych – polegający na przyjęciu, że preparaty (...) i (...) pełnią wyłącznie funkcję wspomagającą oczyszczanie dróg oddechowych i zatok, odkrztuszanie i rozpuszczanie śluzu w oskrzelach oraz wzmacniające organizm, co nie pozwala uznać tych preparatów za produkty lecznicze wedle funkcji, podczas gdy produkty te posiadają skład w znacznej części tożsamy z produktem leczniczym (...), a zatem posiadają właściwości modyfikowania funkcji fizjologicznych organizmu wystarczającą do przyjęcia w świetle art. 2 pkt 32 i 3a prawa farmaceutycznego, że mamy do czynienia z produktem leczniczym
- naruszenie art. 278 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. przez przyjęcie, że dla wykazania, iż produkty (...) i (...) są produktami leczniczymi według funkcji powód winien zgłosić dowód z opinii biegłego, podczas gdy sam skład produktów zawierający te same substancje co produkt leczniczy (...) w dawkach trzykrotnie większych, zalecany przez pozwaną sposób dawkowania oraz ustalony przez Sąd sposób prezentacji tych preparatów pozwalały przyjąć, iż są one preparatami leczniczymi w rozumieniu art. 2 pkt 32 prawa farmaceutycznego,

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na przyjęciu, że ustalony przez Sąd I instancji skład preparatów (...) i (...) i podobieństwo składników tych preparatów do składnika produktu leczniczego (...), w tym w dawkach trzykrotnie przekraczających użycie tych samych składników w produkcie leczniczym (...), nie uzasadnia uznania preparatów (...) i (...) za produkty lecznicze według ich funkcji, pominięcie przy ocenie sposobu prezentacji preparatów pozwanego zeznań świadków J. T., S. S., B. A., D. S. i E. L. wskazujących, że pozwany przedstawia te preparaty jako posiadające właściwości lecznicze i stanowiące odpowiednik lub preparaty konkurencyjne dla produktu leczniczego (...) oraz że preparaty (...) i (...) są prezentowane w sposób mogący wywołać przekonanie, że posiadają właściwości lecznicze oraz pominięcie treści i wyglądu ulotek, materiałów reklamowych, opakowań (...) i (...) oraz działań marketingowych pozwanego, wskazujących na przypisywanie w/w preparatom właściwości leczniczych;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 231 k.p.c. polegające na przyjęciu, że nie został w sprawie dowiedziony fakt przedłużenia ochrony prawa ochronnego na znak towarowy (...), mimo uznania przez Sąd I instancji, że prawo takie przysługiwało powodowi z pierwszeństwem od 1991 r., oznaczany znakiem (...) produkt leczniczy jest nieprzerwanie wprowadzany do obrotu pod niezmienioną nazwą przez kilkunastoletni okres po dacie zgłoszenia i rejestracji znaku towarowego (...), na promocję tego znaku powódłoży bardzo wysokie sumy pieniężne, wielokrotnie przekraczające opłatę za przedłużenie ochrony znaku towarowego na kolejny okres, na rynku farmaceutycznym nie są znane przypadki, aby znak towarowy wykorzystywany dla produktu leczniczego znajdującego się w obrocie wygasł z uwagi na brak uiszczenia opłaty w zakresie kolejnego okresu ochronnego;

- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. polegające na przyjęciu, że powód nie dowiódł renomowanego charakteru znaków towarowych (...), pomimo iż Sąd I instancji uznał za wykazane okoliczności w postaci używania od 1998 r. znaków towarowych powoda na terytorium RP oraz intensywnej promocji tych znaków przez powoda (sięgających kilku milionów złotych rocznie nakładów na tę promocję), jak również znacznego udziału powoda w relevantnym rynku, które to okoliczności decydują o renomie znaku towarowego;

- naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 2 pkt 32 w zw. z art. 3 ust. 1 prawa farmaceutycznego polegające na przyjęciu, że sąd nie może samodzielnie ocenić, w ramach badania przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji w postaci „sprzeczności z prawem”, czy preparaty wprowadzane do obrotu jako suplementy diety znajdują się w tym obrocie legalnie, w szczególności czy ze względu na ich właściwości lub sposób prezentacji winny zostać zakwalifikowane jako produkty lecznicze i podlegać ograniczeniom w zakresie obrotu produktami leczniczymi wynikającym z prawa farmaceutycznego,

- naruszenie art. 2 pkt 32 prawa farmaceutycznego polegające na przyjęciu, że ustalone przez Sąd I instancji prezentowanie przez pozwanego preparatów (...) i (...) jako posiadających właściwości lecznicze w ramach działań reklamowych i marketingowych pozwanego oraz na ulotkach i opakowaniach nie jest wystarczające dla przyjęcia, że preparaty te są produktami leczniczymi według ich prezentacji;

- naruszenie art. 2 pkt 32 w zw. z art. 3 ust. 1 prawa farmaceutycznego w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. polegające na przyjęciu, że wprowadzanie do obrotu preparatów (...) i (...) jako suplementów diety nie narusza prawa i w związku z tym nie stanowi nienazwanego czynu nieuczciwej konkurencji;

- naruszenie art. 296 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej (p.w.p.) przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu oceny podobieństwa znaków towarowych przez pryzmat niewłaściwego modelu przeciętnego konsumenta, któremu przypisane zostały cechy farmaceuty i z pominięciem faktu, że konsument borykający się z dolegliwością zdrowotną cechuje się obniżonym poziomem uwagi, przyjęciu, że członek (...) stanowi dla przeciętnego konsumenta znaczenie opisowe, wskazujące na działanie produktu leczniczego w przypadku dolegliwości zatok, opartym na nieprawdziwym założeniu o powszechnej znajomości w polskim społeczeństwie języka łacińskiego, a także nieuwzględnieniu stwierdzonej przez Sąd I instancji rozpoznawalności znaku towarowego (...) w konkretnej ocenie wprowadzającego w błąd charakteru oznaczenia (...) i faktu, że zarówno wśród konsumentów jak i farmaceutów miały miejsce pomyłki w zakresie rozróżnienia oznaczeń powoda i pozwanego;

- naruszenie art. 296 ust. 2 pkt 3 p.w.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że znak towarowy (...) nie cieszy się renomą, a wykorzystywanie w obrocie oznaczenia (...) nie przynosi szkody renomie znaku (...), ani też nie przynosi pozwanemu nienależnej korzyści, pomimo uznania przez Sąd m.in. że pozwany prowadzi nieuczciwą reklamę swoich produktów godzącą w produkt (...);

- naruszenie art. 301 p.w.p. poprzez jego niezastosowanie;

- naruszenie art. 10 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 u.z.n.k. w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że powód nie wykazał pierwszeństwa rynkowego wykorzystania swoich opakowań, pomimo iż w sprawie bezsporne było używanie tych opakowań przez powoda co najmniej od 2009 r., a pozwany nie wykazał, aby opakowania produktu (...) były wprowadzone do obrotu przed tą datą;

- naruszenie art. 10 ust. 2 w zw. z art. 10 ust. 1 u.z.n.k. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu oceny podobieństwa opakowań produktów stron przez pryzmat niewłaściwego modelu przeciętnego konsumenta, z pominięciem faktu, że konsument borykający się z dolegliwością zdrowotną cechuje się obniżonym poziomem uwagi, niedokonaniu oceny całościowego wrażenia wywoływanego przez porównywane opakowania produktów z uwzględnieniem faktu, że zostały one oparte na tożsamym zestawie i układzie elementów, a poszczególne elementy kształtujące ogólne wrażenie wywoływane przez opakowanie (umiejscowienie motywu graficznego głowy, nazwa i jej czcionka oraz kolorystyka) są w obydwu opakowaniach co najmniej podobne oraz pominięciu faktu, iż pozwany dysponował nieograniczoną swobodą w zakresie ukształtowania opakowania swojego produktu, a w szczególności mógł ukształtować je w sposób odróżniający od wcześniejszego opakowania produktu (...);

- naruszenie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że pozwany upodobił opakowanie swojego produktu do opakowania obecnego od wielu lat na polskim rynku i renomowanego produktu powoda nie naruszył dobrych obyczajów panujących w obrocie i tym samym nie naruszył ani nie zagroził interesom gospodarczym powoda;

- naruszenie art. 18 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k. poprzez jego niezastosowanie polegające na oddaleniu roszczenia o publikację oświadczenia mimo uznania, że pozwany prowadził nieuczciwą reklamę adresowaną do nieograniczonego kręgu konsumentów jak również farmaceutów, których skutkiem było wprowadzanie w błąd tych odbiorców;

- naruszenie art. 18 ust. 1 pkt 6 u.z.n.k. przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że dochodzona w pozwie wysokość pokutnego była proporcjonalnie uzależniona do wszystkich zarzucanych pozwanej naruszeń i w związku z oddaleniem części zarzutów powinna być proporcjonalnie obniżona, choć takie wnioski nie wynikały z pozwu, ani też nie jest uprawniony w świetle przesłanek decydujących o wysokości pokutnego oraz uznanie, że rażący brak staranności po stronie podmiotu profesjonalnego naruszającego przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sposób krzywdzący nie tylko konkurenta, lecz również konsumentów, a przez to zagrażający ich zdrowiu uzasadnia zasądzenie pokutnego jedynie w „symbolicznej” kwocie.

Pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja powoda jedynie częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy poczynił prawidłowe ustalenia faktyczne, które Sąd Apelacyjny w całości przyjmuje za własne, uznając za bezzasadne zarzuty naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. przez błędną ocenę materiału dowodowego i wynikającej z nich wadliwości podstawy faktycznej rozstrzygnięcia podnoszone przez skarżącą.

Dokonana przez Sąd Okręgowy ocena dowodów nie przekracza granic swobodnej oceny wskazanych w art. 233 § 1 k.p.c.

Zasada swobodnej oceny dowodów określona powyższym przepisem wyraża się w jej ocenie według własnego przekonania Sądu, opartego na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. Jej istotną cechą jest bezstronność, brak arbitralności i dowolności, przestrzeganie zasad logicznego rozumowania i zasad doświadczenia życiowego w wyciąganiu wniosków.

Niewątpliwie wszechstronne rozważenie zebranego materiału oznacza uwzględnienie wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu oraz wszystkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych środków dowodowych, a mających znaczenie dla ich mocy dowodowej i wiarygodności.

Ocena dokonana przez Sąd I instancji zdaniem Sądu Apelacyjnego odpowiada zasadniczo wskazanym wyżej kryteriom, wszystkie przeprowadzone dowody zostały przez Sąd Okręgowy przywołane i omówione w sposób obiektywny, rzetelny i wszechstronny.

Dokonując oceny dowodów sąd określa, czy środek dowodowy z uwagi na jego cechy indywidualne i okoliczności obiektywne zasługuje na wiarę. Podstawą selekcji dowodów jest zatem ich wiarygodność. Natomiast kryteriami oceny wiarygodności są doświadczenie życiowe, inne źródła wiedzy, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wersji. W orzecnictwie wskazuje się, że "ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego" (zob. wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, Lex nr 41437, wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 września 2008 r., I ACa 1195/06, Lex nr 516569).

Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że postawienie zarzutu obrazy art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na zaprezentowaniu przez skarżącego stanu faktycznego przyjętego przez niego na podstawie własnej oceny dowodów; skarżący może tylko wykazywać, posługując się wyłącznie argumentami jurydycznymi, że Sąd rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów i że naruszenie to miało wpływ na wynik sprawy (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2000 r., I CKN 1169/99, OSNC 2000/7-8 poz. 139 i z dnia 10 kwietnia 2000 r., V CKN 17/2000, OSNC 2000/10 poz. 189). Jeżeli zatem z materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Zarzuty powoda w zakresie ustaleń faktycznych dotyczą wadliwego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że preparaty (...) i (...) pełnią wyłącznie funkcję wspomagającą oczyszczanie dróg oddechowych i zatok, odkrztuszanie i rozpuszczanie śluzu w oskrzelach oraz wzmacniająca organizm, co nie pozwala uznać tych preparatów za produkty lecznicze wedle funkcji.

Z dokonanych przez Sąd Okręgowy ustaleń niewątpliwie wynika, że produkty te posiadają skład w części tożsamy ze składem produktu leczniczego (...), jednak ta okoliczność nie pozwala na stwierdzenie, czy produkty te posiadają właściwości modyfikowania funkcji fizjologicznych organizmu wystarczające do przyjęcia, że mamy do czynienia z produktem leczniczym wedle funkcji. Dla stwierdzenia tej okoliczności niezbędne są wiadomości specjalistyczne, gdyż jedynie częściowo podobny skład produktów pozwanego i produktu powoda nie daje podstaw do uznania, że produkty mają jednakowe właściwości, w tym właściwości zapobiegania lub leczenia chorób albo przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu.

Swoje roszczenia powód wywodzi z dwu zasadniczych podstaw prawnych:

1. z przepisów ustawy prawo własności przemysłowej powołując się na przysługującą powodowi ochronę znaku towarowego (...)

2. z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Określając podstawę faktyczną swych roszczeń powód wskazał na działania pozwanej polegające na:

- wprowadzaniu do obrotu produktów zawierających substancje aktywne stosowane w produkcie leczniczym (...), w dawkach wyższych niż stosowane w tym produkcie leczniczym, jako suplementów diety, bez uzyskania wymaganych przez prawo farmaceutyczne pozwoleń
- zaniechaniu poinformowania konsumentów o ryzyku związanym ze stosowaniem tych produktów
- przypisaniu produktowi niedopuszczonemu do obrotu zgodnie z wymaganiami ustawy prawo farmaceutyczne właściwości produktu leczniczego,

które zdaniem powoda stanowią czyn nieuczciwej konkurencji polegający na:

- sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami wprowadzaniu do obrotu produktu z naruszeniem prawa farmaceutycznego i prawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia, który to czyn narusza interes powódki i konsumentów (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)
- stosowaniu oznaczeń produktów stwarzających niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd konsumentów co do istotnych cech towarów, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z takich produktów (art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji)
- wprowadzaniu do obrotu produktów w opakowaniach mogących wywołać skutki, o których mowa powyżej (art. 10 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Powód wskazał też na stosowanie przez pozwaną wprowadzającej w błąd i niezgodnej z prawem reklamy, tj.:

- reklamy sugerującej, że produkty pozwanej to produkty lecznicze
- reklamy porównawczej z produktami powoda, zawierającej nieprawdziwe informacje, że suplement diety może być zamiennikiem produktu leczniczego,

co zdaniem powoda stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na prowadzeniu reklamy sprzecznej prawem, wprowadzającej w błąd i porównawczej (art. 16 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Powód powołał się też na naruszenie przez pozwaną przysługującego powodowi prawa do znaku towarowego poprzez naśladowanie opakowania produktu powoda, wskazując na wykorzystanie kolorystyki (zestawienie (...)) oraz graficznego sposobu ujęcia motywu (...) jako celowego upodobnienia produktu pozwanej do produktu powoda i podnosząc, że produkt powoda jest produktem znanym i renomowanym, a zachowanie pozwanej w tym zakresie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 10 ust. 1 tej ustawy (oznaczanie towarów w sposób mogący wprowadzić klientów w błąd m.in. co do pochodzenia towarów), a także narusza prawo powoda do znaku towarowego i na podstawie art. 296 ust. 1 prawa własności przemysłowej wnosząc o nakazanie pozwanej zaprzestania używania w obrocie oznaczenia (...).

Odnosząc się do podniesionych w apelacji zarzutów odnoszących się do podobieństwa znaków towarowych używanych przez obie strony Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do ich uwzględnienia.

Sąd Okręgowy szczegółowo wskazał z jakich przyczyn znaków towarowych stron nie można uznać za podobne, ani tym bardziej identyczne w rozumieniu art. 296 ust. 2 pkt 2 p.w.p.

Dla oceny stopnia podobieństwa produktów istotne jest porównanie wszystkich elementów produktów w płaszczyznach wizualnej, znaczeniowej i fonetycznej i odniesienie się do hipotetycznego, indywidualnego postrzegania zmysłowego uwzględniającego wzorzec konsumenta oraz inne okoliczności poddające się osądowi.

Sąd Okręgowy w swoim uzasadnieniu odniósł się do każdego z elementów opakowań porównywanych produktów, w tym dokonał oceny fonetycznego i wizualnego podobieństwa nazw produktów, ostatecznie uznając, iż mimo pewnych podobieństw, nie ma podstaw do uznania iż zachodzi ryzyko wprowadzenia konsumenta w błąd co do pochodzenia towaru.

Dokonaną przez Sąd Okręgowy ocenę Sąd Apelacyjny podziela uznając, iż punktem odniesienia do oceny podobieństwa towarów jest opinia przeciętnego konsumenta, a więc konsumenta należycie poinformowanego, uważnego i racjonalnego, dokonującego wyboru w zwykłych warunkach obrotu. Taki model konsumenta jest zgodny ze wspólnotowym wzorcem wskazanym m.in. w pkt 18 preambuły do dyrektywy nr 2005/29 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 maja 2005 r. dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorców wobec konsumentów na rynku wewnętrznym.

Wbrew podniesionym w apelacji zarzutom Sąd Okręgowy nie przypisał przeciętnemu konsumentowi „cech farmaceuty”.

Nie ma też podstaw do przyjęcia wskazanego przez skarżącą modelu konsumenta dokonującego zakupów przedmiotowych produktów jako „borykającego się z dolegliwością zdrowotną” i cechującego się w związku z tym „obniżonym poziomem uwagi”, ponadto ryzyko wprowadzenia w błąd zostało wyeliminowane poprzez wprowadzenie przez pozwanego istotnych elementów odróżniających produkty.

Trafnie także Sąd Okręgowy wskazał, że wspólny w nazwach produktów człon (...) ma znaczenie opisowe, wskazujące na działanie produktu leczniczego w przypadku dolegliwości zatok, opierając swoje stanowisko nie na – jak wskazuje skarżąca - nieprawdziwym założeniu o powszechnej znajomości w polskim społeczeństwie języka łacińskiego, ale na wskazaniu innych produktów niż objęte niniejszym postępowaniem, w nazwach których człon (...) także występuje.

Brak podobieństwa produktów uzasadnia odmowę udzielenia powodowi ochrony wynikającej z przepisów art. 296 ust. 1 i art. 301 p.w.p. i powoduje, że bezzasadne są podniesione w apelacji zarzuty naruszenia tych przepisów, jak też zarzuty dotyczące ustalenia co do renomy znaku towarowego (...) i wykazania, że powodowi przysługuje ochrona znaku towarowego (...).

W świetle powyższych rozważań nie ma też podstaw do uznania, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 10 u.z.n.k., który skarżąca utożsamia z wprowadzaniem do obrotu produktów w opakowaniach podobnych do opakowań produktów powódki.

Istota czynu nieuczciwej konkurencji z art. 10 ustawy wyraża się w takim oznaczaniu towarów lub usług, które może wprowadzić w błąd co do pochodzenia. Brak podobieństwa opakowań produktów nie daje podstaw do uznania, że zachodzi ryzyko konfuzji w rozumieniu tego przepisu. Bez znaczenia tym samym jest kwestia pierwszeństwa rynkowego wykorzystania opakowań przez powoda. Za bezzasadny Sąd Apelacyjny uznał też zarzut naruszenia art. 3 ust. 1 u.z.n.k. uznając, iż wprowadzając do obrotu produkt w stosowanym przez pozwanego opakowaniu pozwany nie naruszył dobrych obyczajów panujących w obrocie i tym samym nie naruszył ani nie zagroził interesom gospodarczym powoda.

Odnosząc się do zarzutów skarżącego dotyczących roszczeń wywodzonych z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Sąd Apelacyjny uznał, iż wykazanie, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na wprowadzaniu do obrotu produktów zawierających substancje aktywne stosowane w produkcie leczniczym (...), w dawkach wyższych niż stosowane w tym produkcie leczniczym, jako suplementów diety, bez uzyskania wymaganych przez prawo farmaceutyczne pozwoleń, zaniechaniu poinformowania konsumentów o ryzyku

związanym ze stosowaniem tych produktów wymaga wykazania, że produkty pozwanej mają właściwości lecznicze według funkcji, co z kolei, jak już wskazał Sąd Apelacyjny wymagało wiedzy specjalistycznej.

Brak wykazania, że produkt pozwanej, wbrew stanowisku Państwowej Inspekcji Sanitarnej i Głównego Inspektora Farmaceutycznego ma rzeczywiście działanie lecznicze, a tym samym nie może być wprowadzany do obrotu jako suplement diety uniemożliwia uznanie, że pozwana dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 i art. 10 ustawy.

Tym samym za bezzasadne Sąd Apelacyjny uznał podniesione w apelacji zarzuty naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 2 pkt 32 w zw. z art. 3 ust. 1 prawa farmaceutycznego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego sam fakt prezentowania przez pozwanego preparatów (...) i (...) jako posiadających właściwości lecznicze w ramach działań reklamowych niewątpliwie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. i takie stanowisko wyraził też Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Dopuszczenie się przez pozwaną takiego czynu nie uzasadnia jednak w ocenie Sądu Okręgowego żądań powoda w zakresie zakazania pozwanej wytwarzania, oferowania, wprowadzania do obrotu i składowania spornych produktów, a także nakazania pozwanej wycofania produktów z obrotu.

Tym niemniej za zasadne Sąd Apelacyjny uznał zarzuty apelacji dotyczące naruszenia art. 18 ust. 1 pkt 3 i pkt 6 u.z.n.k.

Dokonane przez Sąd Okręgowy ustalenia faktyczne wskazują, że pozwana od dwu lat prowadzi intensywną kampanię reklamową skierowaną do konsumentów, lekarzy i farmaceutów, w której produkty pozwanej były prezentowane jako produkty o działaniu leczniczym, z jednoczesnym porównywaniem ich z lekiem (...).

Tym samym Sąd Okręgowy ustalił, że pozwana prowadziła nieuczciwą reklamę adresowaną do nieograniczonego kręgu odbiorców, w tym konsumentów, wprowadzającą odbiorców w błąd co do właściwości leczniczych produktów pozwanej. Dla usunięcia skutków takich działań w ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest wystarczające samo zakazanie pozwanej reklamowania suplementów diety przez porównywanie ich do produktu leczniczego oraz poprzez sugerowanie, że są to produkty lecznicze. Zdaniem Sądu Apelacyjnego istotne jest, aby do tych odbiorców, w szczególności konsumentów, którzy byli adresatami nieuczciwej reklamy, została skierowana informacja jednoznacznie wskazująca, że produkowane przez pozwaną suplementy diety nie są produktami leczniczymi, gdyż tylko w ten sposób mogą być usunięte skutki czynu jakiego pozwana się dopuściła.

Uznając zasadność żądania w zakresie nakazania pozwanej zamieszczenia stosownego ogłoszenia Sąd Apelacyjny częściowo zmienił treść ogłoszenia wskazaną przez pozwaną usuwając słowa dotyczące wprowadzenia produktów do obrotu, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jakiego pozwana się dopuściła nie było wprowadzenie produktów do obrotu, ale sposób ich reklamowania.

Sąd Apelacyjny nie nakazał też zamieszczenia ogłoszenia w dzienniku Gazeta (...) z uwagi na brak wykazania przez powoda, że niedozwolone reklamy pozwanej ukazywały się także w tym dzienniku lub innym dzienniku ogólnopolskim.

Uznając wagę naruszenia jakiego dopuściła się pozwana reklamując suplementy diety w sposób sugerujący iż są to produkty lecznicze Sąd Apelacyjny za zasadne uznał także zarzuty odnoszące się do wysokości pokutnego, nakazując pozwanej wpłacenie na wskazany cel społeczny dalszej kwoty 15 000 zł.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny częściowo zmienił zaskarżony wyrok, oddalając w pozostałym zakresie apelację powoda jako bezzasadną na mocy art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.