

UZASADNIENIE

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

W ramach zgłoszonych roszczeń powódka wniosła o:

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

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

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

ii. dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na

skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność;

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

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

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

w tym w szczególności zawierających sformułowania:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

w tym w szczególności zawierających sformułowania:

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

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

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

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

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

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

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

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

przy czym powyższe oświadczenie powinno zostać:

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

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

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

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

a także o zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego roszczenia powódka podniosła, iż pozwany dopuścił się czynów nieuczciwej konkurencji prowadząc kampanię reklamową suplementu diety M. B6 M. w formie reklamy audiowizualnej (wielu popularnych stacjach telewizyjnych), dźwiękowej oraz w formie reklamy zamieszczonej na stronie internetowej (...) poprzez sugestię unikatowości i skuteczności tego produktu z uwagi na posiadanie w składzie cytrynianu magnezu, który ma gwarantować lepszą przyswajalność magnezu przez organizm ludzki (do 90%), której to wysokiej przyswajalności nie są w stanie zapewnić pozostałe dostępne na rynku produkty magnezowe.

W konsekwencji powódka zarzuciła naruszenie:

- art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej u.z.n.k.), jak również art. 46 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (dalej u.b.ż.ż.) i art. 12 lit. c rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej L 404/9), czyli zarzut reklamy sprzecznej z przepisami prawa;
- art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., czyli zarzut reklamy wprowadzającej w błąd;
- art. 16 ust. 3 u.z.n.k., czyli zarzut niedozwolonej reklamy porównawczej

W ocenie powódki powyższe naruszenia, poza zakazaniem używania zakwestionowanych sloganów reklamowych, uzasadniają dalsze roszczenie - o złożenie przez pozwanego oświadczenia o wskazanej treści i formie – w oparciu o treść art. 18 ust. 1 pkt 1 i 3 u.z.n.k.

[pozew k-2-23].

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

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

[pismo k-318-346].

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

W odniesieniu do pierwszego z zarzutów powódki (reklamy sprzecznej z przepisami prawa) pozwany podniósł, że kwestionowane sformułowanie „M. B6 M. wysoce przyswajalny magnez. Polecany przez lekarzy” nie stanowi

oświadczenia zdrowotnego w rozumieniu w rozumieniu Rozporządzenia 1924/2006, a więc i ustawy u.b.ż.ż. bowiem nie stwierdza, nie sugeruje i nie daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników (tu magnezem) a zdrowiem, Sformułowanie to odwołuje się w ocenie pozwanego do jednej z cech reklamowanego preparatu, tj. jego przyswajalności, nie stanowi natomiast stwierdzenia czy sugestii o charakterze zdrowotnym. Ponadto pozwany wskazał, iż w myśl art. 12 lit. c Rozporządzenia 1924/2006 w reklamie suplementów diety nie można posługiwać się oświadczeniami, które odwołują się do zaleceń poszczególnych lekarzy lub specjalistów w zakresie zdrowia, a nie do zaleceń lekarzy jako grupy zawodowej.

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów powódki (reklamy wprowadzającej w błąd). W ocenie pozwanej hasła używane w reklamie suplementu diety M. B6 M. nie wprowadzają w błąd, gdyż zawierają treści prawdziwe w świetle dostępnych badań naukowych, a dowody w postaci artykułów naukowych przedstawionych przez powódkę nie podważają prawdziwości tych haseł, a twierdzenia powódki odnośnie rzekomych sugestii zawartych w tych hasłach należy uznać za nieuprawnioną nadinterpretację.

Z kolei w zakresie trzeciego z zarzutów powódki (niedozwolonej reklamy porównawczej) pozwana wskazała, że odwołanie się w reklamie do grupy produktów, których jedyną cechą wyróżniającą jest przyswajalność na poziomie 4% nie rodzi ryzyka zidentyfikowania, o jakie konkretnie produkty chodzi. Przeciętny odbiorca reklamy nie jest w stanie przyporządkować poziomu przyswajalności i danej substancji lub minerału do jego określonej postaci chemicznej, a tym bardziej nie jest on w stanie tego zrobić wobec jakiegoś konkretnego produktu czy produktów. Brak zatem możliwości identyfikacji produktu na podstawie cechy określonej jako 4% przyswajalność, co wyklucza możliwość uznania reklamy za reklamę porównawczą. W reklamie, zdaniem pozwanej, brak jest negatywnych porównań cytrynianu magnezu do pozostałych soli organicznych, które wykorzystywane są jako składnik preparatów magnezowych, natomiast różnice w przyswajalności są obiektywne i naukowo sprawdzalne. W związku z powyższym reklama M. B6 M. nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami w rozumieniu art. 16 ust. 3 pkt 1-8 u.z.n.k.

Dodatkowo pozwana wskazała, że niezależnie od bezpodstawności twierdzeń powódki odnośnie charakteru kwestionowanej reklamy, powódka nie wykazała naruszenia lub zagrożenia interesu w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k., bowiem nie wskazała żadnych dowodów na okoliczność pogorszenia jej sytuacji sprzedażowej na skutek reklamy, a ponadto pozwana nie używa, ani nie zamierza używać w przyszłości, kwestionowanych przez powódkę haseł: "nie liczy się jego dawka, lecz przyswajalność" oraz "M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie".

Z kolei w odpowiedzi na rozszerzone powództwo pozwana również wniosła o jego oddalenie dodatkowo podniosła, że wszelkie twierdzenia zawarte w reklamie oparte zostały na wynikach opublikowanych badaniach, a jednocześnie nie sugerują, iż jedynie zastosowanie cytrynianu magnezu powoduje najlepszą przyswajalność.

[odpowiedź na pozew k-213-232, odpowiedź na rozszerzone powództwo k-356-359v].

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

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

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

[wydruk raportu emisji k-49-59, płyty CD k-60-61, transkrypcja reklam audiowizualnych, zawierających kwestionowane sformułowania k-62-63].

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

[wydruk raportu emisji k-64-91, płyty CD k-60-61, transkrypcja reklam audialnych, zawierających kwestionowane sformułowania k-92].

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

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

[raport emisji i nagranie reklamy - płyty CD k-351, transkrypcja reklamy audiowizualnej k-350].

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

[wezwanie k-101-104, dowód nadania k-105-106].

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

[wydruki składów przykładowych preparatów magnezowych k-159-167].

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

[wydruk ze strony M. B6 M. k-130].

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

[kopia artykułu k-131-136].

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

[kopia artykułu k-138-141].

Z badań przeprowadzonych w 2001 r. wynika, że przyswajalność tlenku magnezu wynosi do 4% [tłumaczenie artykułu M. F. i M. G. pt: „Biologiczna przyswajalność preparatów magnezowych dostępnych komercyjnie w Stanach Zjednoczonych k-196-198v].

Z innej publikacji (G. G., „Cytryniany trimagnezu: nowy zdrowy wybór dla żywności funkcjonalnej”) wynika, że cytryniany trimagnezu są jednymi z najlepiej przyswajalnych soli magnezowych.

[tłumaczenie artykułu 199-202].

Z artykułu opublikowanego przez C. C. i in. „Badanie biologicznej przyswajalności magnezu z dziesięciu organicznych i nieorganicznych soli u szczurów z niedoborem magnezu, z wykorzystaniem techniki znakowania trwałym izotopem magnezu” wynika, że retencja izotopu magnezu była lepsza w przypadku soli organicznych, zaś najwyższą biologiczną przyswajalność wykazał w warunkach tego badania glukonian magnezu.

[tłumaczenie artykułu k-203-208].

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

[tłumaczenie artykułu k-253-265].

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

[artykuł k-267-271].

Wyniki badań opublikowane przez A. W. i innych zostały zakwestionowane w sporządzonych w 2014 r. dwóch opiniach B. D. (brak danych na czyje zlecenie sporządzonej) oraz L. W. (sporządzonej na zlecenie Olimp L.), z których wynika, że wnioski wypływające z badań A. W. a dotyczące najlepszej przyswajalności cytrynianu magnezu są niewystarczająco udokumentowane z uwagi na wady przeprowadzonych badań [opinie B. D. i L. W. k-403-407].

Z opinii prywatnej J. W. wynika, że brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości badania przeprowadzonego przez A. W., które zostało opublikowane w indeksowanym periodyku naukowym (posiada impact factor), publikowane prace poddawane są niezależnym recenzjom, co powoduje brak podstaw do kwestionowania zarówno metodologii jak i oceny statystycznej. Zdaniem opiniującego o wiarygodności tego badania świadczy także brak naukowej polemiki na łamach czasopisma, w którym opublikowano wyniki badań. Ponadto opiniujący wskazał, iż niska biodostępność, może nawet przy wysokiej dawce magnezu powodować nieskuteczność suplementacyjną, a w praktyce trudno doszukiwać się bezpośredniego związku pomiędzy dawką a przyswajalnością.

[opinia J. W. k-428-430].

Biodostępność, określa ona odsetek substancji leczniczej lub składnika aktywnego, który zostaje wchłonięty do krwiobiegu z danej postaci leku i dociera do miejsca działania. Przyswajalność magnezu można określić jako ilość substancji, która po wnikięciu do organizmu dotrze do miejsca docelowego swojego działania, co będzie zależało m. in. od sposobu podania jonów magnezu. Wyższe dawki magnezu wpływają ujemnie na jego procentową

przyswajalność. Dawka ma zatem decydujące znaczenie dla stopnia procentowej przyswajalności magnezu, bowiem wraz z jej wzrostem spada absorpcja jonów magnezu ze względu na osiągnięcie stężenia powodującego zablokowanie białka (...) (transient receptor potential melastatin) zlokalizowanego w szczytowej części komórek nabłonka. Z punktu widzenia zdrowia pacjenta/konsumenta bardziej korzystne jest przyjmowanie wielokrotnie małych dawek magnezu w ciągu dnia niż przyjmowanie jednorazowo wysokiej dawki - gdyż jej procentowe wchłanianie będzie utrudnione. Natomiast z badań systematycznych przeprowadzonych na zwierzętach wynika, iż sole organiczne są nieznacznie lepiej przyswajalne przez organizm niż nieorganiczne, natomiast kluczowe znaczenie ma uwalnianie jonów magnezu z postaci suplementu diety/leku.

[pismna opinia biegłego B. K. k-609-621].

Przy zwiększeniu dawki biodostępność do pewnych granic wzrasta, a potem utrzymuje się na poziomie plateau. Jednakże jeśli jednorazowo zostanie podana duża dawka, to i tak tyle ile się miało z tej dawki wchłonąć do organizmu tyle się wchłonęło, ponieważ wszystkie receptory i kanały są już wypełnione. Zależy to od wielu czynników i jest różne dla różnych leków, czy substancji. Zwiększenie dawki w sytuacji wysycenia nie wpływa na zwiększenie wchłaniania

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k- 678-680, znaczniki od 00.06.56 do 00.10.10].

S. organiczne, takie jak asparginian, glukonian czy cytrynian, są w lepszym stopniu biodostępne, niż tlenki czy sole nieorganiczne.

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k-690, znacznik 00.28.42].

W ocenie biegłego brak jest opracowań badawczych, które przekonałyby biegłego o 20-krotnie lepszej wchłaniania cytrynianu magnezu w stosunku do tlenku magnezu. Może wystąpić tego rodzaju wchłaniania, ale będzie to związane z biodostępnością farmakologiczną jonów magnezu oraz układem wysokiego niedoboru magnezu. Nie oznacza to zatem, iż będzie dotyczyła tylko cytrynianu magnezu.

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k-693-695, znacznik 00.35.24-00.41.09].

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

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k-699-701, znacznik 00.47.41-00.53.18].

Forma rozpuszczalna suplementu diety ma lepszą biodostępność niż tabletki. Jedno z polskich opracowań naukowych również wskazuje na lepszą przyswajalność formy rozpuszczalnej.

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k-702-703, znacznik 00.55.08-00.57.29].

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

„C. i współpr. (36) badali jelitowe wchłanianie magnezu i wydalanie z moczem u szczurów z różnych preparatów organicznych: octan, pidolan, cytrynian, glukonian, mleczan, asparaginian i nieorganicznych: chlorek, tlenek, siarczan, węglan z zastosowaniem technik izotopowych. Badania wykazały, że sole organiczne są lepszym źródłem magnezu niż nieorganiczne. Najlepszym źródłem magnezu jest cytrynian i glukonian (pokreśl. R.L.). W. i współpr.

(36) badali biodostępność magnezu w randomizowanych badaniach u 46 zdrowych osób, którym podawano cytrynian magnezu, chelat aminokwasowy (autorzy nie podali jaki to był związek), tlenek magnezu (300 mg magnezu/dzień). Po upływie 60 dni nastąpił wzrost wydalania z moczem po cytrynianie i chelacie aminokwasowym. Tylko cytrynian powodował znaczny wzrost stężenia magnezu w osoczu (pokręśl. R.L.) zarówno po suplementacji krótkiej (3 dni) jak i po 60 dniach.

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

wzrosło po mleczanie, asparaginianie i chlorku co świadczy o niskiej biodostępności tlenku magnezu (35).

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

ma przede wszystkim stopień rozpuszczalności (tab. V).”

[A. K., A. S. i B. K. (...) BROMATOLOGIA I CHEMIA TOKSYKOLOGICZNA XLVIII, 2015, 4, str. 686-687 – materiały biegłego oraz strona internetowa:

(...)F./ (...) /nr%204/Bromatologia%204_2015%20s% (...) -689%20art%2011.pdf].

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

[ustna uzupełniająca opinia biegłego – e-protokół z dnia 12 grudnia 2017 r., transkrypcja k-705-712, znacznik 01.00.22-01.11.06].

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu o zebrany w sprawie materiał dowodowy w postaci przedstawionych nagrań reklam i ich transkrypcji, raportów domu medialnego co do okresu, form i rodzajów publikacji reklam, przedstawionych przez strony publikacji naukowych dotyczących suplementacji magnezem oraz uzupełniająco w oparciu o opinię biegłego z zakresu farmakologii. Podkreślenia przy tym wymaga, iż w sferze samych faktów stan ten był niesporny pomiędzy stronami, zaś rozbieżności dotyczyły wyłącznie oceny zaistniałych zdarzeń.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z treścią art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a w szczególności jest takim czynem m.in. nieuczciwa lub zakazana reklama (ust. 2).

Jednym ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji jest nieuczciwa i zakazana reklama, uregulowana w art. 16 u.z.n.k. W literaturze wskazuje się, iż treść art. 16 ust. 1 u.z.n.k. pozwala wyróżnić dwie grupy czynów nieuczciwej reklamy: reklamę sprzeczną z prawem (reklamę zakazaną) oraz reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami (reklamę

nieuczciwą). Ustawa wymienia najczęściej spotykane w praktyce postacie reklamy nieuczciwej, w tym reklamę wprowadzającą w błąd (art. 16 ust. 1 pkt 2 i art. 16 ust. 2 u.z.n.k.), reklamę nierzeczową (art. 16 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k.), reklamę ukrytą (art. 16 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k.), reklamę uciążliwą (art. 16 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k.) oraz nieuczciwą reklamę porównawczą (art. 16 ust. 3 i 4 u.z.n.k.). Katalog poszczególnych form reklamy nieuczciwej nie jest zamknięty, a inne delikty w zakresie nieuczciwej reklamy mogą być konstruowane w oparciu o klauzulę generalną zawartą w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.; są one określane jako nienazwane czyny nieuczciwej konkurencji (Z. Okoń, Reklama jako czyn nieuczciwej konkurencji [w:] E. Traple (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007) .

Reklama to świadomie podejmowane w sferze gospodarczej działania, zmierzające do promowania towarów lub usług przez wskazanie na ich cechy w taki sposób, aby wywołać lub wzmocnić określone potrzeby u klientów, sterując ich wyborem (E. N., Zwalczenie) czy też rozpowszechnianie wiadomości o usługach i towarach w celu wpływania na kształtowanie się popytu (M. G., Reklama i pojęcia pokrewne, (...) 1993, nr 10, s. 6; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 1997 r., I CKN 52/96, Lex). Reklama jest procesem komunikacji społecznej. Polega więc na przekazywaniu węższemu lub szerszemu kręgowi odbiorców określonej informacji lub ich zbioru. Należy przyjąć, że bez znaczenia dla kwalifikacji przekazu pozostaje jego treść. W większości przypadków odnosi się ona do określonego towaru lub usługi, eksponując te ich cechy, które mogą okazać się atrakcyjne dla potencjalnych nabywców. Reklama może jednak dotyczyć również jedynie przedsiębiorcy i jego działalności, zarówno tej pozostającej w związku z oferowanym produktem (np. prowadzonych badań naukowych), jak i prowadzonej w sferze pozagospodarczej (charytatywnej czy społecznej). W niektórych przypadkach określona informacja może nawet wydawać się całkowicie abstrakcyjna, w żaden sposób niezwiązana z reklamującym lub oferowanymi przez niego produktami .. (...) przypadku reklamy gospodarczej określone oddziaływanie ma na celu osiągnięcie określonego efektu ekonomicznego związanego z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, najczęściej maksymalizacją zysku uzyskiwanego ze zbytu oferowanych towarów lub usług. Podobnie pojęcie reklamy ujmowane jest na gruncie art. 2a dyrektywy 2006/114/WE (z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej), zgodnie z którym "reklama" oznacza przedstawienie w jakiegokolwiek formie w ramach działalności handlowej, gospodarczej, rzemieślniczej lub wykonywania wolnych zawodów w celu wspierania zbytu towarów lub usług, w tym nieruchomości, praw i zobowiązań (Z. Okoń, Reklama jako czyn nieuczciwej konkurencji [w:] E. Traple (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007). Cechą charakterystyczną reklamy gospodarczej jest posługiwanie się superlatywami w celu wyeksponowania zalet reklamowanej oferty (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22 lutego 2011 r., I ACa 667/10, Lex).

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

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

W niniejszej sprawie strona powodowa zarzuciła w pierwszej kolejności rozpowszechnianie przez pozwanego reklamy sprzecznej z przepisami prawa, odwołując się w tym zakresie do naruszenia art. 46 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (dalej u.b.ż.ż.) i art. 12 lit. c) rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie oświadczeń żywieniowych i zdrowotnych dotyczących żywności. Sąd podziela w pełni argumentację powoda, iż przewidziany w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. zakaz prowadzenia reklamy sprzecznej z przepisami prawa obejmuje przypadki, w których na podstawie odrębnych

przepisów nie jest w ogóle dopuszczalne reklamowanie określonych wyrobów bądź przewidziane są w tym zakresie pewne ograniczenia, a prowadzenie reklamy wbrew ustanowionym w różnych przepisach zakazom może pociągnąć za sobą także odpowiedzialności z tytułu naruszenia przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się jednakże do zarzutów naruszenia art. 46 u.b.ż.ż. i rozporządzenia nr 1924/2006 nie sposób jednak dla odmiany nie zgodzić się z argumentacją strony pozwanej, a podzieloną także przez Sąd Apelacyjny w Łodzi w sprawie I ACz 1392/13 (w przedmiocie zabezpieczenia), że w reklamach suplementu diety M. B6 M. nie są przypisywane temu produktowi właściwości zapobiegania chorobom albo ich leczenia. Nie budzi wątpliwości bowiem, iż reklamowany przez pozwanego produkt nie jest produktem leczniczym w rozumieniu ustawy – Prawo farmaceutyczne, lecz stanowi tzw. suplement diety. W myśl art. 3 pkt 39 u.b.ż.ż. suplement diety to środek spożywczy, którego celem jest uzupełnienie normalnej diety, będący skoncentrowanym źródłem witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wykazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny, pojedynczych lub złożonych, wprowadzany do obrotu w formie umożliwiającej dawkowanie, w postaci: kapsułek, tabletek, drażetek i w innych podobnych postaciach, saszetek z proszkiem, ampułek z płynem, butelek z kroplomierzem i w innych podobnych postaciach płynów i proszków przeznaczonych do spożywania w małych, odmierzonych ilościach jednostkowych, z wyłączeniem produktów posiadających właściwości produktu leczniczego w rozumieniu przepisów prawa farmaceutycznego. W myśl art. 46 ust. 1 pkt 2 u.b.ż.ż. (**w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2014 r., z którym to dniem norma ta została uchylona**) oznakowanie środka spożywczego nie może przypisywać środkowi spożywczemu właściwości zapobiegania chorobom lub ich leczenia albo odwoływać się do takich właściwości, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 4 i art. 33 ust. 4, oraz zawierać oświadczeń żywieniowych lub zdrowotnych niezgodnych z przepisami rozporządzenia nr 1924/2006, przy czym ograniczenie to stosuje się również do reklamy oraz do prezentacji środków spożywczych, w tym w szczególności w odniesieniu do ich kształtu, wyglądu lub opakowania, zastosowanych materiałów opakowaniowych, sposobu prezentacji oraz otoczenia, w jakim są prezentowane. Zgodnie natomiast z art. 12 c) przywołanego rozporządzenia (WE) nr 1924/2006 niedozwolone są oświadczenia zdrowotne, które odwołują się do zaleceń poszczególnych lekarzy lub specjalistów w zakresie zdrowia i innych stowarzyszeń niż krajowe stowarzyszenia zrzeszające lekarzy, specjalistów ds. żywienia i dietetyków oraz przez instytucje charytatywne związane ze zdrowiem (z art. 11 rozporządzenia). Z kolei zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia „oświadczenie zdrowotne” oznacza każde oświadczenie, które stwierdza, sugeruje lub daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników, a zdrowiem.

W przedmiotowej sprawie zakwestionowane sformułowanie z hasła reklamowego: „Polecany przez lekarzy” nie stanowi oświadczenia zdrowotnego bowiem nie stwierdza, nie sugeruje i nie daje do zrozumienia, że istnieje związek pomiędzy kategorią żywności, daną żywnością lub jednym z jej składników (tu magnezem) a zdrowiem. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż brak jest podstaw do przypisania powyższemu sformułowaniu cechy „oświadczenia zdrowotnego” bowiem jak zasadnie wskazał Sąd Apelacyjny pozwany w żadnej z reklam nie odwołuje się do stanu chorobowego, a jedynie do podniesienia sprawności działania, przyływu energii i sił witalnych, a więc uzyskania optymalnego stanu fizjologicznego, a nie o leczenie określonej jednostki chorobowej. Lekarze nie tylko zajmują się leczeniem, ale także często polecają lub zalecają różne zachowania, czy środki, np. zdrowy styl życia, stosowanie określonych diet, picie wody mineralnej, czy spożywanie owoców i warzyw. Ponadto nawet gdyby przyjąć, iż powyższe sformułowanie stanowi oświadczenie zdrowotne, to jednocześnie nie byłoby ono zakazane z uwagi na wskazany w art. 12 c) zakaz odwołania się do zaleceń poszczególnych (konkretnych) lekarzy, a nie grupy zawodowej.

„M. B6 M.” jest suplementem diety, co wynika zarówno z informacji ze strony internetowej jak i opakowania, a zatem ustalenie tego przez potencjalnego nabywcę nie sprawia najmniejszych trudności. Suplementy diety funkcjonują w obrocie od wielu lat przeciętny konsument posiada wiedzę, że nie są to leki, a jedynie środki spożywcze będące skoncentrowanymi źródłami witamin lub składników mineralnych lub innych substancji wskazujących efekt odżywczy lub inny fizjologiczny.

Mając na względzie powyższe wskazać należy, iż zarzut strony powodowej oparty o treść art. 16 ust. 1 pkt 1, tj. prowadzenia reklamy sprzecznej z prawem, nie znajduje uzasadnienia i roszczenie w tym zakresie podlega oddaleniu

(niezależnie od utraty mocy obowiązującej przez normę przywołaną przez stronę powodową jako wzorzec kontroli – art. 46 u.b.ż.ż.).

Kolejnym zarzutem strony powodowej było posługiwanie się przez pozwaną tzw. reklamą nieuczciwą, której jedną z „odmian” jest reklama wprowadzająca w błąd, stypizowana w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. w zw. z art. 16 ust. 2 u.z.n.k. Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest bowiem m.in. reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi. Przy czym przy ocenie reklamy wprowadzającej w błąd należy uwzględnić wszystkie jej elementy, zwłaszcza dotyczące ilości, jakości, składników, sposobu wykonania, przydatności, możliwości zastosowania, naprawy lub konserwacji reklamowanych towarów lub usług, a także zachowania się klienta (art. 16 ust. 2).

Zgodnie z art. 2 lit. b) dyrektywy 2006/114/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej, "reklama wprowadzająca w błąd" oznacza każdą reklamę w jakikolwiek sposób, w tym przez swoją firmę, wprowadzającą lub mogącą wprowadzać w błąd osoby, do których jest skierowana lub do których dociera, i która, z powodu swej zwodniczej natury, może wpłynąć na ich postępowanie gospodarcze lub która z tych powodów szkodzi lub może szkodzić konkurentowi. Podstawowym czynnikiem przesądzającym, czy w konkretnych okolicznościach można mówić o reklamie wprowadzającej w błąd jest w świetle ugruntowanego orzecnictwa ETS odbiór przez przeciętnego konsumenta. Szczególne znaczenie przypisać należy wyrokowi ETS z 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-210/962. Trybunał orzekł, że sąd krajowy powinien oprzeć się na domniemanych oczekiwaniach doświadczonego konsumenta, który jest należycie poinformowany, spostrzegawczy i rozważny, a więc przyjmując za podstawową metodę ustalania ryzyka konfuzji metodę normatywną. Jednocześnie ETS nie wykluczył możliwości oparcia rozstrzygnięcia sądu krajowego na badaniach opinii publicznej lub opiniach biegłych, jeżeli ustalenie wyobrażeń przeciętnego odbiorcy reklamy napotyka na szczególne trudności, a więc w ocenie ETS metoda empiryczna ma charakter pomocniczy wobec metody normatywnej. W sprawach dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji ustalenie ryzyka niebezpieczeństwa wprowadzenia konsumentów w błąd następuje na podstawie oceny sądu opartej na całokształcie okoliczności przy uwzględnieniu właściwego wzorca konsumenta (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 kwietnia 2008 r., III CSK 377/07, Lex). Jednocześnie podkreślić należy, że istotnie zmienił się poziom świadomości konsumentów w kontekście działań pod wpływem reklam. Zmiana stosunków gospodarczych w ostatnich latach, zwiększona ilość firm reklamujących swoje produkty lub usługi pozwoliła nie tylko oswoić się z wszechobecną reklamą, ale także na dokonywanie wyborów po analizie produktu, a nie tylko pod wpływem reklamy (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 4 kwietnia 2013 r., I ACa 1167/12, Lex). Wzorzec konsumenta podlegającego ochronie w Unii Europejskiej to konsument „stanowczy i krytyczny, oświecony, a nie niedbały i ciemny” (E. Łętowska, Ustawa o ochronie niektórych praw konsumentów. Komentarz, Warszawa 2000, s. 86). Konsument taki potrafi prawidłowo zrozumieć kierowane do niego informacje i wykazuje odpowiedni stopień krytycyzmu wobec działań, których jest adresatem, rozumiejąc, że treść przekazu reklamowego nie zawsze jest zgodna z rzeczywistością³. Podobnie konstruowany jest również model odbiorcy reklamy w orzecnictwie Sądu Najwyższego. Kryteria mające kształtować wzorzec przeciętnego klienta i ustalenia dotyczące przesłanek określonych w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. nie mogą pomijać możliwości samodzielnej weryfikacji uzyskanych informacji i wyobrażeń przez adresata reklamy o towarze, warunków panujących na określonym segmencie rynku, a także potrzeb, do zaspokojenia których uczestnik rynku zmierza, podejmując decyzję o nabyciu reklamowanego towaru (model konsumenta rozsądnie krytycznego, który jest osobą należycie poinformowaną oraz przezorną i ostrożną, zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2003 r., I CK 358/02, Lex, podobnie w wyroku z dnia 11 lipca 2002 r., I CKN 1319/00, Lex).

Odnosząc się do reklamy wprowadzającej w błąd uwzględnić należy także model konstruowania przeciętnego odbiorcy reklamy (konsumenta) w zależności od rodzaju towaru bądź usługi. Konieczność modyfikacji modelu przeciętnego konsumenta ze względu na rodzaj reklamowanego towaru znalazła potwierdzenie także w wyroku ETS⁴, w którym wskazano na konieczność modyfikacji modelu przeciętnego konsumenta ze względu na rodzaj reklamowanego towaru. W przypadku towarów powszechnego użytku, kupowanych codziennie bez większego namysłu, poziom wymaganej uwagi i ostrożności przy działaniach rynkowych powinien być obniżony. Zachowania zakupowe klientów powinny być więc uwzględniane przy ocenie wprowadzenia w błąd, jednak nie w zakresie przedmiotu wprowadzenia w błąd (jak

wynika z u.z.n.k.), lecz przy ustalaniu wzorca przeciętnego odbiorcy reklamy. Przy zakupie towarów powszechnego użytku (tzw. towarów szybkozbywalnych) klienci często dokonują zakupów machinalnie, przez co są bardziej podatni na wprowadzającą w błąd reklamę niż w przypadku dóbr konsumpcyjnych trwałego użytku, które z natury rzeczy nabywane są z większym namysłem i rozeznanem (I. Wiszniewska, [w:] Komentarz 2000, red. J. Szwaja, s. 464). Podobny model przeciętnego konsumenta przewiduje ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2070), która w art. 2 pkt 8 zawiera definicję tego pojęcia, zgodnie z którą jest to konsument, który jest dostatecznie dobrze poinformowany, uważny i ostrożny; oceny dokonuje się z uwzględnieniem czynników społecznych, kulturowych, językowych i przynależności danego konsumenta do szczególnej grupy konsumentów, przez którą rozumie się dającą się jednoznacznie zidentyfikować grupę konsumentów, szczególnie podatną na oddziaływanie praktyki rynkowej lub na produkt, którego praktyka rynkowa dotyczy, ze względu na szczególne cechy, takie jak wiek, niepełnosprawność fizyczna lub umysłowa.

Nie w każdym także przypadku podanie w reklamie fałszywej informacji musi powodować wprowadzenie odbiorców w błąd, bowiem możliwe, że zostanie ona uznana za pewną dopuszczalną przesadę z uwagi na charakter tego rodzaju przekazu (Z. Okoń, Reklama jako czyn nieuczciwej konkurencji [w:] E. Traple (red.), Prawo reklamy i promocji, Warszawa 2007).

Reklama wprowadzająca w błąd musi mieć bezpośredni wpływ na decyzję klienta co do nabycia określonego dobra czy usługi (E. Rutkowska – Tomaszewska, Pojęcie nieuczciwej reklamy [w:] Nieuczciwe praktyki na rynku bankowych usług konsumenckich, Warszawa 2011, Lex). Wprowadzenie w błąd musi być istotne na tyle, aby mieć przynajmniej potencjalną zdolność wpływu na decyzję konsumenta, a istotność tego wpływu oznacza zdolność (potencjalną lub realną) kierowania wyborem rynkowym konsumenta (E. Nowińska, M. du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2008, s. 241; R. Skubisz [w:] Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 690). Można zatem przyjąć, że ustawodawca zezwolił na stosowanie praktyk handlowych wprowadzających w błąd, których wpływ na decyzje gospodarze konsumenta jest nieistotny lub mało istotny. Z tego też względu dla prawidłowości procesu ustalania wprowadzenia w błąd przez przekaz reklamowy najistotniejsze jest właściwe ustalenie modelu (wzorca) przeciętnego adresata reklamy. Reklama wprowadzająca w błąd poprzez wytworzenie nieprawdziwego (fałszywego), niezgodnego z rzeczywistością obrazu towaru lub usługi zmierza do zniekształcenia zachowania rynkowego konsumenta (odbiorcy reklamy). Reklama wprowadzająca w błąd wywołuje u konsumentów mylne wyobrażenie o jej przedmiocie. Na skutek jej weryfikacji okazuje się, że pierwotna atrakcyjność oferowanego towaru lub usługi to po prostu nieprawdziwy obraz rzeczywistości (M. Sieradzka, Istotność wprowadzenia w błąd jako przesłanka ochrony konsumenta [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex).

Z uwagi na charakter reklamy należy przyjąć, że zawiera ona w swojej treści - w mniejszym lub większym stopniu - przejawskrawienia rzeczywistości, czyli pewną dozwoloną dozę przesady. Istotne znaczenie ma jednak to, aby przesada w reklamie nie wprowadzała w błąd. Jeśli przykładowo produkt jest reklamowany jako „numer jeden”, to informacja o tym podlega weryfikacji pod kątem prawdziwości, choć niewątpliwie częstą praktyką stosowaną przez przedsiębiorców jest posługiwanie się w reklamie hasłami typu "nr 1 w Polsce", "najlepszy", "najczęściej stosowany", "najczęściej wybierany", "najskuteczniejszy".

Każdy sprzedawca, dążąc do sukcesu rynkowego, stara się wyeksponować szczególnie atrakcyjne cechy swoich towarów, odróżniające je od towarów konkurencyjnych, ale muszą to być cechy prawdziwe (A. Fornalczyk, Ekonomiczne przyczyny zwalczania nieuczciwej reklamy [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex). (...) superlatywne typu Nr (...), jeżeli nie są wsparte rzeczowymi argumentami, np. o wyróżniających produkt cechach, traktowane są z dystansem, jako oczywiście przesadzona zachęta, która wobec preferencji przez konsumentów własnych gustów nie decyduje o kupnie towaru. Niedookreślone w swej treści reklamy artykułów spożywczych są przy tym z reguły odnoszone do jakości towarów, gdyż ten czynnik (obok ceny) jest dla ich konsumentów najważniejszy przy wyborze przedmiotu kupna. Dla uznania, że zachodzi czyn z art. 16 ust. 1 pkt

1 u.z.n.k., konieczne jest także wystąpienie istotnej zależności między reklamą wprowadzającą w błąd a możliwością kupna towaru przez klienta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 października 2005 r., I ACa 221/05, Lex).

Strona powodowa zarzuciła również pozwanemu, że prezentowane przez niego slogany reklamowe stanowią rodzaj reklamy porównawczej, stanowiącej także jedną z kategorii czynów nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie bowiem z art. 16 ust. 3 u.z.n.k. reklama umożliwiająca bezpośrednio lub pośrednio rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta, zwana dalej "reklamą porównawczą", stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami. Reklama porównawcza nie jest sprzeczna z dobrymi obyczajami, jeżeli łącznie spełnia następujące przesłanki:

- 1) nie jest reklamą wprowadzającą w błąd, o której mowa w ust. 1 pkt 2;
- 2) w sposób rzetelny i dający się zweryfikować na podstawie obiektywnych kryteriów porównuje towary lub usługi zaspokajające te same potrzeby lub przeznaczone do tego samego celu;
- 3) w sposób obiektywny porównuje jedną lub kilka istotnych, charakterystycznych, sprawdzalnych i typowych cech tych towarów i usług, do których może należeć także cena;
- 4) nie powoduje na rynku pomyłek w rozróżnieniu między reklamującym a jego konkurentem, ani między ich towarami albo usługami, znakami towarowymi, oznaczeniami przedsiębiorstwa lub innymi oznaczeniami odróżniającymi;
- 5) nie dyskredytuje towarów, usług, działalności, znaków towarowych, oznaczeń przedsiębiorstwa lub innych oznaczeń odróżniających, a także okoliczności dotyczących konkurenta;
- 6) w odniesieniu do towarów z chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia odnosi się zawsze do towarów z takim samym oznaczeniem;
- 7) nie wykorzystuje w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub chronionej nazwy pochodzenia produktów konkurencyjnych;
- 8) nie przedstawia towaru lub usługi jako imitacji czy naśladownictwa towaru lub usługi opatrzonych chronionym znakiem towarowym, chronionym oznaczeniem geograficznym lub chronioną nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym.

Reklama porównawcza jest to reklama, która bezpośrednio lub pośrednio umożliwia odbiorcy rozpoznanie konkurenta albo towarów lub usług oferowanych przez konkurenta reklamującego. Stanowi zatem wypowiedź reklamową, która odwołuje się w swym przekazie do propozycji rynkowej innego przedsiębiorcy (E. N., R. S., Reklama porównawcza, PiP 1995, z. 5, s. 51). Reklamę porównawczą traktuje się jako sprzeczną z dobrymi obyczajami (chyba, że zostaną kumulatywnie spełnione przesłanki wyłączające), gdyż dotyka bezpośrednio konkurenta reklamodawcy poprzez porównanie własnego towaru (usługi) z ofertą rynkową w celu wskazania konsumentowi, że oferta reklamującego jest lepsza (bądź równorzędna) w stosunku do innych towarów. Wyróżnianych jest w doktrynie kilka form reklamy porównawczej, takich jak odwoływanie się do osoby innego przedsiębiorcy; wskazanie na inne przedsiębiorstwo; wskazanie cudzych towarów (usług); odwołanie się do cudzej reklamy i porównanie systemowe, czyli wskazanie na wszystkie produkty konkurencji na rynku (A. Małarewicz, Dopuszczalność i definicja reklamy porównawczej [w:] Konsument a reklama. Studium cywilnoprawne, Oficyna 2009). Porównanie musi być jednak oparte na wiarygodnych i łatwo sprawdzalnych czynnikach.

Nie stanowi natomiast reklamy porównawczej przekaz, który nie odwołuje się do konkretnego, zindywidualizowanego produktu czy usługi, lecz pewnej klasy produktów lub ich rodzaju, np. „zwykły proszek do prania”, „tradycyjna pralka” itd. (G. Rączka, Reklama porównawcza [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy w ocenie Sądu uznać należało niektóre z używanych przez pozwanego przekazów i sloganów reklamowych za czyny nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy. Jak już wyżej wskazano nie można w ich przypadku mówić o sprzeczności reklamy z prawem, ale także nie można przyjąć aby zakwestionowane hasła reklamowe stanowiły rodzaj (także zakazanej) reklamy porównawczej.

Reklama porównawcza charakteryzuje się bowiem możliwością bezpośredniego a niekiedy także pośredniego zidentyfikowania konkurenta (wprost bądź poprzez identyfikację jego towarów). W przedmiotowej sprawie z żadnego z zakwestionowanych haseł nie można wprost ustalić konkurentów pozwanego na rynku magnezowych suplementów diety. Odwoływanie się bowiem do 4% przyswajalności magnezu z niektórych preparatów w żaden sposób nie umożliwia potencjalnemu klientowi, bez zapoznania się z literaturą fachową, ustalenia nie tylko rodzaju preparatów magnezowych o takiej przyswajalności, ale nawet ustalenia rodzaju soli magnezu z taką przyswajalnością. Porównania tego rodzaju nie można zatem uznać za zakazany rodzaj reklamy porównawczej. Na marginesie zatem podkreślić jedynie należy, że jedną z przesłanek ekskulpujących z art. 16 ust. 3 u.z.n.k. jest brak wprowadzania w błąd przez reklamę. Z załączonych także przez powoda publikacji naukowych dotyczących suplementacji magnezem wynika bardzo niska przyswajalność tlenku magnezu, zaś w jednej z nich wprost wskazano, iż nie przekracza 4% (M. S., k-133). W tych okolicznościach nie można przyjąć, iż odwołanie się w reklamie do niskiej przyswajalności magnezu w wielu preparatach magnezowych wprowadza w błąd (niezależnie od braku możliwości zidentyfikowania producentów tych preparatów). Podobnie ocenić należało także hasła dotyczące przyswajalności cytrynianu magnezu w porównaniu do chelatu – z jednej strony nie są to hasła wprowadzające w błąd, bowiem odwołując się do zgromadzonego w aktach sprawy materiału naukowego (opracowań naukowych i przeprowadzonych badań) teza taka znajduje w nich potwierdzenie (była stawiana przez naukowców badających te związki), a po drugie nadal nie pozwala na zidentyfikowanie powoda jako konkurenta porównywanego. C. magnezu stosuje wielu producentów suplementów diety, co wynika wprost z załączonych do pozwu wydruków stron internetowych różnych preparatów magnezowych. W ocenie Sądu reklamy te nie stanowiły więc zakazanej reklamy porównawczej.

Ocena natomiast kilku pozostałych haseł i przesłań reklamowych, pomimo braku podstaw do jednoznacznego ustalenia, że mają one charakter reklamy wprowadzającej w błąd, nakazuje jednak w ocenie Sądu zastosowanie swego rodzaju podwyższonego kryterium kontroli. Za Sądem Najwyższym przyjąć bowiem należy, że sąd dokonujący wykładni prawa powinien mieć na względzie także jej znaczenie na przyszłość. Określone rozumienie konkretnego zachowania jako zgodnego z dobrymi obyczajami lub z nimi sprzecznego może wpływać na kształtowanie właściwych wzorców postępowania i zapobiegać upowszechnieniu praktyk niezaskługujących na aprobatę (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r., III CKN 213/01, Lex).

Z tych też względów Sąd uznał, iż reklama sugerująca, że:

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

stanowi reklamę wprowadzającą w błąd bowiem zarówno biorąc pod uwagę stan wiedzy w zakresie suplementacji magnezem w okresie emitowania kwestionowanych reklam, jak i obecnie, nie pozwalają na tak kategoryczne stwierdzenia.

Niewątpliwie z publikacji naukowych (przywołanych w stanie faktycznym) jak i z opinii biegłego wynika, że cytrynian magnezu był i - w zasadzie nadal jest - uznawany za jeden z najlepiej przyswajalnych związków magnezu, choć niekoniecznie najlepiej przyswajalny. Teza o tak znakomitej i najwyższej przyswajalności cytrynianu magnezu, jak prezentował to pozwany w swoich reklamach, nie znajduje jednak całkowitego potwierdzenia naukowego, a

jednocześnie podkreślić także należy, że odbiorca reklamy (konsument) nie ma możliwości zweryfikowania tej tezy, zwłaszcza, że na opakowaniach suplementów diety znajdują się informacje o rodzaju zastosowanej soli (lub chelatu) magnezu oraz ilości jonów magnezu w składzie preparatu, natomiast brak jest danych dotyczących przyswajalności. Jest to o tyle zrozumiałe, że będzie to uzależnione od szeregu czynników takich jak m.in. wiek, stan zdrowia, stosowana dieta, uwarunkowania osobnicze, a także od zapotrzebowania organizmu na magnez w danym momencie (które to zapotrzebowanie jest zmienne).

W tym kontekście trudno mówić o braku znaczenia dawki magnezu (rozumianej jako ilość substancji czynnej zawartej w danym preparacie, czyli zawartość jonów magnezu w składzie danej jednostki suplementu), bowiem co prawda sama wielkość tej dawki nie przesądza o wyższym zaspokojeniu zapotrzebowania na magnez, gdyż zależy to od wielkości tego zapotrzebowania w momencie podania, jednakże przy dużym niedoborze magnezu zostanie wchłonięta większa ilość, a zatem dawka posiada znaczenie, choć w powiązaniu z pozostałymi czynnikami (biodostępnością rozumianą jako dostępność danej substancji dla komórek docelowych i przyswajalnością). Ponadto sama przyswajalność związku magnezu nie przesądza o skuteczności preparatu, gdyż w sytuacji niewielkiego niedoboru magnezu, jego wchłonięcie nastąpi i tak tylko w ilości niezbędnej do zapewnienia równowagi (nasylenia do pewnego stadium), a w pozostałym zakresie zostanie wydalony. Czynniki zewnętrzne jak i wewnętrzne organizmu człowieka będą zatem odgrywały najistotniejszą rolę wpływając jednocześnie na zakres przyswojenia jonów magnezu. Z pewnością niektóre sole magnezu zwiększają jego biodostępność, a co za tym idzie potencjalną przyswajalność, ale będzie ona i tak uzależniona od wielkości niedoboru w organizmie i wielkości dostępnych ilości. Pamiętać także należy, że wzrost podania ilości magnezu powoduje obniżenie jego procentowego wchłaniania. Z tego względu im większa jednorazowa dawka magnezu, tym mniejsze jego procentowe wchłanianie i odwrotnie. Zatem z punktu widzenia zdrowia konsumenta bardziej korzystne jest przyjmowanie wielokrotnie małych dawek magnezu w ciągu dnia niż przyjmowanie jednorazowo wysokiej dawki - gdyż jej procentowe wchłanianie będzie utrudnione (opinia biegłego).

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

Tym bardziej nie znalazła żadnego potwierdzenia w prowadzonych badaniach przedstawiana w reklamach teza o sięgającej 90% przyswajalności cytrynianu magnezu, a zatem sugerowanie potencjalnemu klientowi tak wysokiego stopnia przyswajalności właśnie cytrynianu magnezu, bez oparcia tego o jakiegokolwiek wyniki badań, nakazuje przyjąć, że treści te miały na celu zachęcenie do kupna preparatu pozwanego w wyniku niepotwierdzonej informacji podanej w przekazie reklamowym. Powyższe także nakazuje zatem uznać reklamę w tym zakresie za reklamę wprowadzającą w błąd.

Z tych też względów Sąd uznał reklamę sugerującą najwyższą i najlepszą przyswajalność tylko preparatów zawierających cytrynian magnezu, a w szczególności reklamę zawierającą sformułowania odnoszące się do tej cechy suplementu produkowanego przez pozwanego, za wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. W szczególności za slogany reklamowe mogące wprowadzać w błąd potencjalnego nabywcę uznać można hasła:

- „M. B6 M. jedyny tak przyswajalny magnez. Numer 1 na świecie”;
- „magnez z wielu preparatów może przyswajać się tylko w 4 %, ale magnez z M. B6 M. przyswaja się do 90 % i pomaga zwalczyć zmęczenie i nerwowość”;
- „nie liczy się jego dawka lecz przyswajalność”;

- „dzięki zawartości cytrynianu magnezu przyswaja się aż do 90 %. Potwierdzają to niezależne badania”;
- „M. B6 M. - nic nie przyswaja się lepiej”.

W związku z powyższym Sąd nakazał pozwanemu zaniechanie publikowania jakiegokolwiek formie reklam zawierających wyżej wymienione hasła, jednakże podkreślenia wymaga, że zakazem tym objęte są nie tylko wymienione wyżej slogany, ale przede wszystkim publikowanie reklam sugerujących, że wysoka przyswajalność magnezu w organizmie ludzkim jest możliwa jedynie dzięki zawartości cytrynianu magnezu w składzie produktu; dawka magnezu nie ma znaczenia, zaś jedynym czynnikiem wpływającym na skuteczność preparatu magnezowego jest jego przyswajalność; a suplement diety M. B6 M. jest jedynym preparatem magnezowym o tak wysokiej przyswajalności.

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

Jednocześnie nie można też abstrahować od okoliczności, że przekazy podlegające tym rozważaniom stanowią hasła reklamowe, a każda reklama z istoty rzeczy, rozważana in abstracto, ma służyć skłonieniu do nabycia towaru. Jak słusznie przy tym wskazuje E. Ł. każda informacja, która jest reklamą, potencjalnie posiada cechę „abstrakcyjnej możliwości skłonienia do decyzji”. „(...) samo skłonienie do decyzji o zakupie ma wiele przesłanek, i to nawet wówczas, gdy rozważa się kwestię abstrakcyjnie. Trudno zatem dokonać analizy kwestii, na ile właśnie reklama mogła być czynnikiem sprawczym, zwłaszcza że oceny musimy dokonać in abstracto (Łętowska, Prawo umów konsumenckich, Warszawa 2002, s. 158-159).

Uznanie reklamy za wprowadzającą w błąd w rozumieniu art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k. w zasadzie przesądza o posiadaniu przez powoda legitymacji procesowej, ponieważ tego rodzaju wpływ na proces podejmowania decyzji przez konsumenta (w wyniku nieuczciwej reklamy) może odwieść go od zakupu towaru lub usługi u powoda (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2002 r., III CKN 213/01, Lex).

Biorąc pod uwagę przedmiot działalności oraz obszary rynku zbytu produktów ocenić należy pozostawanie stron (przedsiębiorców) w relacji konkurentów, zaś w takim przypadku oderwane od zasad doświadczenia życiowego i logiki byłoby przyjmowanie, że posługiwanie się przez pozwanego w pozyskaniu klientów nieuczciwą reklamą pozostaje obojętne dla interesu konkurencyjnego przedsiębiorcy. Interes ten co najmniej jest zagrożony, przez możliwe trwanie rynku zbytu w związku z nieuczciwą reklamą jego konkurenta (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 października 2005 r., I ACa 221/05, Lex; podobnie Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 19 listopada 2008 r., V ACa 108/08, Lex).

W judykaturze nie budzi wątpliwości, iż w każdym wypadku, także stosowania przepisów rozdziału 2 u.z.n.k. (a więc i art. 16), niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które wynikają z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Brak podstaw do uznania, że między art. 16 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 u.z.n.k. zachodzi relacja *leges speciales, lex generalis* i że dopiero w braku możliwości zakwalifikowania zachowania sprawcy jako nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji istnieje możliwość oceny tego zachowania przez pryzmat klauzuli generalnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 2006 r., I CSK 85/06, OSP 2008, nr 5, poz. 55). W istocie więc art. 3 u.z.n.k. pełni zarówno funkcję uzupełniającą, jak i korygującą (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4

listopada 2011 r., I CSK 796/10, LEX nr 1095811). W konsekwencji w myśl unormowania zawartego w art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest reklama sprzeczna z dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes konkurenta lub interes innego rodzaju prawnie chroniony.

Czynny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, co jest oczywiste, ale również w przypadku zagrożenia ich interesów. Jednak nie każde zagrożenie tych interesów uzasadnia potraktowanie danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji. Musi ono być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Ponadto, grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Zagrożenie musi być także realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym czy przesłanki są lub nie są spełnione nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron. Oceny dokonuje sąd rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne (por. W. Rakoczy, Sprzeczność z prawem jako przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji, ZNUJ, PWiOWI, z. 69, Kraków 1997, s. 153).

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

Artykuł 18a u.z.n.k. stanowi wyjątek od zasady rozkładu ciężaru dowodu i nie może być interpretowany rozszerzająco. Dlatego też dowód prawdziwości twierdzeń zawartych w reklamie może odnosić się tylko do wypowiedzi, które są sprawdzalne, nie sposób bowiem wykazać prawdziwości twierdzeń mających charakter ocenny, stanowiących metaforę czy mieszczących się w granicach dopuszczalnej przesady. Tak zwanemu „testowi prawdy” nie podlegają również te twierdzenia, których reklama nie zawiera, choćby pominięcie określonych informacji wprowadzało klientów w błąd. Artykuł 18a u.z.n.k. znajduje więc zastosowanie jedynie w razie podniesienia przez powoda zarzutu, że reklama zawiera elementy obiektywnie nieprawdziwe. W każdym wypadku reklamującego obciąża dowód jedynie w zakresie informacji zawartych w reklamie, nie zaś pozostałych faktów związanych z reklamą, do których udowodnienia nadal zobowiązany jest powód (R. Skubis [w:] Komentarz 2006, red. J. Szwań, s. 705). Obok dowodzenia prawdziwości twierdzeń zawartych w reklamie pozwany może również bronić się przez wykazanie, że nie zostały spełnione przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji określone w art. 16 ust. 1 pkt 2 u.z.n.k., tj. że reklama nie wprowadza w błąd lub że zakres tego wprowadzenia nie jest dostatecznie duży, aby miał on zdolność wpływu na decyzje odbiorców dotyczące nabycia towaru lub usługi I. W., [w:] Komentarz 2000, red. J. S., s. 466).

Z roszczeniem o zaniechanie (zaprzestanie określonych działań) można wystąpić, gdy dany czyn został popełniony i stan niedozwolonego działania trwa, jeżeli dany czyn nie został jeszcze dokonany - nie doszło do naruszenia cudzych praw, lecz zachodzi obawa jego dokonania, a istniejący stan zagraża interesowi pokrzywdzonego. W przypadku, gdy stan naruszenia praw, interesu innej osoby już nie trwa, ale zachodzi niebezpieczeństwo ponowienia niedozwolonych zachowań również zachodzi podstawa do zgłoszenia takiego roszczenia. Okoliczności te winien wykazać występujący z roszczeniem o zaniechanie, zaś dla uwzględnienia powództwa niezbędne jest, aby istniał w chwili zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.) co najmniej stan zagrożenia (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 listopada 2004 r., I ACA 560/04, Lex).

W praktyce najczęściej występuje w dacie orzekania sytuacja, w której emisja kwestionowanej reklamy została już zakończona, a zatem w takim przypadku powód powinien wykazać realne ryzyko ponowienia niedozwolonego działania, za czym może przemawiać kategoryczne kwestionowanie niezgodności reklamy z prawem przez pozwanego, a także inne okoliczności faktyczne. Z kolei istnienie ryzyka powtórzenia naruszenia, co do zasady, nie zachodzi w sytuacji, w której pozwany deklaruje, że naruszenie usunął, i nie zamierza posługiwać się kwestionowaną przez powoda reklamą. W literaturze przyjmuje się, że podtrzymywanie takiego żądania możliwe jest w zasadzie wyłącznie wówczas, gdy powód wykaże, że deklaracje pozwanego są gołosłowne - a zatem, że wbrew ich treści istnieje zagrożenie podejmowania przez pozwanego dalszych, sprzecznych z u.z.n.k. działań (J. Olma, M. Strzelecki, Zwalczenie nieuczciwej konkurencji w reklamie - praktyczne aspekty postępowania sądowego [w:] M. Namysłowska (red.), Reklama. Aspekty prawne, Warszawa 2012, Lex). Podkreślenia bowiem wymaga, iż art. 18a u.z.n.k. (przerzucający ciężar dowodu na pozwanego) obejmuje wyłącznie wykazanie prawdziwości oznaczeń lub informacji umieszczonych

na towarach albo ich opakowaniach lub wypowiedzi zawartych w reklamie. W pozostałym zakresie obowiązuje ogólna zasada rozkładu ciężaru dowodu z art. 6 k.c. Dotyczy to w szczególności roszczeń publikacyjnych. Uwzględnienie roszczenia publikacyjnego ma pełnić funkcję wychowawczą, informacyjną i prewencyjną, ale nie powinno stanowić represji (J. Szwaja [w:] Ustawa..., red. J. Szwaja, s. 846).

Na powódzie spoczywa ciężar wykazania, że działanie pozwanego naruszyło jego interes jego albo że interesowi temu zagraża (art. 18 ust. 1 w zw. z art. 6 k.c.). Pojęcie "naruszenie lub zagrożenie interesu" obejmuje swym zakresem wyrządzenie szkody, lecz nie jest ze szkodą tożsame. Ustawa uznaje czyny nieuczciwej konkurencji za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, ale także w przypadku jedynie zagrożenia tych interesów (art. 3 ustawy), a więc zanim dojdzie do wyrządzenia szkody (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 października 2005 r., I ACa 230/05, Lex). Pojęcie naruszenia lub zagrożenia interesu obejmuje rzeczywistą lub potencjalną szkodę w postaci utraty klienteli. W szerszym ujęciu o naruszeniu lub zagrożeniu interesu można mówić w sytuacji, w której osoba naruszająca przepisy prawa lub dobre obyczaje uzyskuje w ten sposób przewagę konkurencyjną nad innymi osobami (E. Nowińska, M. du Vall, Komentarz..., Warszawa 2008, s. 48; A. Tomaszek, O konstrukcji zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji w reklamie, M. Praw. 2001, nr 13, s. 676; podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 października 2010 r., I CSK 646/09, Lex). Pozbawienie klienteli jednakże jest jedynie pewnym hipotetycznym stanem, który może, ale nie musi wystąpić (B. G., „Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)”, (...) 2003, s. 158).

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

Powód, oprócz roszczeń o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji (reklamy), wniósł także o zobowiązanie pozwanego do dokonania przeprosin we wszystkich mediach, w których reklama pozwanego była publikowana, oraz o upoważnienie powoda do wykonania zobowiązania na koszt pozwanego. Na gruncie niniejszej sprawy w ocenie Sądu jednakże zgłoszone roszczenie publikacyjne nie zasługuje na uwzględnienie. Jak już wyżej wskazano – co do zasady roszczenie publikacyjne przysługuje jeśli stan naruszenia trwa nadal bądź istnieje zagrożenie jego ponownego wystąpienia. Z zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika zobowiązanie się pozwanego do nieużywania reklam zawierających sporne hasła, a jednocześnie pamiętać także należy, iż ostatnia publikacja spornych haseł miała miejsce w styczniu 2014 r. Niewątpliwie zaprzestanie publikowania części tych haseł wynikało z udzielonego przez Sąd Apelacyjny w Łodzi zabezpieczenia w postaci zakazania ich emisji, tym niemniej upływ czasu nie może pozostać bez wpływu na ocenę zasadności zgłoszonego roszczenia publikacyjnego. W realiach niniejszego postępowania w ocenie Sądu występuje brak podstaw do nałożenia na pozwanego obowiązku publikacyjnego, bowiem zagrożenie ponownego publikowania spornych haseł reklamowych wydaje się minimalne także ze względu na orzeczony w wyroku zakaz posługiwania się wymienionymi w wyroku sloganami oraz innymi hasłami reklamowymi sugerującymi wyjątkową przyswajalność wyłącznie magnezu zawartego w suplemencie (...) M.. Nakazanie pozwanemu opublikowanie w mediach wskazanych w pozwie oświadczeń o wskazanej w pozwie treści nie miałoby bowiem charakteru naprawczego ani prewencyjnego lecz co najwyżej represyjny, a ponadto sformułowana przez powoda treść oświadczenia stanowiłaby nie tyle sankcję nałożoną na pozwanego za stosowanie praktyk nieuczciwej konkurencji, co rodzaj reklamy dla strony powodowej (czemu roszczenie publikacyjne nie powinno służyć). Konkluzja taka nasuwa się biorąc pod uwagę dwukrotne wymienienie w treści oświadczenia nazwy powoda w sytuacji, gdy z reklam pozwanego publikowanych w 2013 r. nie można byłoby ustalić, iż przedmiotowa reklama narusza jego interes jako przedsiębiorcy. Na rynku występuje wielu producentów suplementów diety, oferujących także preparaty magnezowe zawierające różnego rodzaju sole magnezu i chelat magnezu, a zatem reklama pozwanego uznana za czyn nieuczciwej konkurencji dotyczyła w zasadzie wszystkich konkurentów i nie można było wyróżnić w tym zakresie powoda jako „dotkniętego” w szczególności sposób, tj. wymagający przeprosin z podaniem jego firmy. Niezależnie jednak od powyższych rozważań

Sąd miał na względzie także dodatkową, przesadzającą okoliczność, a mianowicie swego rodzaju stopień naruszenia w kontekście zmieniającego się stanu wiedzy w zakresie przyswajania magnezu. Biorąc bowiem pod uwagę treść złożonych do akt sprawy publikacji naukowych dotyczących suplementacji magnezowej oraz opinię biegłego, który także we wcześniej opublikowanym artykule naukowym przedstawiał jako wiarygodne wyniki badań stwierdzające bardzo wysoką bądź najwyższą przyswajalność cytrynianu magnezu w stosunku do innych soli i chelatu („Magnez aktualny stan wiedzy” – z 2015 r.) nie można abstrahować od tego, że z większości tych badań i publikacji wynika bardzo wysoka przyswajalność tej właśnie soli magnezu. Oczywiście Sąd bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w dacie zamknięcia rozprawy (art. 316 k.p.c.), jednakże przy ocenie całokształtu sprawy musi także uwzględniać zachodzące zmiany w zakresie badań naukowych i odpowiednio oceniać porównując także ze stanem (danymi naukowymi) istniejącym w dacie publikacji reklam. W tym aspekcie, co już także wyżej wskazano, Sąd dokonał surowej oceny haseł reklamowych pozwanego przewencyjnie zakazując ich stosowania nie tyle ze względu na rzeczywiste wprowadzenie w błąd odbiorcy (może jedynie co do sięgającej 90% przyswajalności cytrynianu magnezu) lecz ze względu na potencjalnie istniejącą taką możliwość i w celu powstrzymania pozwanego (a w aspekcie edukacyjnym – potencjalnie innych reklamodawców) przed używaniem zbyt kategoriycznych i jednoznacznie brzmiących haseł w sytuacji, gdy opierają się one o różnego rodzaju badania naukowe, których wyniki mogą ulegać zmianom w związku z kolejnymi badaniami. Nie budzi także wątpliwości, iż badania nad tego rodzaju związkami nie są przesadzające, bowiem jest ich nadal zbyt mało i warunki ich przeprowadzania także wzbudzają wiele kontrowersji, a co za tym idzie stawiane w nich tezy nie można uznać za przesadzające. Przedstawiane rozważania naukowe nie wykluczają twierdzeń co do bardzo wysokiej przyswajalności cytrynianu magnezu, jednakże nie pozwalają także na formułowanie kategoriycznych wniosków. Z tych też względów Sąd uznał wskazane w wyroku hasła i przesłania reklamowe za potencjalnie mogące wprowadzać w błąd i zakazał ich używania. Tym niemniej zastrzeżenia te przemawiają jednocześnie (w kontekście upływu czasu i zakazu represyjnego stosowania) za nieuwzględnieniem publikacyjnego roszczenia powoda. Żądana przez powoda treść oświadczenia zawiera także przeprosiny m.in. za wprowadzające konsumentów w błąd przekazy reklamowe w zakresie właściwości cytrynianu magnezu, a jednocześnie oświadczenie nie zawiera sprostowania nieprawdziwych danych, nie odnosi się ani do składu, ani do właściwości. Nie wskazuje także w jakim zakresie przekazy te wprowadzają w błąd (por. z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 listopada 2007 r., I ACa 334/07, Lex).

Z tych też względów Sąd oddalił pozew co do zgłoszonego roszczenia publikacyjnego.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. dokonując ich stosunkowego rozdzielenia i uznając, iż strony w równych częściach przegrały proces. Biorąc bowiem pod uwagę rodzaj i charakter zgłoszonych roszczeń nie można „wyliczyć” precyzyjnie zakresu w jakim każda ze stron uległa. Sąd uwzględnił w zasadzie w większości roszczenie powoda o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji natomiast oddalił roszczenie o publikację oświadczenia. W ocenie Sądu powyższe rozstrzygnięcie pozwala na przyjęcia równego stopnia przegrania sprawy przez każdą ze stron.

Z/ odpis wyroku wraz z uzasadnieniem doręczyć pełn. stron.

1 Ustawa z dnia 7 listopada 2014 r. o zmianie ustawy o jakości handlowej artykułów rolno-spożywczych oraz ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia, Dz.U. z 2014 r., poz. 1722.

2 G. S. (Zb. Orz. 1998, s. I- (...)), wydany na gruncie rozporządzenia 1907/90/EWG.

3 orzeczenia w sprawie C-126/91: S. gegen U. in der W. e.V. v. (...) (Zb. Orz. 1993, s. I- (...)) i w sprawie C-470/93: V. gegen U. in Handel und G. K. e.V. v. (...) (Zb. Orz. 1995, s. I-1923) – podają za Z. O..

4 C-342/97: L. M. (Zb. Orz. 1999, s. I- (...)).