Sygn. akt I ACa 734/14

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 sierpnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny
w składzie:

Przewodniczący: SSA Hanna Nowicka de Poraj
Sędziowie: SSA Teresa Rak
SSO del. Krzysztof Hejosz (spr.)
Protokolant: sekr.sądowy Marta Matys

po rozpoznaniu w dniu 12 sierpnia 2014 r. w Krakowie na rozprawie
sprawy z powództwa TERMO ORGANIKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie
przeciwko Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Oświęcimiu
o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji i o ochronę własności przemysłowej
na skutek apelacji strony pozwanej
od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie
z dnia 30 stycznia 2014 r. sygn. akt IX GC 227/13

1. **oddala apelację;**

2. zasądza od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 630 zł (sześćset trzydzieści złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt I ACa 734/14 **UZASADNIENIE**

Sąd Okręgowy w Krakowie w sprawie z powództwa TERMO ORGANIKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie przeciwko . Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Oświęcimiu o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji i o ochronę własności przemysłowej (sygn. akt IX GC 227/13), wyrokiem z dnia 30 stycznia 2014r. nakazał stronie pozwanej zaniechanie korzystania w sposób zarobkowy lub zawodowy z izolacyjnej płyty styropianowej zawierającej charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam, w szczególności poprzez wytwarzanie, oferowanie, wprowadzanie do obrotu takich płyt izolacyjnych styropianowych, eksport oraz używanie, a także podejmowanie w stosunku do takich płyt działań promocyjnych; wycofanie z obrotu izolacyjnych płyt styropianowych zawierających charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam, w tym ze sprzedaży prowadzonej przez kontrahentów lub innych osób działających na rachunek lub w imieniu Sp. z o.o. oraz zniszczenie wyprodukowanych partii takich płyt, które nie zostały jeszcze wprowadzone do obrotu. Ponadto sąd nakazał stronie pozwanej aby złożyła oświadczenie, w terminie do jednego miesiąca od uprawomocnienia się wyroku, następującej treści: „ sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu wyraża ubolewanie z powodu faktu, że produkując i wprowadzając do obrotu płyty izolacyjne styropianowe zawierające charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam naruszyła zasady uczciwej konkurencji oraz prawa ochronne na znaki towarowe R-151823 oraz R-184950, przysługujące Termo Organika sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. spółka z o.o. zobowiązuje się nie podejmować takich działań w przyszłości" w dwóch dziennikach: „Rzeczpospolitej", w dodatku B („zielone strony") i „Puls Biznesu", na stronach drugiej lub trzeciej i w rozmiarach nie mniejszym niż 1/4 strony, przy czym tekst oświadczenia winien wypełniać jednolicie całą powierzchnię ogłoszenia, oraz na stronie internetowej http://www. .com/pl/ main1, a gdyby doszło do zmiany adresu internetowego strony na innej głównej stronie internetowej pozwanego i utrzymywanie tego oświadczenia dostępnego we wskazanej formie nieprzerwanie co najmniej przez okres 30 dni. W pozostałym zakresie powództwo oddalono i zasądzono od strony pozwanej na rzecz strony powodowej kwotę 54.910zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Jak wynika z pisemnego uzasadnienia sporządzonego do tego orzeczenia, powód Termo Organika spółka z o.o. w Krakowie domagał się nakazania pozwanemu półce z o.o. w Oświęcimiu zaniechania korzystania w sposób zarobkowy lub zawodowy z izolacyjnej płyty styropianowej zawierającej charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam, w szczególności poprzez wytwarzanie, oferowanie, wprowadzanie do obrotu takich płyt

izolacyjnych styropianowych, eksport oraz używanie, a także podejmowanie w stosunku do takich płyt działań promocyjnych; doprowadzenia do wycofania z obrotu izolacyjnych płyt styropianowych zawierających charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam, w tym ze sprzedaży prowadzonej przez kontrahentów lub innych osób działających na rachunek lub w imieniu p. z o.o. oraz zniszczenia wyprodukowanych partii takich płyt, które nie zostały jeszcze wprowadzone do obrotu. Powód domagał się nakazania pozwanemu, aby złożył oświadczenie w terminie nie późniejszym niż jeden miesiąc od daty uprawomocnienia się wyroku o treści wskazanej w pozwie w trzech dziennikach tj. Rzeczpospolitej, Pulsie Biznesu, Gazecie Wyborczej oraz na stronie internetowej http://www. .com/pl/main1, a gdyby doszło do zmiany adresu internetowego strony na innej głównej stronie internetowej pozwanego i utrzymywanie tej informacji dostępnej we wskazanej formie nieprzerwanie co najmniej przez okres 30 dni.

Powód ostatecznie wskazywał, że wywodził swoje roszczenia z przepisów ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy prawo własności przemysłowej w zakresie ochrony znaków towarowych. W uzasadnieniu pozwu wskazano, że powód - Termo Organika spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie jest największym krajowych producentów styropianowych płyt izolacyjnych do ocieplania budynków. W celu zapewnienia swoim produktom niepowtarzalnego wyglądu, odróżniającego je od wszelkich innych konkurencyjnych produktów na rynku, powód opracował i wprowadził do zastosowania technologię wytwarzania płyt styropianowych zawierających charakterystyczne elementy szarych lub czarnych plam. Od 2004r. powód nieprzerwanie produkuje i wprowadza do obrotu na terenie całego kraju styropianowe płyty izolacyjne "w kropki", które są przedmiotem licznych działań promocyjnych, na które powód przeznaczył już wielomilionowe kwoty. Działania powoda przyniosły oczekiwane efekty w postaci wysokiej znajomości produktu oraz jego oznaczenia, jako styropianu „w kropki". Marka powoda przewodzi również wśród marek styropianów o najwyższej jakości. Działania te przyczyniły się do znakomitych wyników sprzedaży oraz zdobycia uznania klientów oraz przyznaniu powodowi licznych nagród i wyróżnień. Styropian "w kropki" stanowi ponad 90 % sprzedaży wszystkich styropianów powoda. Wzór przemysłowy styropianu "w kropki" chroniony jest poprzez rejestrację w Urzędzie Patentowym RP. Na rzecz powoda zarejestrowano dwa wzory przemysłowe Rp - 6182 oraz Rp – 6783 (aktualnie unieważnione) i zarejestrowane są w Urzędzie Patentowym RP graficzne znaki towarowe o numerach R 151823 i R 184950. Znak R-151823 został zarejestrowany w dniu 20 kwietnia 2004r. z pierwszeństwem od dnia 18 września 2003r. dla towarów klasy 17 (styropian i produkty styropianowe, materiały do dociepleń, izolacji wodnych i dźwiękowych, żywice syntetyczne i półprzetworzone, materiały uszczelniające, izolacyjne i termoizolacyjne,

izolacyjne farby, folie, taśmy i tkaniny, przewody, rury i osłony do nich, osłony i izolatory ceramiczne) oraz klasy 19 (niemetalowe materiały budowlane i wykończeniowe). Znak R-184950 został zgłoszony do rejestracji w dniu 17 stycznia 2007r. z pierwszeństwem od dnia 9 marca 2004r. dla tych towarów tej samej klasy co znak R-151823 opisany powyżej. Powód nie udzielał na powyższe prawa ochronne na znaki towarowe żadnych licencji, zwłaszcza pozwanemu, i jest wyłącznie uprawniony do korzystania z tych praw. Powód wskazał, że począwszy od końca 2007r. pozwany narusza prawa powoda naśladując w sposób niedozwolony jego wyroby, produkując i wprowadzając do obrotu na terenie całej Polski styropiany zawierające charakterystyczne dla pochodzących od powoda styropianów „w kropki", elementy ciemnych plam. Charakterystyczne elementy ciemnych plam wprowadzanie przez pozwanego do swoich płyt styropianowych są podobne do znaków towarowych R-151823 oraz R-184950 stosowanych i chronionych na rzecz powoda. Produkując oraz wprowadzając do obrotu płyty styropianowe w ciemne plamy, pozwany wywołuje ryzyko wprowadzania odbiorców w błąd, polegające na możliwości skojarzenia oznaczeń nanoszonych na płyty pozwanego z zarejestrowanymi znakami powoda.

Powód wezwał pozwanego do zaniechania naruszania praw ochronnych na znak towarowy. W odpowiedzi pozwany potwierdził fakt wprowadzenia do obrotu płyt styropianowych "w kropki", zaprzeczając, że taki efekt jest pochodną jego zamierzonego działania ukierunkowanego na naruszenie chronionych praw powoda oraz podniósł, że taki efekt był niezamierzonym skutkiem zmiany w procesie produkcyjnym styropianu o kolorze ciemnym na styropian biały i związanej z tym wymiany w maszynach produkcyjnych granulek polistyrenowych w kolorze ciemnym na granulki w kolorze białym. Jednakże wygląd kwestionowanych przez powoda płyt produkowanych przez pozwanego wskazuje jednoznacznie, iż wzór „w kropki" nie mógł powstać przypadkowo, lecz płyty pozwanego zawierające go zostały wyprodukowane w sposób celowy i zorganizowany, co wynika z faktu, że powód, aby otrzymać styropian "w kropki" stosuje specjalnie opracowaną technologię mieszania. Uzyskanie takiego ciągłego efektu bez zastosowania odpowiedniej, technologii mieszania lub specjalistycznych urządzeń nie jest fizycznie możliwe. Tym samym pojawienie się plam w takiej skali, jak na produktach pozwanego świadczy o działaniu celowym, zmierzającym do wywołania podobnego ogólnego wrażenia. Zdaniem powoda, pozwany narusza prawa ochronne na znaki towarowe powoda przez samo posługiwanie się wspomnianym znakiem, z uwagi na renomowany charakter znaków zarejestrowanych na rzecz powoda. Produkowanie i wprowadzanie do obrotu przez pozwanego płyt zawierających charakterystyczne elementy kropek niewątpliwie może przynieść mu nienależną korzyść, jak również być szkodliwe dla odróżniającego charakteru i przede wszystkim renomy znaków

towarowych powoda, albowiem w płytach styropianowych "w kropki" pochodzących od stron nie występują istotne różnice, co może prowadzić do pomyłki po stronie odbiorcy co do pochodzenia towaru, a tym samym zakupu towaru pozwanego zamiast towaru powoda. Chronione znaki towarowe powoda odwzorowywane są na płytach styropianowych produkcji pozwanego i taka tożsamość produktów powoduje, iż znaki towarowe powoda tracą zdolność odróżniającą. Działalność pozwanego może również skutkować utratą renomy przez znaki towarowe powoda, które nie będzie miał żadnej kontroli na jakością styropianów "w kropki" pochodzących od pozwanego, nie będzie mógł również w odpowiedni sposób kształtować wizerunku swoich styropianów. Elementem zbieżnym oznaczeń pozwanych oraz znaków towarowych powoda jest charakterystyczny element ciemnych plam i choć płyty styropianowe "w kropki" obiektywnie różnią się odległościami pomiędzy "ciemnymi plamami" na styropianie oraz kształtem tych plam, to jednak wskazane różnice – będące konsekwencją procesu technologicznego - są niedostrzegalne dla przeciętnego konsumenta. Zachodzi zatem obawa, że odbiorcy towarów pozwanego zostaną wprowadzeni w błąd poprzez wykorzystywanie przez pozwanego znaku towarowego wywołującego identyczne wrażenie jak znaki powoda. Roszczenie strony powodowej znajduje podstawę w treści art. 296 ust. 1 p.w.p. Zdaniem powoda, działanie pozwanego w świetle treści art.13 ust.1 u.z.n.k., jest także czynem nieuczciwej konkurencji. Konkurencyjne styropianowe płyty izolacyjne "w kropki" pochodzące od obu stron są podobne w stopniu wykluczającym możliwość ich rozróżnienia na podstawie ogólnego i całościowego wrażenia wyrobu naśladującego i wyrobu oryginalnego. Pozwany dopuszcza się również naruszenia art.10 ust.2 w zw. z ust.1 u.z.n.k., zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie towarów lub usług albo jego brak, które może wprowadzić klientów w błąd co do pochodzenia, ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy, konserwacji lub innych istotnych cech towarów albo usług, a także zatajenie ryzyka, jakie wiąże się z korzystaniem z nich. Zachowanie pozwanego narusza także art.3 ust.1 u.z.n.k., ponieważ jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes innego przedsiębiorcy tj. powoda. Z przedłożonych przez powoda dowodów wynika bowiem, iż dysponuje wcześniejszym pierwszeństwem produkcji i wprowadzania do obrotu styropianu "w kropki", czyni to bowiem od 2004r. Pozwany wprowadza na rynek styropian "w kropki" dopiero od 2007r.. Powód jest liderem rynku i jego styropiany "w kropki" cieszą się na rynku renomą. Interes powoda jest zagrożony przez działanie pozwanego ponieważ podobieństwo styropianu pozwanego do oznaczenia styropianu powoda wywołuje konfuzję po stronie klientów, naruszając dobro prawne powoda, jakim jest pierwszeństwo używania styropianu w kropki, ich renoma oraz związane z tym wymierne korzyści finansowe. Roszczenie powoda znajduje zatem podstawę w treści art.18 u.z.n.k.

Powód wielokrotnie podnosił, iż nie domaga się aby pozwany zaniechał wprowadzania do obrotu płyt białych z niewielką ilością wtrąceń. Powód nie traktuje takiego działania, jako naruszenia swoich praw.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana i sp. z o.o. wniosła o oddalenie powództwa w całości oraz przyznanie pozwanemu kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów. Strona pozwana podniosła, że sposób używania przez powoda zarejestrowanego za numerem R-151823 i R-184950 graficznego znaku towarowego w celu oznaczania płyty styropianowej w kropki, wskazuje na wady prawne decyzji Urzędu Patentowego RP, albowiem zachodzi uzasadniona obawa, iż ochrona Urzędu Patentowego RP udzielona na znaki towarowe została dokonana z naruszeniem bezwzględnych zasad, warunkujących zdolność rejestracyjną znaków towarowych. Wskazała, że zachodzą przesłanki do uchylenia decyzji Urzędu Patentowego RP o rejestracji znaków towarowych nr R-151823 i R-184950 oraz wzorów przemysłowych nr Rp-6182 i Rp-6783 (te uchylono w trakcie procesu), a pozwany w złożonych w tym przedmiocie wnioskach wskazuje na takie zarzuty jak: braku cechy nowości płyty izolacyjnej w kropki, brak jej powtarzalności i indywidualnego charakteru w dacie zgłoszenia w Urzędzie Patentowym RP wzorów przemysłowych oraz brak odróżniającego charakteru graficznych znaków towarowych, stanowiących obraz powierzchni płyty w przypadku znaku towarowego nr R-151823 i R-184950. Prawo ochronne do znaku towarowego i prawo z rejestracji wzoru przemysłowego, jako ustalające prawo własności i monopol na uznanie znaku towarowego oraz wzoru przemysłowego, w przypadku jego zniesienia, nie będzie mogło być podstawą rozstrzygnięć o naruszenie praw wyłącznych. Strona pozwana podniosła bezzasadność, przywołanej w pozwie podstawy rozstrzygania sprawy w oparciu o ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i skierowane wobec pozwanego zarzuty naśladownictwa płyty styropianowej w kropki oraz oznaczania powierzchni płyty ciemnymi plamami, pochodzącymi z grafitowych granul, wmieszanych do styropianu białego w procesie produkcji płyt. Płyty o symbolu EPS, których powierzchnia przedstawia układ białych i szarych granul były płytami znanymi na rynku już w 1999r., o czym świadczy katalog firmy BASF z 11/1999 i z 11/2001. Dokonane przez powoda w 2004r. naśladownictwo płyt w kropki, zwanych płytą „Dalmatyńczyk", potwierdzają również wzory użytkowe, na które niemiecki Urząd Patentowy udzielił prawnej ochrony. Pozwany, wbrew twierdzeniom powoda nie produkuje, w sposób zamierzony płyt styropianowych w kropki. Płyty zawierające na powierzchni ciemne plamy są efektem prowadzonej produkcji płyt grafitowych i białych na jednej linii technologicznej w zamkniętym cyklu. Źródłem wtrąceń w postaci widocznych ciemnych plam znajdujących się w płycie są pozostałe w zasobnikach naładowane elektrostatycznie grafitowe granule oraz zawracane w recyklingu ścinki

powstające z cięcia płyt szarych. Jest to proces wynikający z wymagań ekologicznych i ochrony środowiska, narzucający producentom utylizację poodpadową obrzynek poprzez zawracanie regeneratu do linii technologicznej. Pozostałości granul szarych w zasobnikach i ich przedostawanie się do płyt białych przy przestrajaniu produkcji płyt szarych na białe jest naturalnym zjawiskiem, którego wyeliminowanie jest niemożliwe. Pozwany wskazał także, że nigdy nie oznaczał swoich wyrobów cudzą marką, ani zarejestrowanym znakiem towarowym osób trzecich. Pochodzące z oferty handlowej pozwanego płyty styropianowe, wprowadzane są co obrotu wyłącznie w oznaczonych foliach, zawierających pełne informacje o wyrobie, zawierające logo identyfikujące jednoznacznie producenta płyt. Prawidłowość oznaczenia wyrobów stosowana przez pozwanego jest zaprzeczeniem stawianego przez pozwanego zarzutu z art.3 i 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pozwany podniósł także, że płyta z grafitowymi kropkami NEOPOR, nie posiada z racji ciemnych plam żadnych lepszych właściwości termoizolacyjnych, w stosunku do standardowej białej płyty styropianowej. Pozwany zarzucił dalej, że zdjęcia płyt w kropki, wyprodukowanych przez powoda ilustrują ich różnorodność pod względem gęstości i rozkładu ciemnych plam na powierzchni płyty. Różnice te są widoczne i dotyczą płyt spakowanych w jednej paczce jak i płyt z różnych paczek. Dowodzi to niepowtarzalności płyt i braku wspólnej oryginalności i estetyki obrazów na płytach.

Wyrokiem z dnia 8 maja 2012r. Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo oraz zasądził od strony powodowej Termo Organika spółka z o.o. w Krakowie na rzecz spółki z o.o. w Oświęcimiu zwrot kosztów procesu. Wyrokiem z dnia 21 grudnia 2012r. Sąd Apelacyjny w Krakowie uchylił wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego w sprawie, sąd pierwszej instancji ustalił stan faktyczny zgodnie z którym:

- bezspornie strony postępowania podobnie jak i inni producenci, prowadzą produkcję izolacyjnych płyt styropianowych bazując na podobnych rozwiązaniach technologicznych. Płyty wytwarzane są z nowego materiału (granulatu), ale także z dodatkiem odpadów z wcześniejszych procesów (określanych jako ścinki, a dalej recyklat, regranulat). Początkowo podstawowym produktem na rynku były płyty białe. Od 2004r. producenci w kraju zaczęli wprowadzać do produkcji także płyty jednolicie szare, z surowca niemieckiej firmy BASF z dodatkiem grafitu. Powód rozpoczął pracę z szarym surowcem już w 2002r., a próby z mieszaniem surowca białego i szarego prowadził od 2003r. Surowiec szary jest droższy od białego o ok 25%, a dodawany do białego podraża produkcję styropianu w kropki o 1%. W kolejnych latach na rynku wzrastało zapotrzebowanie na jednolicie szary

styropianu (wyższe właściwości termoizolacyjne). Wraz ze wzrostem produkcji szarego styropianu wzrasta ilość szarych odpadów. Odpady takie są wykorzystywane do kolejnej produkcji płyt jednolicie szarych (dodawanie ścinków do 10%), ale też są dodawane przez niektórych producentów do produkcji płyt białych i wtedy powstają nieregularne ciemne plamy ze zlepek przebarwienia szarego.

- bezspornie uzyskane w ten sposób płyty białe z „wtrąceniami" były początkowo odbierane bardzo źle jako nieestetyczne czy też wadliwe lecz to wyłącznie powód wdrożył kosztowe kampanie promocyjne styropianu w ciemne, szare i czarne plamy i kropki. Badania przedstawione przez powoda przy pozwie wykazują, iż styropian taki jest aktualnie postrzegany jako co najmniej dobry, albo wręcz lepszy od białego. Kropki na płytach nie mają znaczenia funkcjonalnego. Produkcja płyt różnych kolorów może i w praktyce odbywa się na przemiennie na tej samej linii produkcyjnej. Produkcja jednolitych kolorystycznie płyt wymaga użycia jednego koloru surowca, a przy jego zmianie dokładnego wyczyszczenia urządzeń, aby uniknąć mieszania się surowców i w efekcie pojawiania się niechcianych „wtrąceń" szarych na płytach białych, czy też odwrotnie. Nieuniknionym efektem ubocznym produkcji płyt są ścinki (odpady), które jednak w całości mogą i powinny być zagospodarowane jako recyklat. Po zmieleniu odpady są one dodawane, w kolejnych cyklach produkcyjnych do nowego granulatu, przy czym warunkiem uzyskiwania płyt jednolitej barwy jest dodawanie granulatu, albo regranulatu (ścinków) tej samej barwy. To wymaga segregowania kolorów ścinków przygotowanych do ponownego użycia.

  Powód segreguje odpady białe i szare na etapie produkcji, a następnie przechowuje je w odrębnych silosach, dzięki czemu nie dochodzi do niekontrolowanego mieszania kolorów.
- na rzecz powoda zarejestrowane są w Urzędzie Patentowym RP graficzne znaki towarowe o numerach R -151823 i R 184950 (świadectwa ochronne tom II, k. 339 i 342). Znak R-151823 został zarejestrowany w dniu 20 kwietnia 2004r. z pierwszeństwem od dnia 18 września 2003r. dla towarów klasy 17 (styropian i produkty styropianowe, materiały do dociepleń, izolacji wodnych i dźwiękowych, żywice syntetyczne i pół przetworzone, materiały uszczelniające, izolacyjne i termoizolacyjne, izolacyjne farby, folie, taśmy i tkaniny, przewody, rury i osłony do nich, osłony i izolatory ceramiczne) oraz klasy 19 (niemetalowe materiały budowlane i wykończeniowe). Znak R-184950 został zgłoszony do rejestracji w dniu 17 stycznia 2007r. z pierwszeństwem od dnia 9 marca 2004r. dla tych towarów tej samej klasy co znak R-151823 opisany powyżej. W opisie znaków przedstawionych celem rejestracji uprawniony wskazał, że oznaczenie „przedstawia białą płaszczyznę pokrytą plamami i figurami w kolorze czarnym/szarym. Plamy i figury są

rozmieszczone na całej powierzchni płaszczyzny równomiernie, przy czym ich kształty są nieregularne, a wielkość różna" (decyzja Urzędu Patentowego k.1294 i 1301). Forma graficzna znaku przedstawia zaś powyższe dwuwymiarowo. Początkowo spotykał się z zarzutami wykonawców, jakoby ich płyty w kropki były „brudne". Jako jedyni wdrożyli kampanie reklamowe, promujące pozytywny wizerunek kropek i informację o wysokiej jakości tak oznaczonych wyrobów, w wyniku której klienci przy zakupach pytają o styropian w kropki.

- powód wcześniej niż pozwany korzystał w sposób ciągły z przedmiotowych oznaczeń płyt styropianowych „w kropki". Produkt powoda ma określoną renomę i jest wysokiej jakości, zaś powód jest wiodącym producentem styropianu, wydającym duże środki na reklamę i promocję swego produktu. Powód przedstawił bardzo obszernie materiały reklamowe, informacje o nagrodach, zestawienia wydatków potwierdzające wypracowanie renomy znaków towarowych, skojarzenie styropianu w kropki z powodem oraz powiązanie tego przekazu z informacją o wysokiej jakości produktu. Wysiłku powoda w tym zakresie, pozwany zasadniczo nie zakwestionował, natomiast powoływał się na własną wypracowaną renomę przedkładając dowody własnych osiągnięć i wyróżnień. Renoma marki pozwanego nie była jednak przedmiotem tego postępowania. Pozwany zarzucał dalej, iż powód wprowadzał odbiorców w błąd prezentując w reklamach styropian w kropki jako lepszy. Dowody wskazują, iż produkty powoda istotnie mają wysoką jakość. W ocenie sądu nie jest przedmiotem postępowania kwestia czy i w jakim zakresie powód powoływał się na lepsze właściwości termoizolacyjne styropianu z wtrąceniami granulatu z grafitem. Powód temu przeczy i nie twierdzi aby taki styropian miał wyższe właściwości termoizolacyjne.
- znaki towarowe w ślad za decyzjami z dnia 20 marca 2009r. Urząd Patentowego, podlegają ocenie wyłącznie jako oznaczenie w zgłoszonej postaci. Graficzna forma przedstawienia w przypadku kombinacji (kompozycji) kolorów bezkonturowych polega na prezentacji graficznej próbki kolorów oraz słownego opisu pod warunkiem, że opis ten jest wystarczająco jasny, precyzyjny i obiektywny. Jak wynika z opisu, w zasadzie identycznego dla znaków towarowych nr R-151823 i R-184950, spełniają one podane kryteria, zatem wraz z przedstawieniem koloru spełnia wymogi graficznego przedstawienia znaku. Stanowisko to nie budzi wątpliwości. Powód stosuje znaki towarowe w formie identycznej, w szczególności w kampaniach reklamowych. Powód trafnie zwrócił uwagę, iż znak nakłada na największe powierzchnie płyt i tak należy go postrzegać. W ocenie sądu powód celowo oznacza także płyty kropkami, w miarę równomiernie rozrzuconymi na białym tle, a nadto oznaczenie to zasadniczo odpowiada znakom towarowym. Powód obszernie wykazał, działania zmierzające do celowego uzyskania, w miarę równomiernego

rozmieszczenia kropek na powierzchni płyt pochodzących, z świadomie dosypywanego szarego granulatu, zaś szare plamy, zlepki są marginalną pochodną zagospodarowania odpadów.

- powód, jako pierwszy, produkuje od 2004r, z pomocą specjalnie opracowanej technologii styropian w kropki. Powód w celu odróżnieniu swoich produktów na rynku opracował technologię mieszania granulatu białego i grafitowego, w celu uzyskania na płytach efektu możliwie równomiernie rozłożonych kropek i ciemnych plam na białym tle. W tym celu powód zainstalowała na liniach produkcyjnych dozowniki i inne urządzenia, odmierzające w odpowiednich proporcjach składniki, co wywołuje wizualny efekt w postaci czarnych i szarych kropek oraz plam na białej powierzchni płyty styropianowej. Zbieżny efekt jest uzyskiwany w drodze dozowania także recyklatu, przy zachowaniu założonych proporcji białego i szarego. Towar pozwanego oznaczany jest w sposób podobny do towaru powoda i oznaczenie to jest w szeregu przypadków tak zbieżne, iż nie ma możliwości odróżnienie pochodzenia płyt. W tym aspekcie udowodnione stosowanie przez pozwanego oznaczenie m.in. w kropki rodzi konsekwencje prawne.
- w przypadku płyt styropianowych oczywiste różnice w opakowaniach nie są, aż tak istotne. Płyty są kupowane na cele inwestycyjne, często jednokrotnie, w dużych ilościach (znaczne objętości), a decydującym elementem są cena i spełnienie parametrów technicznych wynikających projektu w aspekcie termoizolacji i wykonawstwa elewacji. Inwestorzy dokonują zakupów, z udziałem opinii projektantów, wykonawców i przedstawicieli handlowych poszczególnych producentów. W tak profesjonalnym obrocie wątpliwa jest rola opakowań. Decyzje o zakupie nie są podejmowane poprzez oglądanie opakowanych płyt, ale w oparciu o materiały informacyjne i techniczne. Decydujące znaczenie będzie miało zatem dotarcie z reklamą do osób podejmujących decyzję finansowe na inwestycji. Powód wskazywał, iż promocje kieruje właśnie do inwestorów, a dla nich oznaczenie poszczególnych, podobno brzmiących firm na opakowaniach jest niewielkie mówiące. Powód zaprezentował wyniki badań wskazujących na pierwszorzędne znaczenie oznaczenia styropianu „w kropki", a nie marki producentów. Odbiorcy, nawet profesjonalni nie mają wiedzy, czy podmiot wskazywany na opakowaniu styropianu w kropki jest czy też nie jest powiązany z powodem. Skoro tylko powód promuje styropian w kropki i jego pozytywny wizerunek, to odbiorcy nawet widząc opakowania innego producenta, mogą pozostawać w błędzie, podejmując decyzje o zakupie styropianu tylko dlatego, że jest w kropki, jak w reklamie.

- począwszy od 2007r. pozwany, sprzedawał duże ilości styropianu w kropki. Wyroby pozwanego są łudząco podobne do wyrobów, co powoduje ryzyko wprowadzenia klientów w błąd.
- pozwany dodawał (do czasu postanowienia sądu o zabezpieczeniu) do produkcji białego styropianu szare ścinki, powstałe po wcześniejszym cięciu na płyty szarych bloków styropianu. Skala podobieństwa produktów stron, czyni jednak zasadnym wniosek, iż pozwany dodawał także szary granulat. Materiał dowodowy wskazuje, iż kropki pochodzą z granulatu, a zlepione plamy ze ścinków. Nie jest zatem możliwe przypadkowe zmieszanie składników z efektem jak na płytach pozwanego, gdyż w takim wypadku płyta wizualnie różniła by się od płyty powoda, brakiem kropek. Rozmiar produkcji pozwanego płyt z ciemnymi plamami wyklucza prawdziwość twierdzeń jakoby to wynik jedynie przypadkowego zmieszania.Przed procesem pozwany nie segregował odpadów szarych od białych, co wymaga budowy odrębnych silosów i zabiegów organizacyjnych. Produkcja spornych produktów w kropki pozwala także na oszczędność na kosztach czyszczenia linii produkcyjnej z pozostałości produkcji szarego styropianu. Nie ma konieczności budowania odrębnych linii technologicznych dla produkcji białego i szarego styropianu. Wystarczającym jest wykonanie podstawowych zabiegów organizacyjno- technicznych: czyszczenie instalacji, segregacja ścinków i nie dosypywania granulatu z grafitem przy produkcji białych płyt. Koszty przestawienia produkcji różnych rodzajów styropianu na jednej linii technologicznej nie stanowią znaczącej wartości i jest powszechną praktyką producentów.
- okoliczność ustalona w oparciu o opinię biegłego, że plamki na wyrobach pozwanego mogą powstać także w wyniku niedostatecznego wyczyszczenia linii technologicznej ewentualnie w wyniku omyłkowego dobrania recyklatu w innym kolorze, jest oczywistą dla stron, a zatem i dla sądu. Aktualnie strona pozwana nie produkuje (na skutek zakazu z postanowienia zabezpieczającego) styropianu w kropki, a więc technologicznie jest w stanie to czynić. Nie jest jednak możliwym całkowite wyczyszczenie instalacji z pozostałości surowca szarego po przejściu na biały. W świetle żądań powoda nie jest to konieczne. Powód wyjaśniał, że pojedyncze („*więcej niż trzy*"), promilowe (czyli ok. 0,1 %) szare wtrącenia, które przy dokładnym czyszczeniu linii przez pozwanego mogą znaleźć się w białym styropianie, nie traktuje jako bezprawnego efektu regularnie rozmieszczonych kropek w styropianie. Ponadto, wtrącenia będące wynikiem „wymiatania" szarych pozostałości z linii produkcyjnej występują jedynie w pierwszych partiach styropianu i mają charakter zanikający.

W swoich rozważaniach prawnych sąd wskazał, że:

- powód powoływał się w pozwie w pierwszym rzędzie na ochronę wynikającą z prawa do wzoru przemysłowego. W tym zakresie doszło do zmiany w trakcie postępowania wynikającej z unieważnienia przez Urząd Patentowy rejestracji wzorów przemysłowych dotyczącego płyt w kropki. Powód ostatecznie „ograniczył" żądanie stosownie do tej okoliczności. Znalazły uzasadnienie w okolicznościach sprawy, pozostałe powołane w pozwie podstawy prawne: z zakresu nieuczciwej konkurencji art.3 ust.1, art.10 ust.1 i art.13 ust.1 u.z.n.k., art.18 ust.1 u.z.n.k, natomiast w zakresie prawa własności przemysłowej przepisy art.153 ust.1 p.w.p. i art.296 ust.1 p.w.p.
- pozwany początkowo zarzucał brak zdolności odróżniającej znaku towarowego. Ostatecznie zaś twierdził, że to co jest powierzchnią płyty styropianowej pozwanego, nie jest znakiem towarowym nr R-151823 i R-184950; struktura powierzchni płyty pozwanego, uwidaczniająca granulowe wtrącenia oraz połączenia scalonych granul nie jest żadnym sposobem oznaczenia płyty i nie stanowi wykorzystania znaku towarowego powoda. Twierdził również, że płyty produkowane przez stronę powodową różnią się między sobą pod względem gęstości i rozkładu ciemnych plam na powierzchni płyty.
- pozwany dopuszczał się oznaczania swoich płyt w sposób analogiczny ze znakami towarowymi powoda. Nadto żąda oddalenia powództwa w celu wznowienia takiej działalności. Istotnie, oznaczenia na płytach mają częstokroć strukturę mniej lub bardziej bogatą w kompozycję kropek, czy też plam, ale dominujące jest nieodparte wrażenie naśladownictwa przez pozwanego, oznaczeń powoda, używanych w kampaniach promocyjnych i na co najmniej niektórych płytach powoda. Powód godzi się z pojawianiem się u pozwanego wtrąceń pojedynczych, uwarunkowanych technologią czyszczenia, natomiast żąda ochrony znaków nakładanych w wyniku opracowanej przez siebie technologii mieszania ścisłych proporcji białego i szarego granulatu ewentualnie z dodatkiem – w analogicznych proporcjach - ścinek.
- zaaprobowane zostało już przez Sąd Apelacyjny w Krakowie przy pierwszym rozpoznaniu sprawy, rozstrzygnięcie Urzędu Patentowego w szczególności w zakresie zdolności odróżniającej znaków powoda w postaci graficznej. Urząd Patentowy uzasadnił przekonywująco, że dwuwymiarowy znak graficzny taką zdolność posiada. Oznacza to, że uprawnieniu powoda do używania znaku towarowego odpowiada jego obowiązek używania znaku towarowego w rzeczywistości. Jeśli uprawniony używa znaku istotnie różniącego się od postaci zarejestrowanej, to wyklucza to skuteczność zarzutu naruszenia prawa do znaku. Powód co najmniej niektóre fragmenty, co najmniej niektórych płyty oznacza zarejestrowanymi znakiem towarowym, a z całą pewnością znakiem łudząco podobnym,

nadto używa ich w akcjach promocyjnych. Zeznania wskazują na wypracowanie przez powoda własnej technologii produkcji poprzez dozowanie i mieszanie granulatu szarego w określonej proporcji z białym, tak aby uzyskiwać na dużych powierzchniach płyt odwzorowanie znaków chronionych. Skoro przez oznaczanie rozumie się każdą czynność połączenia znaku bezpośrednio lub pośrednio z towarem, to w świetle dowodów powód osiągnął to odwzorowanie na co najmniej niektórych płytach, a z całą pewnością na materiałach promocyjnych tych płyt.

- naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy polega na bezprawnym używaniu w obrocie gospodarczym znaku identycznego lub podobnego w odniesieniu do identycznych lub podobnych towarów, w wariantach stypizowanych w art.296 ust.2 pkt1-3. Bezspornie strona pozwana nie ma zgody powoda na używanie jego znaków. Zachodzi też ryzyko wprowadzenia odbiorców w błąd w szczególności poprzez ryzyko skojarzenia podobnego znaku pozwanego ze znakiem towarowym zarejestrowanym w odniesieniu do płyt styropianowych
- znak towarowy powoda jest renomowany, a pozwany używa znaku co najmniej podobnego w odniesieniu do płyt styropianowych. Działanie to może przynieść pozwanemu nienależną korzyść. Bezspornie tylko powód podejmował działania reklamowe co styropianu „w kropki" i samodzielnie wypromował pozytywny wizerunek takiego produktu. Powód uczynił to dla odróżnienia własnych produktów, od powszechnych, jednolicie białych, czy też szarych płyt styropianu. Powód obszernie wykazał renomę przedmiotowych znaków towarowych, wskazując na skalę akcji promującej znaki, jej koszty i wyniki badań. Zgodnie z art.296 ust.2 pkt3 p.w.p. renomowanym jest znak towarowy znany znacznej części odbiorców towarów i usług oznaczonych tym znakiem, mający dużą siłę przyciągania i wartość reklamową wnikającą z utrwalonego w świadomości odbiorców przekonania o bardzo dobrych cechach towaru nim opatrzonego. Renoma znaku powstaje m.in. w wyniku jego długotrwałego używania, intensywnej promocji. Okoliczność ta została wykazana w odniesieniu do znaków nr R-151823 i R-184950 załączonymi materiałami promocyjnymi i opiniami o odbiorze tych działań powoda. W odniesieniu do znaków renomowanych, przy stosowaniu art.296 ust.2 pkt3 p.w.p. nie ma zastosowania tzw. zasada specjalizacji, gdyż ochrona jest udzielana poza granicami podobieństwa towarów; nie jest uzależniona od ryzyka wprowadzenia odbiorców w błąd, lecz od stwierdzenia, że używanie kolizyjnego oznaczenia wobec znaku renomowanego może prowadzić do nienależnej korzyści lub uszczerbku dla zdolności odróżniającej lub renomy znaku uprawnionego. Charakter renomowany znaku determinuje zastosowanie tylko dla niego właściwych przesłanek podobieństwa, szczególnego rodzaju, gdyż do jego

stwierdzenia wystarczy niebezpieczeństwo, że inny znak może być z nim skojarzony. Podobieństwo prezentowanych na płytach obu stron znaków jest w ocenie sądu nieodparte.

- żądanie jest uzasadnione także w świetle przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w szczególności zachowanie pozwanego odpowiada deliktowi z art. 10 ust.1 u.z.n.k. Porównanie przez przeciętnego konsumenta płyt w ciemne plamy, wyprodukowane przez obie strony, wprost wskazuje na ich łudzące podobieństwo. Charakter drugorzędny ma oznaczenie opakowana na paczkach w odniesieniu do styropianu. Opakowanie służy organizacji transportu płyt i przenoszenia w trakcie realizacji prac, a nie jego odróżnieniu. Płyty izolacyjne, co do zasady, nie są towarem oferowanym do sprzedaży na półkach sklepowych, bo obrót odbywa się w hurtowych ilościach, przez wyspecjalizowanych pośredników. Inwestor podejmując decyzje o zakupie nie ma styczności z opakowaniem, ale z materiałami informacyjnymi o płytach. W tej sytuacji możliwość błędu jest nieunikniona. Strona pozwana używa znaków towarowych powoda dla promocji własnych towarów w celu czerpania korzyści. Na tej podstawie sąd orzekł na podstawie art.18 u.z.n.k. o żądaniu usunięciu skutków niedozwolonych działań i o zniszczeniu wyrobów.
- w zakresie do deliktu wskazywanego w art.13 ust.1 u.z.n.k. to czynem nieuczciwej konkurencji jest w tym wypadku naśladowanie gotowego produktu, które może wprowadzić w błąd klientelę, przy czym naśladowanie oznacza kopiowanie zewnętrznej formy produktu za pomocą technicznych środków reprodukcji. W ocenie sądu naśladownictwo przez pozwanego zewnętrznej postaci płyt powoda jest z widocznymi ciemnymi plamami i krokami jest wyraźne. Trafny jest zarzut powoda, iż pozwany musiał dołożył starań, aby uzyskać aż tak podobny produkt. Fakt wprowadzenia produktu do obrotu z wyraźnym oznaczeniem firmy pozwanego sp. z o.o. - z pewnością zmniejsza niebezpieczeństwo konfuzji jednak istotne znaczenie dla oceny podobieństwa produktów z punktu widzenia art.13 ust.1 u.z.n.k. ma nie sama wielkość, forma i kształt produktu, lecz wymienione cechy w powiązaniu z opakowaniem, sam produkt bowiem nie odrywa się od opakowania, skoro bez niego w ogóle nie może być wprowadzony do obrotu. Obrót płytami styropianowymi – specyficznym, dużo gabarytowym, wyrobem budowlanym- jest prowadzony bez istotnego związku z foliowym opakowaniem.
- powód używa przedmiotowe znaki towarowe, choć także oznaczenia podobnego do niego. Zastosowanie klauzuli generalnej z art.3 u.z.n.k. wymaga rozważenia okoliczności sprawy w kontekście naruszenia prawa, dobrych obyczajów i interesu przedsiębiorcy. Przy tym dobre obyczaje to normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej. O ile pojedyncze plamki na wyrobach stron, w tym pozwanego mogą powstać w wyniku

niedostatecznego wyczyszczenia linii technologicznej ewentualnie w wyniku omyłkowego dobrania surowca w innym kolorze, to nie tłumaczy to masowej produkcji przez pozwanego płyt z charakterystyczną dla wyrobów powoda intensywnością „kropek". Fakt powoływania się przez powoda na pierwszeństwo w produkcji płyt w kropki i jego egzekwowanie w postaci ewentualnego zakazu dla konkurentów podraża koszty produkcji już choćby poprzez konieczność budowania dwóch linii dla produkowania płyt w dwóch kolorach, nawet w przypadku, gdy nie chodzi o specjalny szary styropian (który nie powinien zawierać domieszek) ale np. czarny. W cenie sądu okręgowego uzupełnione postępowanie dowodowe obaliło tezę o konieczności budowy kolejnych linii produkcyjnych dla zachowania jednolitych (lub z minimalnymi wtrąceniami) kolorów płyt. Żądanie przez powoda ochrony swych praw nie ma znaczącego wpływu na podrożenie kosztów produkcji towarów produkowanych przez konkurencję.

- dobrym obyczajem nie tylko nie podszywanie się pod firmę i renomę konkurencyjnego przedsiębiorstwa, lecz także niewykorzystywanie cudzych osiągnięć w wypromowaniu nowego produktu dla zaistnienia w świadomości konsumentów ze swoim rodzajowo tożsamym wyrobem bez ponoszenia w tym celu własnych wysiłków i nakładów finansowych. Dodawanie droższego o 25% surowca szarego od produkcji białych płyt nie prowadzi do niższych cen danego produktu, ale podraża go o ok.1%.
- brak jest podstaw do formułowania obaw o zawłaszczenie przez powoda technologii celowego mieszania surowców, skoro powód godzi się na pojedyncze wtrącenia w pierwszych partiach po przestawieniu produkcji czy też wynikających z działań przypadkowych. Powód sprzeciwia się naśladowaniu jego wyrobów poprzez świadome dodawanie szarego granulatu w celu uzyskania wizualnie analogicznych wyrobów. To powód dba o najwyższą jakość, czemu konkurenci nie zawsze są w stanie sprostać, ze szkodą dla odbiorców.
- w zakresie oddalonego powództwa, sąd miał na względzie, iż powód jedynie „ograniczył żądanie" celowo unikając oświadczenia wymaganego art.355§1 k.p.c. Aby nie pozostawały wątpliwości co do zakresu rozstrzygnięcia sąd oddalił dalej idące żądania, a sformułowane pierwotnie w pozwie, w szczególności żądania wynikające z naruszeniu prawa z rejestracji wzorów przemysłowych.
- zasady był, żądany przez powoda sposób publikacji oświadczenia pozwanego jako adekwatny z perspektywy celu, jaki publikacja ma osiągnąć. Zakres publikacji był adekwatny, skoro ma dotrzeć do zawężonego jednak grona podmiotów – zainteresowanych izolacyjnymi płytami styropianowymi.

- o kosztach sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., mając na względzie zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Na koszty przyznane powodowi złożyła się suma opłat: od pozwu, dwóch uwzględnionych zażaleń, wniosku w zakresie zabezpieczenia, apelacji. Nadto powodowi zwrócono koszt wynagrodzenie pełnomocnika, w wysokości 2 x stawki minimalnej (§10.1 pkt18 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości) po 840zł, w związku z ponownym postępowanie przed I instancją, a spraw jest zawiła, wynagrodzeniem za dwa zażalenia (2x420zł) oraz wynagrodzeniem w postępowaniu apelacyjnym.

Apelację od powyższego wyroku wniosła strona pozwana zaskarżając wyrok w całował podnosząc zarzut naruszenia art.233 §1 k.p.c. wskutek wystąpienia sprzeczności istotnych ustaleń sądu polegających na tym, że wbrew stanowisku prezentowanemu przez Urząd Patentowy RP w decyzjach z dnia 20 marca 2009r. oraz protokole rozprawy z dnia 20 marca 2009r., wbrew stanowisku pozwanego, w kontekście twierdzeń samego powoda w pismach kierowanych do w/w urzędu oraz stanowisku Sądu Apelacyjnego z dnia 21 grudnia 2012r. (sygn. akt I ACa 1257/12) sąd uznał, że płyty styropianowe w kropki strony powodowej, to towary które powód oznacza znakiem towarowym w postaci kropek znajdujących się w płycie styropianowej w kropki w wyniku opracowanej przez powoda technologii mieszkania białego i szarego granulatu i w niewielkim zakresie regranulatu, a co miało istotny wpływ na wynik sprawy. Nadto naruszenie w/w przepisu miało polegać na dowolnej ocenie materiału dowodowego oraz powzięcie przez sąd sprzecznych z zebranym materiałem dowodowym, a w efekcie błędnych ustaleń faktycznych , poprzez uznanie, iż strona pozwana w sposób celowy i zamierzony wytwarza styropian w kropki, w tym m.in. poprzez celowe dodawanie granulatu, aa co miało istotny wpływ na wynik sprawy.

Ponadto skarżący zarzucił naruszenie art.120 ust.1 i 2 oraz art.129 ust.2 pkt1 i 2, art.131 ust.2 pkt6 w zw. z art.153 oraz 296 ust.1 ustawy prawo własności przemysłowej z dnia 30 czerwca 2000r. poprzez niewłaściwe ich zastosowanie do stanu faktycznego uznając, że płyty styropianowe w kroki strony powodowej to towary, które powód oznacza znakiem towarowym w postaci kropek znajdujących się w płycie styropianowej w kropki, w wyniku opracowanej przez powoda technologii mieszkania białego i szarego granulatu oraz regranulatu.

W apelacji zarzucono również naruszenie art.3 ust1, art.10 ust.1, art.13 ust.1 w zw. z art.18 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993r. poprzez niewłaściwe zastosowanie do stanu faktycznego uznając, że pozwany celowo podejmuje działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, oznacza towary, przez co wprowadza w błąd klientów co do pochodzenia, naśladuje (kopiuje) zewnętrzną postać produktu, wprowadzając klientów w błąd co do tożsamości producenta oraz produktu, podczas gdy

materiał dowodowy sprawy wskazuje jednoznacznie, iż technologia produkcji styropianiu (w ogóle, nie tylko u pozwanego) uniemożliwia uniknięcia efektu kropek (wtrąceń) w styropianie, pozwany nie kopiuje produktów powoda, a stosowane przez pozwanego oznaczenie na opakowaniach, wyłączają niebezpieczeństwo konfuzji.

Powołując się na powyższe zarzuty, strona pozwana wniosła o uchylenie wyroku w całości i oddalenie w całości powództwa strony powodowej oraz przyznanie stronie pozwanej kosztów postępowania za obie instancje.

W złożonej odpowiedzi na apelację, strona powodowa wniosła o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Mając powyższe na uwadze sąd apelacyjny zważył, co następuje:
apelacja nie jest zasadna i nie zasługuje na uwzględnienie

Na wstępie należy stwierdzić, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji (art.378§1 k.p.c.) na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym (art.382 k.p.c. z tym zastrzeżeniem, że przed sądem pierwszej instancji powinny być przedstawione wyczerpująco kwestie sporne, zgłoszone fakty i dowody, a prezentacja materiału dowodowego przed sądem drugiej instancji ma miejsce wyjątkowo). Stosując zasady apelacji pełnej należy stwierdzić, że obowiązkiem sądu drugiej instancji nie jest rozpoznanie samej apelacji lecz ponowne merytoryczne rozpoznanie sprawy w granicach zaskarżenia. Zgodnie z uchwałą składu 7 sędziów (IIICZP49/07, OSNC 2008,nr6, poz.55), której nadano moc zasady prawnej, sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego.

Odnosząc się do zarzutów apelacji dotyczących naruszenia prawa procesowego tj. sprzeczności ustaleń sądu z zebranym w sprawie materiałem dowodowym, to należy stwierdzić, że brak jest podstaw do przyjęcia zasadności takiego zarzutu w świetle art.233 §1 k.p.c. Ramy swobodnej oceny dowodów 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 ważąc ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 1999r. II UKN 685/98, OSNAPiUS 2000, nr17, poz.665). Podnosząc w apelacji zarzut naruszenia w/w

przepisu, strona musiałaby wykazać, jakich dowodów sąd nie ocenił lub ocenił wadliwie, jakie fakty pominął i jaki wpływ pominięcie faktów czy dowodów miało na treść orzeczenia. Jednakże tylko rażąco błędna lub oczywiście sprzeczna z treścią materiału dowodowego, nieodpowiadająca zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, może czynić usprawiedliwionym zarzut naruszenia art.233 §1 k.p.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05 września 2002r. II CKN 916/00). Gdy sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym z całości materiału dowodowego, z którego można wysnuć także wnioski odmienne, nie można mu przypisać zarzutu naruszenia art.233 §1 k.p.c. Takie działanie mieści się bowiem w przyznanych sądowi kompetencjach do swobodnego uznania, którą z możliwych wersji uznaje za prawdziwą (tak: Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia: 27 września 2002r. II CKN 817/00 oraz z 09 stycznia 2004r. IV CK 339/02). Skuteczne zgłoszenie zarzutu naruszenia w/w przepisu nie może ograniczać się do wskazywania, że możliwe były inne wnioski odnośnie faktów.

Mając na uwadze zarzuty strony podniesione w apelacji należy stwierdzić, że zaskarżone orzeczenie jest prawidłowe, nie narusza powołanych w apelacji przepisów prawa procesowego i brak jest podstaw do zmiany zaskarżonego wyroku bądź jego uchylenia i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji. Sąd ten w prawidłowy sposób przeprowadził postępowanie dowodowe w sprawie, a jego wynik oraz motywy jakimi kierował się wydając orzeczenie kończące postępowanie w tej sprawie prawidłowo uzasadnił w rozumieniu art.328 §2 k.p.c. Odniósł się bowiem do wszystkich dowodów przeprowadzonych oraz mających znaczenie w tej sprawie i brak zgody pozwanego na dokonaną ocenę nie uzasadnia stawiania zarzutu wystąpienia istotnych sprzeczności ustaleń sądu oraz dowolnej oceny materiału dowodowego. W tej sprawie nie zachodzą również braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej, które byłyby tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostawałaby nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi, sygn. akt I ACa 1075/12, LEX nr 1267341).

W związku z tym należy podkreślić, że sąd drugiej instancji poczynione ustalenia uznaje za prawidłowe i przyjmuje jako własne, co zwalania go od konieczności ponownego przytacza-nia przywołanej przez sąd okręgowy prawidłowej argumentacji, która stała się podstawą wydanego wyroku (por. wyrok SN z 20 stycznia 2000r. I CKN 356/98, z 19 maja 1998r. II CKN 770/97). Oczywiście kwestia oceny prawidłowości zastosowania w przepisów prawa materialnego jest uzależniona od dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w sprawie, lecz ocenie sądu nie można postawić zarzutu dowolności w poczynionych ustaleniach lub innego rodzaju przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów zawartej w art.233 §1 k.p.c. Sąd

drugiej instancji uzupełniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie dopuścił dodatkowo dowód z wyciągu z raportu pt. Konsumencki lider jakości 2014r. na okoliczność znajomości przez odbiorców styropianów spornych znaków towarowych powoda R 151823 i R 184950 w którym (k.3216) wskazano, że na pytanie „co sprawiło, że marka Termoorganika została uznana za Lidera Jakości?" w odpowiedziach i skojarzeniach respondentów wskazano „ciekawy kropkowany wzór". Powyższe koresponduje z ustaleniami sądu pierwszej instancji w zakresie rozważań dt renomy przedmiotowych znaków towarowych. Sąd apelacyjny oddalił natomiast pozostałe wnioski dowodowe przedłożone w pismach procesowych strony powodowej z dnia 04 czerwca oraz 04 lipca 2014r. i strony pozwanej z dnia 11 lipca 2014r. W przypadku wniosków z dwóch pierwszych pism, strona powodowa wskazywała na działania podjęte celem utrwalenia wśród odbiorców styropianów „asocjacji" pomiędzy koncepcją kropek a powodem, promowania styropianu w kropki poprzez wspieranie akcji artystycznych – co nie pozostawało zdaniem sądu w bezpośrednim związku z niniejszym postępowaniem. Za niezasadne należało uznać dopuszczenie na wniosek strony pozwanej dowodów ze zdjęć styropianów w kropki na okoliczność masowego występowania na terenie budów jak i składach i marketach budowlanych styropianu w kropki różnych producentów oraz zróżnicowania co do ilości i braku powtarzalności kropek w styropianach różnych producentów (k.3235) gdyż okoliczność produkcji styropianu w kropki przez różnych wytwórców nie była kwestionowana przez stronę powodową, a wręcz przyznana z deklaracją że również przeciwko innym producentom wystąpi z żądaniem ochrony swoich znaków towarowych. Kwestia czy kropki stanowią nieprzewidywalny efekt naprzemiennej produkcji na jednej linii produkcyjnej styropianów białych, ciemnych i innych jest kwestią podlegającą rozstrzygnięciu bez przedłożonych obecnie zdjęć.

W zakresie zgłoszonych w apelacji zarzutów naruszenia przepisów postępowania, co miało mieć wpływ na wynik postępowania to należy wskazać, że pozwana spółka powołał się praktycznie na dwa mające występować uchybienia tj. że płyty styropianowe w kropki strony powodowej to towary, które powód oznacza znakiem towarowym w postaci kropek znajdujących się w płycie styropianowej w kropki w wyniku opracowanej przez powoda technologii mieszania białego i szarego granulatu i w niewielkim zakresie ścinek poprodukcyjnych oraz iż strona pozwana w sposób celowy i zamierzony wytwarza styropian w kropki w tym m.in. poprzez celowe dodawanie granulatu. Pierwsze z powyższych zagadnień związane jest z zarzutem naruszenia prawa materialnego tj. wskazanych w ustawie przepisów ustawy prawo własności przemysłowej , co powoduje, że przy identyczności tezy zarzutów co do obydwu w/w naruszeń zagadnienia te zostaną omówione jednocześnie. Natomiast druga z podanych powyżej okoliczności, że pozwana spółka w sposób celowy i zamierzony wytwarza

styropian w kropki w tym m.in. poprzez celowe dodawanie granulatu praktycznie nie ma znaczenia w tej sprawie. Z punktu widzenia ochrony praw jakiej domaga się powodowa spółka, nie jest przedmiotem rozpoznania zastosowana technologia i ewentualna odpowiedzialność pozwanego za naśladowanie działań w ramach tzw. sposobu produkcji styropianu w kropki, który efekt kropek może być przecież uzyskany w inny sposób niż stosowany przez powodową spółkę. W sprawie tej przedmiotem rozpoznania jest czy strona pozwana *de facto* posługuje się znakiem towarowym przynależnym powodowej spółce bez jej zgody oraz konsekwencjami w tego wynikającymi z obydwu powołanych powyżej przepisów ustaw. Zatem ustalenia sądu pierwszej instancji, generalnie sąd apelacyjny przyjmuje jako własne i uznaje za prawidłowe, znajdujące potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym w sprawie.

Przechodząc do rozpoznania sprawy w granicach zgłoszonych zarzutów naruszenia prawa materialnego we wniesionej apelacji należy wskazać, że zgodnie z art.386 §6 k.p.c. ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiązały sąd okręgowy jak i obecnie sad drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Ocena prawna o jakiej mowa w/w przepisie dotyczy zasadniczo stosowania i wykładni prawa materialnego oraz odniesienia się do zarzutów dotyczących prawa procesowego co doktórach czynności sądu pierwszej instancji zostały już zakończone jaka również pewnych wątpliwości, które powinny być wyjaśnione w dalszym toku postępowania. W tej sprawie sąd drugiej instancji wytyczył w poprzednim swoim wyroku pewne kierunki postępowania (obowiązek przeprowadzenia dowodów, rozważenia pewnych aspektów sprawy) nie ograniczając sądu pierwszej instancji w ocenie dowodów po przeprowadzeniu postępowania dowodowego zgodnie z ogólnymi kierunkami wskazanymi w uzasadnieniu wyroku uchylającego orzeczenie sądu pierwszej instancji i przekazującego sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Jednakże ocena prawna dokonana w tej sprawie pozostaje wiążąca i nie może być podważana nawet przy istnieniu poważnych wątpliwości co do ich prawidłowości przez obydwa sądy tj. pierwszej i obecnie drugiej instancji. Wątpliwości te podnoszone były przez pozwaną spółkę w zakresie prawidłowości uznania, że powód posługuje się graficznym znakiem towarowym w sytuacji gdy kropki na towarach produkowanych przez powodową spółkę stanowią wynik procesu produkcji styropianu a kropki na poszczególnych płytach nie są znakiem towarowym pomijając już kwestie, że w ogóle nie powinny być zarejestrowanym znakiem towarowym.

Odnosząc się do wskazań sądu apelacyjnego zawartego w wyroku z dnia 21 grudnia 2012r. to sama decyzja administracyjna jaką jest udzielenie świadectwa ochronnego nie może być weryfikowana. Zarejestrowanie znaku towarowego kreuje domniemanie, że posiada on zdolność odróżniającą lec zmoże zostać obalone w postępowaniu w sprawie dotyczącej

naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy i strona na użytek tego postępowania może dowodzić braku takiej zdolności. W tej sprawie przedmiotowe znaki towarowe jako takie posiadają zdolność odróżniającą. Jednakże jeżeli uprawniony używa znaku istotnie różniącego się od postaci zarejestrowanej, to wyklucza to skuteczność zarzutu naruszenia prawa do znaku. Zadaniem sądu okręgowego miało być zajęcie stanowiska w kwestii tego, czy tak przedstawiony i opisany znak jest używany w istocie przez uprawnionego. Tylko używanie znaku zgodnego zasadniczo z jego przedstawieniem graficznym będzie uprawniało do udzielenia ochrony. Nadto sąd powinien był zbadać czy miało miejsce używanie znaku identycznego do znaku zarejestrowanego w odniesieniu do identycznych towarów, a co do znaku renomowanego sąd miał dokonać oceny przedłożonych dowodów. W sytuacji gdy by powodowi nie przysługiwałaby ochrona z rejestracji znaku towarowego to przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mogłyby stanowić samodzielną podstawę dochodzenia roszczeń. W sytuacji przyjęcia, że powodowa spółka nie używa swego znaku towarowego lecz w istocie oznaczenia podobnego do niego, niewątpliwie i tak mamy do czynienia z kolizją uprawnień gdyż sam towar pozwanego oznaczony jest w sposób podobny do towaru powoda (pomijając kwestię opakowań), wówczas pomocnym może być ustalenie, która ze stron wcześniej korzystała w sposób ciągły z określonego oznaczenia.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z art.3 k.p.c. strony postępowania obowiązane są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawić dowody. Norma ta kierowana jest do strony postępowania jako wskazanie, że ciężar dawania wyjaśnień co do okoliczności sprawy i powoływania dowodów, co do zasady spoczywa na stronach w ich własnym interesie. Obowiązek ten konkretyzuje się w art.232 k.p.c. w zw. z art.6 k.c. Zasadniczo strona powodowa powinna dowieść wystąpienia faktów tworzących jej prawo podmiotowe będące źródłem roszczeń oraz faktów uzasadniających jego odpowiedź na zarzuty pozwanego. Również co do zasady to strony a nie sąd powinny przedstawić materiał dowodowy pozwalający poczynić ustalenia faktyczne, z których wywodzą skutki prawne. Sąd nie jest odpowiedzialny za wynik procesu (por. wyrok Sądu Najwyższego z 07 października 1998r. II UKN 244/98, OSNAi PUS 1999, nr20, poz.662) jak również nie jest jego rzeczą dochodzenie w celu uzupełnienia lub wyjaśnienia twierdzeń stron i wykrycia środków dowodowych pozwalających na ich udowodnienie, ani też sąd nie jest zobowiązany do przeprowadzenie z urzędu dowodów zamierzających do wyjaśnienia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy (por. wyrok Sądu Najwyższego z 17 grudnia 1996r. I CKU 45/96, OSNC 1997, nr6-7, poz.76). Dopuszczenie dowodu z urzędu mogłoby nastąpić wtedy, gdy przemawiają za tym szczególne względy.

W okolicznościach tej sprawy niewątpliwie powodowa spółka posiada zarejestrowane znaki towarowe (k.339 -343). Z przedłożonych do akt sprawy świadectw ochronnych wydanych przez Urząd Patentowy RP wynika, że prawem chroniony jest element graficzny wskazany w powyższych świadectwach ochronnych Powyższy urząd w decyzjach z dnia 20 marca 2009r. (znak: Sp.92/08 oraz Sp.524/07 9k.1291 i 1298) wydanych w sprawach prowadzonych z udziałem obydwu stron tegoż postępowania o unieważnienie w części /w praw ochronnych uznał, że zarzuty pozwanej spółki w zakresie braku zdolności do bycia znakiem towarowym oraz braku zdolności odróżniającej spornego oznaczenia nie zasługiwały na uwzględnienie. Urząd oceniał oznaczenie w postaci w jakiej zostało zgłoszone i uzyskało ochronę. W opisie znaku strona wskazała, że oznaczenie przedstawia „białą płaszczyznę, pokryta plamami i figurami w kolorze szarym/czarnym. Plamy i figury rozmieszczone są na całej powierzchni płaszczyzny równomiernie, przy czym ich kształty są nieregularne, a wielkość różna". Oznaczenie jest znakiem dwuwymiarowym przedstawionym w sposób graficzny i sporny znak graficzny nie stanowi wyobrażenia powierzchni płyty styropianowej. Forma przedstawieniowa spornego oznaczenia nie przypomina bowiem płyty styropianowej, a dopiero akcja informacyjna doprowadziła do wytworzenia skojarzenia ze styropianem zawierającym w swojej strukturze wtrącenia grafitu. Oznaczenie w postaci plam i figur umieszczonych na powierzchni nie stanowi określenia właściwości towaru określonego wyłącznie jego naturą lub wynika z uwarunkowań technicznych. Wytwór procesu technologicznego stanowi bowiem płyta styropianowa a nie oznaczenie dwuwymiarowe składające się z rozłożonych nierównomiernie plamek o różnej wielkości i kształcie kwadratu, czyli postać w jakiej została udzielona ochrona na sporne oznaczenie.

Jeśli zatem stronie powodowej przysługuje znak towarowy to może się ona domagać jego ochrony w trybie przewidzianym prawem, w tym przepisami ustawy Prawo własności przemysłowej (j.t. Dz.U. 2003, nr119, poz.1117 z późn. zm.). Artykuł 296 ust.2 tej ustawy normuje dwa rodzaje naruszeń. W pierwszym przypadku dochodzi do naruszenia w postaci bezprawnego używania w obrocie gospodarczym znaku identycznego do zarejestrowanego znaku towarowego w odniesieniu do identycznych towarów identycznych lub podobnych, jeżeli takie używanie spowodować może wśród części odbiorców błąd polegający w szczególności na skojarzeniu miedzy znakami. Drugi rodzaj naruszenia przewidziany w tym przepisie polega na bezprawnym używaniu znaku identycznego lub podobnego do zarejestrowanego renomowanego znaku towarowego w odniesieniu do jakichkolwiek towarów, jeżeli takie używanie może przynieść używającemu nienależyta korzyść lub być szkodliwe dla odróżniającego charakteru bądź renomy znaku. Przyjmuje się w literaturze/doktrynie, że w pierwszym z opisanych przypadków można mówić o naruszeniu funkcji oznaczenia

pochodzenia, a tym samym o ochronie znaku towarowego przed ryzykiem pomyłki, w drugim o naruszeniu funkcji gwarancyjnej i reklamowej znaku, a tym samym o ochronie przed ryzykiem pasożytnictwa (por. U. Promińska, w: Prawo własności przemysłowej, E. Nowińska, U. Promińska, Michał du Vall, LexisNexis, Warszawa 2011, wyd.5, s.352).

Strona pozwana podnosiła, że powodowa spółka nie odwzorowuje identycznego znaku jak zarejestrowany znak towarowy, na swoich produktach, co ma wynikać z faktu, iż w procesie produkcji styropianu przy użyciu granulatu lub regranulatu (bądź jednocześnie obojga z nich) nie ma technicznej możliwości odwzorowania takiego samego układu „kropek". Tymczasem z godnie z art.296 ust.2 ustawy, naruszenie oznaczenia pochodzenia może przyjąć postać reprodukcji bądź imitacji. Reprodukcją jest wierne odtworzenie oryginalnego znaku towarowego. O naruszeniu tegoż znaku decyduje w tym przypadku jedynie bezprawność używania znaku wyrażająca się w tym, że osoba trzecia- w tym przypadku pozwana spółka- nie może przedstawić żadnego skutecznego wobec uprawnionego tytułu do używania znaku, a pomimo to używa cudzego znaku towarowego w sposób i w zakresie, który charakteryzuje używanie znaku przez samego uprawnionego. Natomiast imitacja to naśladownictwo zabronione ze względu na ryzyko pomyłki. Może ono powstać wówczas gdy osoba trzecia używa wiernie odtworzonego znaku oryginalnego dla oznaczenia towarów jedynie podobnych do zarejestrowanych, jaka również wtedy gdy zmodyfikowana postać oryginalnego znaku graficznego będzie służyła oznaczeniu towarów takich samych jak zarejestrowane bądź oznaczaniu towarów podobnych. W okolicznościach tej sprawy można przyjąć, że pozwana spółka nie dokonała naruszenia prawa do znaku towarowego przysługującego stronie powodowej w postaci reprodukcji gdyż można podzielić jej stanowisko co do tego, że praktycznie nie jest możliwym wierne odtworzenie znaku towarowego stosowanego przez powodową spółkę z uwagi na to, że „kropki" nie są nanoszone jako znak graficzny np. metodą nadruku lub podobną metodą na powierzchni styropianu. Kropki te bowiem są wynikiem mieszania granulatu i regranulatu oraz ewentualnie ścinek szarego styropianu uzyskiwanego jako pełnowartościowy odpad w procesie jego produkcji. Można jej jednak skutecznie postawić zarzut dokonania imitacji, które narażało kupujących na ryzyko pomyłki. Porównanie płyt styropianowych produkowanych przez obydwie spółki daje podstawy do stwierdzenie, że mamy w tym przypadku do czynienia z zamierzonym naśladownictwem. Oceny tej nie zmienia fakt, że jak podaje strona pozwana jej produkcja styropianu w kropki wynosi od 0,29% do 0,53% całości produkcji, za to w trakcie postępowania przed sądem pierwszej instancji padały deklaracje, że w przypadku korzystnego dla pozwanej spółki rozstrzygnięcia sądu będzie ona taki towar produkować. Jest to o tyle znamienne, że po wydaniu postanowienia w przedmiocie zabezpieczenia w tej sprawie, pozwana spółka obecnie nie produkuje styropianu w kropki

graficznie, wizualnie zbliżonego do tego produkowanego przez powodową spółkę. Oznacza to, że jeśli jest tak jak twierdzi pozwana, że kropki w produkcie pojawiają się wyłącznie na skutek zmiany asortymentu na linii produkcyjnej (naprzemiennie produkcja białego i szarego steropianu) oraz w związku z tym, że strona powodowa nie obejmuje swoim żądaniem ochrony jej praw zaniechania umieszczania szarych/czarnych/grafitowych elementów w produktach w ilości wynikających wyłącznie z w/w zmiany na linii produkcji.

W tym kontekście konicznym zatem było ustalenie czy zachowanie pozwanej spółki było bezprawne ale również czy istniało ryzyko pomyłki co do pochodzenia towaru. Przyjmuje się (ibidem. s.354), że zakaz wkraczania przez osobę trzecią w sferę wyłączności objętej prawem podmiotowym do znaku towarowego stanowi ten element porządku prawnego, którego złamanie czyni działanie osoby trzeciej bezprawnym. Narusza bowiem prawo wyłączne uprawnionego do znaku, ujęte jako prawo zakazu wkraczania w sferę przyznanego monopolu, skierowane do każdego uczestnika rynku. Bezprawność używania znaku towarowego wyznaczają dwa elementy tj. brak skutecznego wobec uprawnionego tytułu i używanie przez osobę trzecią w taki sposób i w takim zakresie, który charakteryzuje używanie znaku przez samego uprawnionego. Wyłączenie bezprawności będzie miało miejsce wówczas gdy osoba trzecia wykonuje swoje prawo podmiotowe lub gdy jej działanie mieści się w granicach dozwolonych przez prawo, tzn. gdy używanie następuje poza zakresem skuteczności prawa z rejestracji. Istotne jest to, aby było używaniem w funkcji znaku, w obrocie gospodarczym i miało charakter rzeczywisty. Dodać należy, że bezprawności używania cudzego znaku towarowego nie domniemywa się, a ciężar dowodu spoczywa na uprawnionym z rejestracji. Naruszenie prawa ochronnego nie jest uzależnione od winy naruszającego, nie ma znaczenia zamiar naruszenia. Na stronie powodowej spoczywał jedynie obowiązek wykazania, że naruszający nie ma względem uprawnionego własnego tytułu do używania znaku lub że nie działa w granicach prawem dozwolonych. W okolicznościach tej sprawy niewątpliwie upodobnienie produktu pozwanej spółki do styropianu powodowej spółki nie jest realizowaniem jej własnego prawa. Natomiast nie można mówić o tym, że produkcja styropianu w kropki mieści się w granicach dozwolonej przez prawo. Używanie bowiem motywu kropek nie następuje poza zakresem prawa z rejestracji. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na to, że w okresie w którym styropian w kropki miał niską ocenę na rynku, to powodowa spółka zdecydowała się wypromować taki styropian (ponosząc koszty reklamy i marketingu) oraz w przeciwieństwie do pozwanej spółki swoją strategię produkcji oprzeć na produkcji takiego styropianu co doprowadziło do tego, że aż 90% produkcji styropianu stanowi ten w kropki. Mając na uwadze prowadzoną akcję promocyjną przez powodową spółkę istniało ryzyko pomyłki oznaczające możliwość spowodowania wśród części odbiorców błędu

polegającego w szczególności na skojarzeniu między znakami. Ocena dokonywana jest z perspektywy „modelowego" kupującego z tym, że w przypadku naruszenia znaków o uznanej pozycji rynkowej ryzyko pomyłki zwiększa się przez możliwość skojarzenia znaku imitującego ze znakiem imitowanym. Kupujący dokonuje bowiem wyboru towaru oznakowanego znakiem, który nasuwa mu skojarzenie za znakiem znanym wcześniej i rodzącym pozytywne skojarzenia w zaufaniu do tego właśnie znaku. Tym samym koniecznym jest powiązanie kryterium siły odróżniającej znaku i jego pozycji rynkowej z oceną podobieństwa towarów oraz prawdopodobieństwa pomyłki (por. orzeczenie ETS z dnia 29 września 1998r. w sprawie znaku Cannon v. Canon, GRUR Int.1998, s.875). Nadto w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (por. sprawa Lloyd v. Loint`s z 22 czerwca 1999r., GRUR Int.1999, s.734). Natomiast ryzyko wprowadzenia w błąd może mieć miejsce w różnych sytuacjach. Może bowiem dojść do sytuacji w której z uwagi na podobieństwo pomiędzy znakami i towarami kupujący nie dostrzega różnic i wybierze towar oznaczony znakiem fałszywym w przekonaniu, że nabywa oryginalny. W innym przypadku, gdy kupujący dostrzega różnice między oznaczonymi towarami ale zakłada, że pozostają one pod kontrolą uprawnionego, co oznacza pomyłkę co do prawnych i organizacyjnych powiązań między podmiotami nakładającymi znaki i wprowadzającymi je do obrotu. Nadto ryzyko pomyłki powstaje również gdy ze względu na stopień znajomości znaku oryginalnego na rynku stopień podobieństwa znaku imitującego nasuwa skojarzenie ze znanym znakiem oryginalnym, co przesądza o wyborze towaru oznakowanego znakiem fałszywym. Powyższe oznacza, że na podstawie ustawy prawo własności przemysłowej, jeśli można stwierdzić, że kupujący ma prawo przypuszczać, iż towary pochodzą z tego samego przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstw powiązanych ekonomicznie (zwłaszcza gdy to tylko powodowa spółka reklamowała ten produkt), istnienie ryzyka pomyłki nie budzi wątpliwości, choćby przypuszczenie kupującego było skutkiem skojarzenia znaku imitującego z cieszącym się renomą lub szczególnie odróżniającym znakiem oryginalnym.

Sąd apelacyjny podziela pogląd zgodnie z którym, im większe podobieństwo miedzy towarami, tym surowsze powinny być wymagania co do cech odróżniających używane znaki. W tym zakresie, jak już było wskazane, sąd miał prawo dokonać takiej oceny w zakresie posiadania cech odróżniających obydwa produkty. Jednorodzajowość towarów wzmaga ryzyko pomyłki podobnych znaków. W wypadku gdy dla towarów takiego samego rodzaju używane są podobne oznaczenia, ryzyko przypisania im wspólnego pochodzenia jest znaczne. Nie eliminuje go nawet zmieszczenie na towarach dodatkowych wskazówek np. nazwy przedsiębiorstwa (w zakresie opakowania). W tym kontekście kluczowe znaczenie ma kwestii podobieństwa znaków i towarów. Można dokonywać porównania znaku chronionego w postaci

zarejestrowanej i oznaczenia używanego przez nieuprawnionego oraz dokonać oceny ogólnego wrażenia, jakie wywołują znaki, a więc oceny syntetycznej. W procesie dokonywania oceny podobieństw można zastosować regułę zgodnie z którą o podobieństwie decydują elementy zbieżne, a nie różnice oraz fakt, że im silniejsza zdolność odróżniająca znaku, tym większa zdatność do skojarzenia. Oczywiście należy również uwzględnić renomę znaku gdyż znak cieszący się renoma przyciąga uwagę kupujących, a więc sprzyja szybkiemu kojarzeniu z nim oznaczeń podobnych.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze znakiem towarowym graficznym, a taki znak o charakterze obrazowym jest oceniany na płaszczyźnie wizualnej, a podobieństwo dotyczy najczęściej elementu lub szczegółów. Znaki obrazowe pełnią funkcję odróżniającą przede wszystkim przez określoną kompozycję. Jej zmiana co do detali jest zauważalna jedynie tylko przez uważnego obserwatora ale umyka uwadze modelowego kupującego, który nie ma jednocześnie dwóch znaków przed sobą. Wrażenie podobieństwa obu znaków może dla niego wynikać z układu elementów, kolorystyki i jest to wystarczające do przyjęcia, że znaki są podobne w stopniu grożącym ryzykiem pomyłki, a kupujący ignoruje różnice co do detali. Gdy różnice są dominujące, ryzyko pomyłki jest mało prawdopodobne. Gdy dominują cechy wspólne, to choć różnice istnieją, kupujący może być wprowadzony w błąd, a zatem można mówić o podobieństwie, które będzie podstawą do udzielenia ochrony prawnej na podstawie art.296 ustawy. Przewaga różnic może być ilościowo znaczna, a mimo to ryzyko pomyłki nie będzie wykluczone, jeśli różnice- choć liczne- są mało istotne z punktu widzenia odbioru znaku przez kupującego. Może się zdarzyć, że żaden element porównywanych znaków nie jest skopiowany, a wrażenie podobieństwa znaków jako całości pozostaje. Nie można również pominąć, że posiadana przez powodową spółkę renoma znaku wzmaga ryzyko pomyłki. Renoma ta wiąże się najczęściej z ustalona wśród klienteli opinia o cechach towaru oznakowanego . Czyni to z renomy utrwalony w świadomości kupujących wyobrażenie o walorach towaru, oczekiwanych i niezawodnie spełnianych cechach. Renoma ta zawiera informacje co do jakości towaru oraz np. do reputacji uprawnionego do znaku lub do jego działalności wyrażającej się przykładowo w szczególności w/w dbałości o klienta. Renoma jest wypracowana przez uprawnionego do znaku przez dbałość o poziom towarów i usług, zapobiegliwość o utrwalenie znaku na rynku np. przez reklamę. Te elementy decydują o tym, że znak renomowany to taki, który nabywa i w pełni realizuje funkcje przyciągania klientów przez konsekwentne przekazywanie pewnych informacji, odwołanie do określonych wyobrażeń. Z tych tez przyczyn za niezasadne należało uznać zarzut naruszenia art.296 ust.1 ustawy prawo własności przemysłowej. W świetle art.153 ustawy przez uzyskanie prawa ochronnego nabywa się prawo wyłącznego użytkowania znaku towarowego w sposób

zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczpospolitej Polskiej. Na marginesie należy uznać, że zarzuty strony pozwanej, że za granicą produkowano już tego typu styropian nie wpływa na rozstrzygnięcie w tej sprawie gdyż ewentualna ochrona znaków towarowych innych podmiotów zagranicznych nie jest przedmiotem tego postępowania. Z powyższych powodów nie można również skutecznie podnosić, że sąd pierwszej instancji błędnie uznał, że powód oznacza znakiem towarowym swój produkowany styropian. Działania podjęte przez powoda w celu celowego mieszania białego i szarego granulatu zostały potwierdzone w materiale dowodowym zgromadzonym w sprawie, a szczegółowo omówionym w uzasadnieniu wyroku sądu pierwszej instancji. Argumentację w tym zakresie sądu orzekającego w sprawie, sąd odwoławczy w tym miejscu przywołuje i powołując się na te ustalenia stwierdza, że ocena materiału dowodowego i wyciągnięte z niego wnioski nie naruszają przepisu art.233 §1 k.p.c. w zw. z art.120 ust.1 i 2 ustawy prawo własności przemysłowej. Nadto wbrew twierdzeniom strony pozwanej produkowany przez powodową spółkę styropian posiada dostateczne znamiona w rozumieniu art.129 ustawy. Trzeba bowiem pamiętać, że jednym z głównych celów wprowadzenia tak oznakowanego styropianu na rynek było odróżnienie produkowanego przez pozwaną spółkę towaru od towaru tego samego rodzaju dostarczanego przez konkurencję. Pomijając kwestie adresowania tego przepisu do organu udzielającego lub odmawiającego praw ochronnych (Urząd Patentowy) to uważna lektura przepisu art.129 ust.2 pkt1 i 2 ustawy w zw. z art.130 nie daje podstaw aby w tej sprawie odmówić (uwaga odnosi się wyłącznie do prowadzonego procesu cywilnego) dostatecznych znamion odróżniających oznaczenie z uwagi na to, że nie nadaje się do odróżnienia w obrocie towaru dla którego został zgłoszony ani też nie składa się wyłącznie z elementów mogących służyć w obrocie do wskazania w szczególności rodzaju towaru, jego pochodzenia, jakości, ilości, wartości, przeznaczenia, sposobu wytwarzania, składu, funkcji lub przydatności. Znak towarowy opisany w powołanym przepisie to znak, który komunikuje wyłącznie i jedynie informacje o cechach towarów nim sygnowanych, przez co pozbawiony jest dostatecznych znamion odróżniających, nie pozwala bowiem odróżnić towarów jednego przedsiębiorcy od takich samych towarów pochodzących od innego przedsiębiorcy. Tymczasem w tej sprawie, styropian w kropki odróżniał się od styropianów wyprodukowanych przez innych producentów tego rodzaju towarów. Fakt, że również inne podmioty rozpoczęły produkcję styropianu w kropki nie jest wystarczającą podstawą do uznania, że pozwana spółka miała prawo do wypuszczenia na rynek produktu imitującego produkt powodowej spółki. Rzeczą sądu powszechnego nie jest – z uwagi na wydane w drodze postępowania administracyjnego świadectwo ochronne- rozstrzyganie czy kropki używane przez pozwanego są znakiem towarowym. Niewątpliwie bowiem przyznana powodowi ochrona znaku towarowego przedstawionego w sposób

graficzny nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa (art.120ust.1 i 2 ustawy). Powodowa spółka zachowała wymóg graficznej przedstawialności oznaczenia co oznacza, że jest ono precyzyjne, kompletne, obiektywne trwałe, samodzielne zrozumiałe, łatwo dostępne i jasne. „Styropian w kropki" jest znakiem graficznym, jest rozpoznawalny na podstawie jego opisu, natychmiast przez każdego odbiorcę. Zatem jest ono w stanie wytworzyć i utrwalić u odbiorcy skojarzenia co do pochodzenia towaru od tego samego przedsiębiorcy. Zdaniem sądu drugiej instancji nie można również zapominać o funkcji jakie pełni znak towarowy tj. oznaczenia pochodzenia, reklamową, jakościową. Określenie pochodzenia towarów polega na tym, że znak towarowy przez wskazanie ich źródła tj. konkretnego przedsiębiorstwa odróżnia oznaczone towary od innych występujących na rynku to-warów podobnych lub konkurujących pochodzących od innego przedsiębiorstwa. W tym też znaczeniu znak towarowy stanowi ochronę konsumentów przed wprowadzeniem w błąd co do pochodzenia towarów opatrzonych oznaczeniem. W zakresie funkcji reklamowej to należy wskazać powoływane w postępowaniu sądowym przed sądem okręgowym jak i odwoławczym czynności podejmowane przez powodową spółkę celem wypromowania produktu oznaczonego przedmiotowym znakiem graficznym, co miało stanowić zachętę do nabywania towarów opatrzonych znakiem, co związane jest z szerzej omówioną już renomą znaku, W tych okolicznościach można przyjąć, że znak ten pełni również funkcję inwestycyjną rozumianą jako całość nakładów finansowych wyłącznie uprawnionego przedsiębiorstwa poniesionych na komercyjną promocję znaku towarowego w świadomości odbiorców w celu uzyskania lub utrzymania reputacji mogącej przyciągnąć lub przywiązać do niego konsumentów.

Odnosząc się do zgłoszonego w apelacji zarzutu naruszenia art.131 ust2 pkt6 ustawy to zwraca uwagę fakt, że przepis ten wyłącza udzielenie praw ochronnych na znaki, które stanowią formę bądź inna właściwość towaru lub opakowania, która jest uwarunkowana wyłącznie naturą, jest niezbędna do uzyskania efektu technicznego lub zwiększa znacznie wartość towaru. W te sprawie nie mamy jednak do czynienia z narzuconą formą przez naturę, co prowadziłoby do niezdatności do pełnienia funkcji znaku towarowego. Dodanie w większej ilości do produktu finalnego regranulatu szarego oraz ścinek po produkcji takiego styropianu w trakcie produkcji styropianu w kolorze białym jest celowym działaniem powodowej spółki w celu uzyskania konkretnego efektu. Nadto forma tych znaków jest samodzielna względem towaru, który ma identyfikować. Nie jest to również forma konieczna ze względów technicznych lub uwarunkowanych wyłącznie względami technicznymi ani forma konieczną i niezbędną i praktyczną w rozumieniu ustawy. W tym znaczeniu bowiem oznaczenie stosowane przez

producenta jest czymś odrębnym od towaru, co oznacza, że bez tegoż oznaczenia (kropki) towar może istnieć (np. jako styropian biały).

W zakresie w jakim strona pozwana podnosiła zarzut naruszenia przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji to należy uznać, że sąd pierwszej instancji prawidłowo uznał, że pozwany celowo podejmował działania sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oznaczając towary w sposób wprowadzający klientów w błąd co do tożsamości producenta i produktu. Wbrew twierdzeniem apelacji technologia produkcji styropianu nie uniemożliwia uniknięcia efektu kropek w zakresie w jakim ochrony domaga się osoba uprawniona ze znaku towarowego, a stosowane przez pozwanego oznaczenia na opakowaniach nie wyłączają niebezpieczeństwa konfuzji.

Odnosząc to do wskazanych w apelacji przepisów ustawy to pozwana spółka nie może skutecznie powoływać się na naruszenie art.3 ust.1 ustawy. Zgodnie bowiem z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie m.in. sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy. Produkcja przez pozwaną spółkę „styropianu w kropki" oraz deklarowana przez nią po zakończeniu procesu chęć kontynuacji takiej produkcji nie wynika wyłącznie ze względów technologicznych. Jak już wyżej wskazano czynności obecnie podejmowane przez tą spółkę w celu realizacji wydanego postanowienia o zabezpieczeniu a polegające na dokładniejszym czyszczeniu maszyn linii produkcyjnej z pozostałości szarego styropianu dają podstawę do stwierdzenia, że spółka celowo nie wykonywała tychże czynności dopuszczając do produkcji, a następnie sprzedaży styropian zawierający co najmniej imitujący znak zarejestrowany i używany przez powodową spółkę. Nadto produkcja styropianu białego zawierającego „kropki" w okolicznościach wskazywanych przez powoda byłaby ograniczona tylko do części produkcji, a ilość wtrąceń czarnych/ szarych/ grafitowych zmniejszałaby się w kolejnych częściach produktów. Mamy tu zatem do czynienia z wprowadzającym w błąd oznaczeniem towaru oraz jego naśladownictwem, co ustawodawca jednoznacznie ocenił jako czyn nieuczciwej konkurencji (art.3 ust.2 ustawy).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 stycznia 2014r. (I CSK 184/13) uznał, że wprowadzenie do obrotu produktów, których element dominujący w oznaczeniu produktu jest bardzo zbliżony do znaku towarowego innego przedsiębiorcy rodzi ryzyko wprowadzenia w błąd co do pochodzenia produktu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.13 ust.1 ustawy to należy wskazać, że zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest naśladowanie gotowego produktu, polegające na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu. Deliktem w tej postaci nie jest każda postać naśladownictwa, lecz tylko tzw.

niewolnicze naśladownictwo, obejmujące takie przypadki wiernego naśladownictwa (kopiowania zewnętrznej postaci produktu), w których dla przeciętnego odbiorcy nie jest możliwe odróżnienie kopii od oryginału (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 września 2013r., V ACz 849/13, LEX nr 1366089). Przesłanką uznania naśladownictwa za czyn nieuczciwej konkurencji jest więc wprowadzenie w błąd tych klientów, którzy są i mogą być nabywcami tego gotowego produktu, który jest przedmiotem naśladownictwa (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2004r., II CK 487/03, LEX nr 176100). Z powyższego wynika więc, że art.13 ust.1 u.z.n.k. nie wprowadza generalnego zakazu naśladownictwa. Dla przyjęcia, iż popełniono ww. delikt szczególny istotne jest stwierdzenie nie tylko podobieństwa zewnętrznej postaci obu produktów w takim stopniu, iż zachodzi podstawa do wnioskowania o ich wykonaniu przy użyciu takiej samej formy czy innych sposobów kopiowania, ale też konieczne jest spełnienie drugiej przesłanki - ryzyka konfuzji. Należy jednak wskazać, że nawet gdyby przyjąć, iż zachowanie pozwanego nie wyczerpuje wszystkich przesłanek stypizowanego w art.13 ust.1 u.z.n.k. niedozwolonego naśladownictwa, to nie jest to wystarczające do oddalenia powództwa, a jedynie skutkuje koniecznością oceny zachowania pozwanego w świetle przesłanek wskazanych w tym przepisie (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 lutego 2008r., I ACa 1286/07, LEX nr 516532). Wynika to z faktu, że poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji wymienione art.5-17 u.z.n.k. nie tworzą zamkniętego katalogu. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. może być zatem uznane także działanie nie wymienione w art.5-17 u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji wskazanym w art.3 ust.1 u.z.n.k. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2009 r., II CSK 44/09, LEX nr 738478). Przepis ten pełni bowiem zarówno funkcję uzupełniającą jak i korygującą. Oznacza to, że czynem nieuczciwej konkurencji jest zachowanie, którego nie można zakwalifikować zgodnie z art.5-17 u.z.n.k., jeżeli jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, a ponadto narusza interes przedsiębiorcy lub klienta bądź mu zagraża. Może też być to zachowanie określone w art.5-17 u.z.n.k. (co samo w sobie oznacza sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami) i które ponadto stanowi zagrożenie bądź naruszenie interesu przedsiębiorcy (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2011r., I CSK 796/10, LEX nr 1095811). W konsekwencji, art.3 ust.1 u.z.n.k. może być samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji i to bez względu na to, czy zachowanie to stwarza możliwość wprowadzenia konsumentów w błąd, m.in. co do pochodzenia towarów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008r., II CSK 363/07, LEX nr 432207). Co istotne dla niniejszej sprawy, zachowaniem wskazanym w art.3 ust.1 u.z.n.k. może być działanie o

charakterze pasożytniczym polegające na tym, że uczestnik tego samego rynku korzysta z gotowego efektu pracy swego konkurenta handlowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2009 r., V CSK 337/08, LEX nr 488738). Jednakże działanie wyczerpujące znamiona naśladownictwa może być zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji wywiedziony z klauzuli generalnej (art.3 ust.1 u.z.n.k.) dopiero po wykazaniu istotnych z punktu widzenia prawa konkurencji zarzutów przesądzających naganność postępowania konkurenta i uzasadniających, w ustalonych okolicznościach sprawy, powołanie się na klauzulę dobrych obyczajów (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2013 r., V ACz 244/13, LEX nr 1298915).

Wystarczy zatem jedynie podkreślić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego za dominujące uznawane jest stanowisko, zgodnie z którym ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie przewiduje ochrony wyłącznie w przypadku, w którym zachowanie naruszyciela stanowi czyny stypizowane w rozdziale drugim. Przepisy tego rozdziału określają tylko niektóre z czynów, które uznaje się za nieuczciwą konkurencję, generalnie natomiast nieuczciwe w rozumieniu u.z.n.k. jest każde zachowanie się przedsiębiorcy (w tym - stypizowane w art.13 u.z.n.k.), które narusza m.in. dobre obyczaje i każde takie zachowanie, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy, podlega ochronie (art.3 ust.1 u.z.n.k.). Wymaga to jedynie wskazania, jaki dobry obyczaj, inny niż wymieniony w konkretnym przepisie rozdziału drugiego, doznał naruszenia oraz udowodnienia, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagroziło lub naruszyło interes konkurenta (por. m.in. wyrok SN z dnia 2 stycznia 2007r., V CSK 311/06, Biul. SN 2007/5/11), co sąd pierwszej instancji w tej rozpoznawanej sprawie uczynił.

Tym samym istniały w tej sprawie pełne podstawy do zastosowania art.18 ust.1 ustawy w zakresie opisanym w sentencji zaskarżonego postanowienia.

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że zaskarżone orzeczenie jest prawidłowe i nie narusza wskazanych w apelacji przepisów prawa procesowego i materialnego. Podnoszone w apelacji kwestie związane ze sposobem produkcji przez pozwanego styropianów w kropki nie mają znaczenia, co już we wcześniejszym orzeczeniu uznał sąd apelacyjny w świetle postanowień ustawy prawo własności przemysłowej jak i stypizowanych deliktów z art.10 ust.1 oraz art.13 ust.1 uznk. Nie ma również znaczenia, czy działania pozwanego były celowe i zamierzone, bo jego odpowiedzialność na gruncie obydwu ustaw ma charakter obiektywny tj. niezależny od tego czy pozwany działał umyślnie czy nieumyślnie. Już we wcześniejszym wyroku wydanym w tej sprawie, tutejszy sąd apelacyjny uznał również, że przez oznaczenie towarów znakiem towarowym należy rozumieć każdą czynność połączenia znaku bezpośrednio lub pośrednio z towarem. Powodowa spółka- co zostało wykazane w tym

postępowaniu- stosuje znak towarowy (identyczny lub zbliżony) bezpośrednio na produkcie jak i pośrednio w akcjach promocyjnych oraz na etykietach opakowań styropianów. Należy przyjąć, że ciemne (szare/czarne) kropki znajdują się na styropianach gdyż powodowa spółka umieściła je tam w celu oznaczania tych styropianów jako pochodzących od powoda. Znak towarowy powoda może być bowiem nałożony na dowolna powierzchnię niezależnie od tego, że znak ten (czyli kropki na płytach) nie mają znaczenia funkcjonalnego. Brak jest również podstaw prawnych, a nie wynikają ona z treści w/w przepisów prawa, do ograniczenia sposobu w jaki powodowa spółka ma nakładać znak towarowy na powierzchnie płyt styropianowych gdyż przez oznaczenie w rozumieniu ustawy rozumie się każdą czynność połączenia znaku z towarem. Nadto strona powodowa posiada rozwiązania technologiczne pozwalające uzyskiwać w sposób ciągły powtarzalny efekt równomiernie rozłożonych ciemnych kropek na białej płycie styropianowej. Proces produkcji płyt w kropki jest w pełni kontrolowany przez powoda, ponieważ to on decyduje o tym jaką ilość czystego granulatu oraz jaką ilość regranulatu dodać do czystego materiału aby powstał efekt w postaci której ochrony się domaga. Z drugiej strony, pozwana spółka przyznała, że nie ma przeszkód, aby szare ścinki segregować a potem dodawać do produkcji szarego a nie białego styropianu- co faktycznie pozwany obecnie czyni. Kwestia wykorzystania regranulatu białego w kropki została wyjaśniona w trakcie postępowania choć i tak ma znaczenie trzeciorzędne gdyż powodowa spółka w sposób oczywisty może i wykorzystuje go do celowej produkcji swojego styropianu w kropki. Sąd apelacyjny już wcześniej uznał również, że wyłączenie bezprawności działań pozwanego mogłoby mieć miejsce tylko przy ustaleniu, że w ogóle nie da się produkować płyt styropianowych w inny sposób, co w okolicznościach tej sprawy prowadzi do wniosku, że działania pozwanej spółki były bezprawne zwłaszcza, że w złożonej odpowiedzi na pozew wskazano, że źródłem kropek w styropianie produkowanym przez pozwana spółkę było dodanie do produkcji białego styropianu mieszaniny zawierającej biały i szary regranulat (por. świadkowie oraz . Nadto świadek potwierdził, że ilość regranulatu była dodawana w ściśle ustawionej wysokości (7,8%) przez osobę kontrolującą proces produkcji styropianu (przy średniej ilości wtrąceń na poziomie 3,5%). Powyższe oznacza, że pozwana spółka co najmniej godziła się na wprowadzania na rynek styropianu w kropki wiedząc, że powodowa spółka działając na konkurencyjnym rynku posiadając wyłączne prawa w tym zakresie wcześniej, wprowadziła na rynek tego typu produkt ozna-czony znakiem towarowym. Produkt ten posiada znak towarowy posiadający abstrakcyjną zdolność odróżniającą. Oznaczenie może być składnikiem towaru ale każdy potencjalny nabywca oznaczonego towaru powinien mieć- i w tej sprawie ma- możność przynajmniej pojęciowego oddzielenia oznaczenia od towaru (por. E. Wojcieszko-Głuszko, System prawa prywatnego. T.14B, str.429). Oznaczenie

samodzielne/samoistne to oznaczenie odrębne od towaru w sensie fizycznym lub przynajmniej pojęciowym.

Również nie można postawić skutecznego zarzutu zmonopolizowania przedmiotowego oznaczenia przez jeden podmiot gospodarczy. Wyłączność rejestracji znaku zawsze bowiem oznacza ograniczenia dla innych. Nie można postawić to powodowej spółce zamiaru działania w złej wierze gdyż nie zamyka on dostępu do rynku styropianów. Nadto można zauważyć, że pozwana spółka miała możliwość wystąpienia na drogę sądową w ramach procedury drogi administracyjnej kwestionując rozstrzygnięcia odnoszące się do zarejestrowanych znaków towarowych w postaci decyzji Urzędu Patentowego, z czego nie skorzystała. W zakresie naśladownictwa, które zdaniem pozwanej spółki powinno w tej sprawie być dopuszczalne to dotyczyć może ono cech funkcjonalnych a nie estetycznych (graficznych, wizualnych).

Mając powyższe na uwadze należało na podstawie art.385 k.p.c. orzec jak w sentencji. Orzeczenie o kosztach postępowania uzasadnione jest treścią art.98 §1 i 3 k.p.c. w zw. z §10.1.18 w zw. z §12.1.2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t).