

čet, jestli doslov tarifu jasný a srozumitelný. V souzeném případě nebyl sice zjištěn doslov sporného výjimečného tarifu XLIV, ač byli slyšeni dva znalci, ale vada tato není podstatnou, poněvadž není vůbec sporu o tom, že jeho ustanovení dopadala na sporné zásilky. Důvod, že kterého žalovaná strana brojí proti jeho použití jest jen ten, že tarif jest označen jako tarif vývozní, což prý znamená, že ho lze použít jen pro zboží domácího původu, sporné zásilky však byly dovezeny do Podwoločzský dráhou z Ruska, šlo tedy o průvoz cizího zboží. S hlediska železniční dopravy jest však vývozem každá přeprava zboží ze stanice tuzemské do ciziny, průvozem pak přeprava zásilky podané v cizině s přímým nákladním listem k přepravě přes domácí území do jiné cizozemské stanice. Sporné zásilky byly zásilkami vývozními, poněvadž byly podány na stanici tuzemské ku přepravě do stanice cizozemské. Jakým způsobem a kdy byly do polské podací stanice dopraveny, na tom podle původního, v čase zásilek ještě platného a teprve s účinností od 15. června 1927 změněného doslovu tarifu nezáleželo. Změna nastala pozdějším doplněním tarifu jest jen potvrzením dřívějšího jiného právního stavu. Že by tarif XLIV platil jen pro zboží domácího původu, nebylo ustanoveno ani po jeho doplnění, ač lze připustiti, že to mělo býti praktickým výsledkem doplnění. Žalovaná strana ocitá se svým výkladem, že sporný tarif platil jen pro zboží polského původu v rozporu se samým polským ministerstvem dopravy, které v dopise zaslaném dne 5. května 1927 pod č. III-3836/27 redakci Allgemeiner Tarif-Anzeiger přiznalo, že polské výjimečné vývozní tarify platí také pro zásilky došlé z ciziny, ale v domácí stanici reexpedované, tedy znova podané.

Čís. 10617.

Nekalá soutěž (zákon ze dne 15. července 1927, čís. 111 sb. z. a n.).

I použití obrazce téže barvy, v níž jest proveden obrazec příznačný pro jiný podnik, může zvýšiti zaměnitelnost, ba dokonce přičítati se § 11 zákona.

Tím, že barva zevnějšího zařízení, příznačného pro podnik, je barvou obvyklou a všeobecně používanou, nemění se nic na jeho zákonné ochraně.

Zaměnitelnost zevnějších zařízení.

V otázce, zda zevnější zařízení je pro podnik příznačné, nezáleží o sobě na vůli a úmyslu majitele podniku, nýbrž na nazírání zákaznictva, zda se zevnějším zařízením jest u něho spojena představa podniku, jemuž jest určen sloužiti.

(Rozh. ze dne 12. března 1931, Rv II 110/30.)

Žalující společnost domáhala se na žalované firmě, by žalovaná byla uznána povinnou: 1. zdržeti se užívání obrazu alligatora červené barvy

a s elipsou tento obraz obklopující ve svém obchodním styku, zejména na konvích a prospektech, dále odstraniti tuto značku ze zařízení, pohotově tu jsoucích; 2. zdržeti se užívání slova »Mobiloil« ve svém obchodním styku, obzvlášť také na konvích a v prospektech a odstraniti tuto značku ze zařízení pohotově tu jsoucích. Žalobní nárok odůvodňovala žalobkyně takto: Po svém založení žalující společnost používala značek, používaných od prvních let 20. století firmou Vacuum Oil Company A. S. ve Vídni, která před převratem obchodovala na území Československa. Značky tyto jsou dvě, a to obraz ležícího chrliče v červené barvě, zapsaná jako ochranná známka u obchodní a živnostenské komory v Praze pod čís. 15.703, jíž byly opatřeny konve a jiné nádoby žalující strany a prováděna propaganda inseráty a návštěvami pro jejich zboží, druhou odlišující značkou podniku jest slovo »Mobiloil« chráněné pro žalobkyni, jako ochranná známka u obchodní a živnostenské komory pod čís. 15.553. Žalovaná strana pokusila se využiti pro sebe námahy, kterou podnikla žalobkyně k propagaci svého podniku a zboží tím, že používala reklamních tabulek, které obsahovaly i slovo »Mobiloil«, i obraz červeného alligatora podobného chrliči žalující strany. Na výzvu, by přestala tohoto označení užívati, prohlásila žalovaná strana dopisem ze dne 17. srpna 1927, že se zdrží používání slova »Mobiloil«, používá ho však dále, na př. v cestovním almanachu na rok 1928 a v jednom inserátě, dále v oběžnících rozesílaných ještě v červenci 1928. Tento prospekt obsahuje obraz alligatora červené barvy, který při srovnání s obrazem chrliče na reklamních prostředcích žalující strany vzbudí ihned pozornost klamavou podobností, která jest sesílena ještě tím, že i žalovaná strana uzavírá svůj obrázek do elipsy, jejíž používání jest příznačné pro žalující stranu, takže touto podobností a použitím slova »Mobiloil« na několika místech prospektu musí býti kupující uveden v omyl. Žalovaná strana zřejmě používá tohoto obrazu, by způsobila záměnu s výrobky žalobkyně a využila tím dobré pověsti podniku žalobkyně. Tím se prohřešila proti ustanovení §§ 1 a 11 zák. o nek. soutěži a veškeré výzvy, by se této nekalé soutěže zdržela, zůstaly bezvýsledné. Nesprávným jest názor žalované strany, že pouhý zápis její známky, alligatora, dává jí výhradné právo používatí této známky. Ostatně žalovaná strana používá známky jinak, než ji má zapsanou, totiž barvy červené, ač zapsaná jest barvy černé. Nekalý postup žalované strany jest patrný i z toho, že počala používatí vyobrazení alligatora v červené barvě nejprve na tiskopisech a na staničních štítech, provedených ve velikosti 60×30, kdežto velikost takových štítů žalující strany jest 60×40. Stejně používala žalovaná strana na zelených konvích vyobrazení alligatora v červené barvě a současně opatřila konve označením »Alligator motoroil«. Znamka žalované strany jest »Gargoyle mobiloil« a jsou pro ni příznačné 3 základní linie: jedna vodorovná a druhé dvě, jež vystupují kolmo ku hřbetu »Gargoyle«, takže firma »Gargoyle« jeví se hrbatou. Srovnáním vyobrazení alligatora, jak ho žalovaná strana rozdílně od vyobrazení re-

gistrovaného používá, s vyobrazením chrliče lze zjistiti, že u alligatora jsou směrodatné shora uvedené tři základní linie a při povrchní pozornosti kupujícího jen tyto tři linie utkví v paměti, kterýžto dojem se sesílí ještě více, jsou-li tyto základní linie vyplněny červenou barvou a zákaznické kruhy pokládají právě tuto červenou známku za označení podniku žalující strany. Procesní soud první stolice žalobu zamítl. Důvody: Soud zjistil toto: Konev žalující strany má bílý nátěr ve formě štítku, na němž jest zobrazen ležící chrlič v červené barvě s černou obrubou a s černým nepravidelným čárkováním, nad chrličem jest slovo Gargoyle a pod ním slovo Mobiloil a pod tímto v rámci značka »B B« a dole na štítku slova »Vacuum Oil Company A. G. Prag«. Podoba konve jest podlouhlá, užší s držátkem nahoře a nálevkou na konci hořejšího dna. Všechna slova jsou v černé barvě, jen slovo Gargoyle jest uprostřed přečárkováno přerušovanou čarou a nad ním jest v červené barvě drobnějším písmem »Wählen Sie nach der Empfehlungstafel«. Pod chrličem jest drobným červeným písmem napsáno »Registrierte Schutzmarke«, totéž pod slovem Mobiloil. Podobná této konvici formou jest konvice žalované strany, která jest rovněž podlouhlá, s držátkem a s nálevkou nahoře podobně umístěnými jako u předešlé, jest však opatřena na obou širokých stěnách nátěrem ve žluté barvě, na němž jest napřed nápis »The Alligator Carwolling Oil Racing Quality for Motor-Cars«, který zabírá as polovinu štítku, jest rozdělen na 5 řádků, v prvním jest jen »The«, ve druhém »Alligator Carwolling«, ve třetím »Oil«, všechny v červené barvě, ve čtvrtém »Racing Quality«, v bílé barvě na modré půdě ohraničené bílým vroubením, na pátém v černé barvě »For Motor-Cars«. Pod těmito řádky jest Alligator v modré barvě s černým nepravidelným stínováním o bílé obrubě, pod ním slova v černé barvě »Trade Mark«, pod tím v červené barvě na jednom řádku »The Best Motorcars Greaseoil« a v černé barvě na druhém řádku »Always in the equal quality for«, na druhém řádku »Summer and Winter durable in cold« a pod tím žlutým písmem v červeném poli na jednom řádku »We strickly warn of imitation«. Třetí konev, konev žalované strany, má odlišnou podobu, její hořejší i spodní dna jsou čtverce se zakulacenými rohy a všechny čtyři boční stěny jsou stejně veliké s olivově zeleným nátěrem ve formě štítku. Na dvou protilehlých hlavních stěnách jest uprostřed vyobrazen červený, černě stínovaný Alligator v černé elipse, v jejíž dolejší části jsou černým písmem vepsána slova »Trade Mark«. Nahoře nad elipsou jsou čtyři řádky písma, první dvě s písmem červeným, černě vroubeným, a další dvě černým. Na prvním řádku jest slovo »The«, na druhém slova »Alligator Oil« červeně s černou obrubou podtržena, na třetím řádku slovo »For« a na čtvrtém »Motor-Cars« dvojím čárkováním. Pod elipsou jest na jednom řádku červeným písmem napsáno »The Best Automotor Greaseoil«, na druhém řádku černým písmem »always in the equal quality for«, na třetím černým písmem »Summer and Winter durable in cold«. Pod tímto jest níže ještě jeden řádek olivově zeleným písmem v červeném poli »We strickly warn of imitation«. Na druhých dvou protilehlých stranách jest uprostřed týž

obraz alligatora v elipse téže barvy a nad elipsou nahoře na prvním řádku červeným písmem s černou obrubou, podtržené přímkou téže barvy slovo »Autocaroil«, pod tím na dvou řádcích černým písmem »Spares fuel and make the drive slight, equal, quiet« a dole pod elipsou černým písmem na třech řádcích »Standart Quality always eqaul, always useful, durable in cold«. Pod tím jest červená širší čára. I když tvar prvních dvou konví jest stejný, liší se od sebe označením a barvou tak, že každý laik musí ihned při povrchním pohlednutí poznati, že jsou to dvě různé nádoby. Třetí konev liší se i tvarem, i barvou a označením, takže jakákoli záměna jest vyloučena i u laika. Reklamní štít žalující strany jest daleko masivnější a též větší, než žalované strany, jest natřen bílou emailovou barvou, kdežto štít žalované strany světlošedou olivovou barvou, štít žalující strany jest stejný po obou stranách, v rohu ohnutý a přibitý tak, by trčel v pravém úhlu od plochy, na níž jest přibit, do vzduchu, kdežto štít žalované strany jest určen pro přibití na stěnu, vypracován jen na jedné straně a má červenou obrubu. Štít žalující strany jest opatřen obrazem chrliče a slovem Gargoyle, Mobiloil, v téže barvě, v témže sestavení a vypracování jako na konvici, pod chrličem a slovem Mobiloil jsou slova »Registered Trade Mark«, a dole černým menším písmem »Vacuum Oil Company A. S.«. Štít žalované strany má nahoře nad alligatorem v polokruhu v základní barvě desky v černém poli slova »Alligator Oils«, v tomto polokruhu v červené barvě s černým stínováním vypouklého alligatora, pod ním drobným černým písmem »Trade Mark« a pod tím velkým černým písmem »Motor-Oil«. I při povrchním prohlédnutí těchto dvou štítů pozná i laik dle názoru soudu okamžitě, že jsou to dvě odlišné reklamní tabule. Všechny reklamní štítky, prospekty, tabulky žalující strany, jak z předložených příloh vidno, jsou opatřeny obrazem ležícího chrliče v červené barvě a nápadně velikými písmeny vytištěným slovem »Mobiloil«, charakteristickými to značkami, které padnou ihned do oka při nahlédnutí do těchto reklam. Reklamní prostředky žalované strany, které byly předloženy, jsou opatřeny obrazem alligatora, a to buď v černé neb červené barvě a krom toho slovy buď »Autocaroil«, »The Aligatoroil« neb »The Aligatormobiloil«, v tomto případě tak, že slova »The Aligator« jsou nad obrazem aligátora a méně nápadná, slova »Mobiloil« pod aligatorem nápadnými písmenami. I při povrchnějším pozorování vidno, že obrazce alligatora a chrliče jsou dosti odlišné a jen slovo Mobiloil na některých reklamách mohlo by klamati. Podle certifikátu obchodní a živnostenské komory v Olomouci ze dne 18. května 1925 a 19. května 1925 byla pro žalovanou firmu do známkového rejstříku zapsána známka obraz alligatora, připojený v černé barvě, a slovo alligator. Podle certifikátu mezinárodního známkového úřadu v Bernu ze dne 23. října 1928 byl obraz alligatora s nápisem »The Alligator-Oils« v oblouku nad obrazem alligatora zapsán pro žalovanou firmu. V dopisu žalované strany straně žalující ze dne 17. srpna 1927 prohlašuje žalovaná strana, odpovídajíc na dopis ze dne 23. července 1927, že používá podobných propagačních prostředků jako žalující strana, že používala slova Mobiloil bezelstně,

protože ho používá i řada jiných firem, protože je též jejich patentní zástupce informoval, že slovo Mobiloil není schopné ochrany, a protože nevěděli, že slovo to je chráněno pro žalující firmu, a zavazuje se, že v budoucnosti samozřejmě nebudou tohoto slova používat. V dopisu ze dne 7. května 1928 používá žalovaná strana pro svůj výrobek označení »Alligator Motor-Oil« a obraz alligatora. Žaloba opírá se o §§ 1 a 11 zák. proti nekalé soutěži. Účelem tohoto zákona jest upravití soutěžní styky v hospodářském styku, t. j. veškeré styky, spoje a vztahy, k nimž byl dán podnět jakoukoli podnikovou činností, a upravuje proto tento zákon jen soutěžní poměry podnikatelů navzájem. V § 1 zákona jest povšechná skutková podstata případů nekalé soutěže, kdežto v §§ 2 až 14 jsou uvedeny speciální skutkové podstaty a obsahuje skutková podstata § 1 tyto 4 základní prvky: 1. rozpor s dobrými mravy soutěže, 2. rušivý čin (jednání), 3. způsobilost poškoditi soutěžitele, 4. hospodářský styk. Jen jsou-li tu veškeré tyto 4 uvedené náležitosti, lze mluvit o nekalé soutěži, o jednání nekalém. Dobrými mravy soutěže rozuměti jest řadu mravních postulátů, které se kladou na účastníky výdělečných činností v zájmu udržení soutěžního pořádku. V § 11 cit. zák. jde o to, zabrániti, by používáním stejných neb podobných značek podnikaných dvěma soutěžiteli v kruzích odběratelstva nevznikl zmatek a nejistota, o který podnik v tom kterém případě jde. Mezi zevnější zařízení, která v kruzích zákaznických platí za příznačná pro cizí závod, patří i ochranné známky. Ochrana, kterou tu zákon poskytuje proti bezprávnému užívání známek, je širší, než ochrana podle zákona o ochraně známek. Od vydání zákona proti nekalé soutěži jest lhostejno, zda byla určitá známka zapsána do rejstříku známek, čili nic, platí-li jen známka za příznačnou pro určitý podnik. Je-li tomu tak, musí takovéto známce ustoupit i jiná, mladší známka, ať jest nebo není zapsána v rejstříku. Pouhý zápis známky nechrání, právě tak jako nechrání zápis firmu a mohou býti závadné známky a firmy vymazány z rejstříku na základě zvláštních žalob podle zákona proti nekalé soutěži. Žaloby tyto jsou zcela samostatné, zcela neodvislé od známkového zákona. Žalující strana nemůže býti nucena, by ke své ochraně nastoupila cestu, která je předepsána v zákoně o ochraně známek. Použitím zaměnitelné známky proviňuje se strana nejen proti zákonu o ochraně známek, nýbrž — a to hlavně — proti zákonu proti nekalé soutěži. Nekalost ochranné známky může spočívat již v jejím doslovu. Rozhoduje celkový, společný obraz známky. Způsob užívání musí býti objektivně způsobilý přivoditi záměnu. Způsobilost tu jest posuzovati výlučně podle nařízení súčasného obecnstva a podle celkového obrazu (smyslu) označení. Předpokládá se i tu průměrné obecnstvo s prostředními pozorovacími schopnostmi, tedy ani příliš prozíravé, obezřetné (na př. odborníci, znalci), ani naprosto nepozorné, lhostejné, protože v paměti zůstávají zpravidla jen charakteristické znaky obrazu. S hlediska úsudku průměrného zákazníka stačí, může-li jen část zákazníků zaměňovati značky. Není třeba, by jednající způsobilost záměny znal nebo znáti musil, aneb by přímo záměnu takovou nebo dokonce poškození soutěžitelovo zamýšlel. Stačí

prostá skutečnost, že jest tu taková způsobilost. Protože jádro § 11 cit. zák. spočívá na správném vyřešení otázky, zda je tu zaměnitelnost značky, či nikoliv, a nelze proto uvést povšechná pravidla, zkoumal soud na základě hořejších úvah, zda značky žalované strany a jejich upotřebením jsou takového rázu, že mohly v kruhu jejich zákaznictva, při úsudku průměrného zákazníka neb aspoň u části zákaznictva přivoditi zaměnitelnost obou známek. Ana žalovaná firma používala sice značek poněkud podobných značkám žalující strany, ale přece potud odchylných jak provedením, tak barvou, že u řidičů aut, kteří jsou hlavními odběrateli zboží těmito značkami opatřeného, a obě značky znají, při nepatrné pozornosti každého průměrného takového odběratele, záměna podle názoru soudu jest vyloučena, byla žaloba zamítnuta. Odvolací soud uznal podle žaloby. Důvody: Předslati jest, že odvoláním nejsou dotčeny povšechné právní zásady, z nichž vycházela prvá stolice, uvažujíc o účelu a o dosahu zákona proti nekalé soutěži, najmě o předpokladech ustanovení §§ 1, 11. Názory tam vyřčenými, jež v podstatě souhlasí s důvodovou zprávou zákona (a též s vývodem spisu Dr. K. Skály »Nekalá soutěž«), byly již vyřízeny námitky žalované firmy, jež vycházely z pojetí, že jednak žalobnímu nároku, opřenému o zákon proti nekalé soutěži, jest na závalu právo příslušející žalované firmě k ochranné známce »Alligator«, jednak že slovní známka »Mobiloil«, zapsaná pro žalobkyni, není podle zákona na ochranu známek způsobilá k zápisu a že proto nemůže vůbec býti podkladem žalobní žádosti č. 2. (Netřeba proto ani poukazovati na právní zásady, vyslovené v rozhodnutí sb. n. s. čís. 8856, najmě ana v odvolacím řízení žalovaná ony námitky již ani neuvádí). Třeba si nyní ujasniti, že na žalobkyni bylo, by dokázala předpoklady zdržovací a odstraňovací žaloby podle §§ 1, 11 uved. zák., a to: 1. že zvláštního označení podniku, o které jde, používá po právu již jiný soutěžitel, žalující firma, svou ochrannou známkou »Gargoyle« (chrlič) v červené barvě, a že zvláštní zevnější zařízení podniku, totiž známka »Mobiloil« platí v zákaznických kruzích za příznačnou pro podnik žalobkyně; 2. že žalovaná používá řečeného zvláštního označení a zevnějšího zařízení podniku způsobem takovým, že mohla z toho vzejíti ve styku zákaznickém záměna s označením nebo zevnějším zařízením žalující firmy; stačí arci, bylo-li užívání objektivně způsobilé přivoditi záměnu. Jde tudíž o to, především zkoumati, na kolik tyto předpoklady žaloby jsou sporné, či nepopřené. Při srovnání oba-
polného přednesu stran jeví se nepopřným, že žalobkyně používala k označení svého podniku známky chrliče v červené barvě dříve, než užívala žalovaná známky aligátora v téže barvě. Žalovaná má přes to za to, že v použití červené barvy při vyobrazení aligátora není omezena a že žalobkyně na tuto barvu nemá monopol. Příznačnost známky »Mobiloil« sice žalovaná upírá, avšak vlastně jen v tom smyslu, že po právu neměla prý tato známka vůbec býti pro žalobkyni zapsána, poněvadž jest prý to běžné a obecně užívané označení druhu zboží, o které tu jde. Rozhodně a důsledně popírá žalovaná, že známka aligátora jest klamavě podobná a zaměnitelná se známkou chrliče. Pokud se týče pře-

devším známky »Mobiloil«, nešlo podle stavu věci a podle skutkového zjištění prvního soudu jen o napodobení, nýbrž o přímé osvojení, o usurpaci této známky žalovanou firmou. Prvá stolice z ohlédání konví, reklamních štítů a prostředků obou stran sama také již usoudila, že (jen) slovo »Mobiloil« na některých reklamách mohlo by klamati. Při tom první stolice nepřihlédla k tomu, že se žalovaná již před žalobou a před účinností zákona č. 111/1927 jednou omluvila žalobkyni pro používání slova »Mobiloil« a zavázala se v budoucnosti ho samozřejmě již neužívat, ano je pro žalující firmu chráněno (příl. D). V této souvislosti jest zdůrazniti, že nesejde na tom, zda žalovaná užívala slova »Mobiloil« snad bezelstně, neboť podle smyslu zákona proti nekalé soutěži není předpokladem na straně žalovaného vědomí bezprávnosti, stačí, že užívání známky bylo objektivně způsobilé přivoditi záměnu. Lhostejné je též, zda slovo »Mobiloil« bylo v rejstříku známek pro žalobkyni zapsáno právem, čili nic, rozhodující je jen, zda toto zvláštní zevnější zařízení, žalující firmou nesporně užívané jakožto označení téhož druhu zboží, platí v zákaznických kruzích za příznačné pro její podnik. Tuto okolnost první stolice nevzala vůbec na zřetel a, pokud neučinila o tom výslovné zjištění, vytýká odvolatelka jako kusost řízení, že měla první stolice po případě o tom provéstí nabídnuté důkazy svědky a znalci. Než odvolací soud považuje tyto důkazy za postradatelné, neboť, ohlédnuv sám přílohy a reklamní prostředky stranami předložené, došel k přesvědčení, že označení »Mobiloil« platí skutečně v řadách zákaznictva za příznačné pro podnik žalující firmy. Klamavost a zaměnitelnost tohoto zevnějšího zařízení netřeba vyšetřovati, poněvadž při usurpaci slova »Mobiloil« je dána sama sebou a rozpoznal ji ostatně již první soud, byť i s hlediska odchylného. Už na tomto podkladě je tudíž žalobní žádost odůvodněna, pokud se tkne užívání slova »Mobiloil«, poněvadž netřeba se o tom šířiti, že tímto jednáním v obchodním styku dostala se žalovaná v rozpor s dobrými mravy soutěže. Jest pojednati o závadném napodobení známky žalobkyně »Gargoyle« známkou »Alligator«, pokud jí používá žalovaná v červené barvě a s elipsou. I. Na kolik se známka »Gargoyle« posuzuje jako značka podniku, bylo již shora vytčeno jako okolnost nepopřená, že žalobkyně užívala červené barvy k zobrazení své známky dříve, než žalovaná; časová priorita užívání žalobkyní jest tedy po této stránce nesporná (sr. slovo »již« v odst. (1) § 11). Pokud se užívání této červené barvy považuje za zvláštní zevnější zařízení podniku podle odst. (3) § 11 (kde se příkladmo uvádějí některá taková zařízení, k nimž nepochybně jest počítati i užívání zvláštní barvy), vyžaduje se i tu příznačnost (odlišnost), uznávaná v kruzích zákaznických. Že známka »Gargoyle« právě svou červenou barvou platí v řadách zákaznictva za příznačnou pro podnik žalobkyně, žalovaná zvlášť nepopřela. I když se však tato okolnost pokládá za popřenou vzhledem na povšechnou první větu žalobní odpovědi, neváhá odvolací soud zjistiti tuto náležitost i tu obdobně, jak učinil shora při označení »Mobiloil«, takže ani tu neshledal potřebné, by o tom byl prováděn důkaz znalci, odvolatelkou již v první stolici nabídnutý. II. Jest zkoumati, zda žalovaná užívá známky aligatora

způsobem takovým, že z toho mohla ve styku zákaznickém vzejít záměna se známkou »Gargoyle«. Prvá stolice ve svých povšechných úvahách správně nastínila, že objektivní klamavost jest posuzovati výlučně podle nazírání súčasného obecnstva a podle celkového obrazu (smyslu) označení, že se tu předpokládá průměrné obecnstvo s prostředními pozorovacími schopnostmi, protože v paměti zůstávají zpravidla jen charakteristické znaky obrazu, že dále, poněvadž jest přihlížeti k úsudku průměrného zákazníka, stačí, když jen část zákazníků může zaměňovati, a že není třeba, by jednající znal anebo znáti musil způsobilost záměny, neřku-li, by záměnu nebo dokonce poškození soutěžitele také přímo zamýšlel. Leč při právním posouzení, zda v souzeném případě je tu zaměnitelnost značky, první soud pochybil, pustiv sám se zřetele ony povšechné zásady, jež před tím nastínil. I tak uznal ovšem první soud alespoň, že žalovaná používala značek poněkud podobných značkám žalobkyně. Pokud poukazuje k tomu, že přec jsou oboje značky odchýlné i provedením i barvou, naráží očividně na rozdíly, jež zjistil před tím při srovnávacím popisu konví a reklamních štítů stranami předložených, ale tyto rozdíly v jednotlivostech mají tu právě význam jen podružný (any v paměti průměrného obecnstva zůstávají zpravidla jen charakteristické znaky obrazu) a o červené barvě obou značek ani žalovaná sama netvrdila, že se navzájem odlišují. První soud omylem vycházel z dojmu, kterým — při odlišnosti některých jednotlivostí — působí obě značky, když se umístí vedle sebe a zevrubně srovnávají, kdežto při správném posouzení jest vycházeti z celkového obrazu nebo dojmu té a oné značky, a to z tak zv. matného upomínkového obrazu, neboť průměrný zákazník, s nímž jest počítati, nemá zpravidla po ruce značku soutěžitelovu, by jí mohl srovnati s jinou podobnou značkou, nýbrž v mysli se mu vybaví spíše jen povšechná mlhavá představa starší značky, v níž nebývá místa pro jednotlivosti. Že s tohoto hlediska obrazy chrliče (gotického draka) a aligátora již o sobě vykazují jakousi podobnost, nelze upírat, a odvolatelka na to již v řízení první stolice poukázala, dovozujíc, že příznačné pro oba obrazy jsou tři základní linie (vystižněji řečeno, že oběma obrazům lze opsati podobný rovnoramenný trojuhelník, obrácený vrcholem vzhůru). Tato podobnost stává se však pro průměrného zákazníka vskutku klamavou, any oba obrazce jsou vyplněny červenou barvou a nad to ještě umístěny v elipse, klamavou přes to, že nápisy na nich jsou rozdílné. S prvním soudem nelze dále souhlasiti ani v tom, že má na zřeteli jen řidiče aut, kteří prý jsou hlavními odběrateli druhu zboží oběma značkami označeného a obě značky znají, neboť, i když se připustí, že řidiči aut i při letmé pozornosti obě značky rozeznají, jest proti tomu uvážiti, že ani podle úsudku první stolice ani podle obecné zkušenosti nejsou výhradními odběrateli řečeného zboží, a první stolice sama přec ve svých povšechných úvahách správně vytkla, že stačí, když jen část zákazníků může značky zaměňovati. Odvolací soud dospěl proto k úsudku opačnému, než první stolice a má také námitku žalované, že se k reklamním návštěvám hodí ponejvíce jen dvě barvy, černá a červená, za lichou; právě vzhledem na zaměnitelnost

obou značek, o něž jde, je oprávněným příkazem dobrých mravů soutěže, by žalovaná firma ve svém obchodním styku volila pro svou značku kombinaci jiných barev.

Nejvyšší soud zrušil rozsudek odvolacího soudu v napadené části a vrátil věc odvolacímu soudu, by o odvolání žalobkyně dále jednal a znovu rozhodl. »

Důvody:

K vývodům dovolatelky o dovolacím důvodu právní mylnosti (§ 503 č. 4 c. ř. s.) nelze vůbec přihlížeti potud, pokud se rozplývají v povšechném vychvalování rozsudku prvního soudu a v planém polemizování s názory odpůrkyně a s výklady odvolacího rozsudku, nedolichující, že odvolací rozsudek nesprávným výkladem hmotného práva mylně ho použil na skutkový děj nižšími soudy zjištěný. Pokud v dovolatelčiných vývodech lze spatřovati přece jen i takové právní vývody, nelze jim dáti za pravdu. Jest především nesprávný názor dovolatelky, podle něhož žalobkyně sama se prý ani neodvážila tvrditi, že mezi její obrazovou známkou chrliče a dovolatelčíným obrazem alligatora jest podobnost působící možnost záměny, a proto prý nežádala zákaz užívati obrazu alligatora, nýbrž žádala jen zákaz použití červené barvy při jeho vyobrazení. Pro vyvrácení tohoto názoru stačí poukázati k 1. odstavci žalobního návrhu. Netřeba proto také s dovoláním podrobněji probírat otázku, pokud může barva o sobě býti podle § 11 (3) příznačnou pro určitý podnik, neboť, i kdyby bylo lze dáti názoru žalované v té příčině za pravdu, neměnilo by to nic na správnosti názoru odvolacího soudu. Odvolací soud právem zdůrazňuje, že, vykazují-li srovnávané obrazy stran pro jejich podniky jinak příznačné jakousi podobnost povšechných rysů, tato podobnost se stává pro průměrného zákazníka vskutku klamavou při provedení obou obrazů v téže —, tu červené —, barvě. Třebaže tedy barva o sobě není pro určitý podnik příznačná a snad nezpůsobí zaměnitelnost obrazů jinak různých, přece zajisté zvětšuje zaměnitelnost obrazů poněkud si podobných, byly-li provedeny v téže barvě. Takové provedení alespoň usnadňuje v zákaznickém styku záměnu obrazů nebo podobného zvláštního zevnějšího zařízení podniku pro podnik příznačného. I z něho může tudíž vzejíti záměna, již má býti § 11 zák. o nek. soutěži zabráněno, a přiči se proto užívání obrazce provedeného v jisté barvě, je-li i v tomto provedení — v této barvě — příznačný pro určitý podnik, právě tak předpisu § 11 zák. o nek. soutěži jako zneužívání jakýchkoli jiných zevnějších zařízení podniku pro podnik příznačných. Ostatně doznává dovolání samo, že samozřejmě může po případě též volba určité barvy, určité kombinování (sdružení) barev dáti reklamnímu předmětu příznačný ráz, avšak vylučuje tuto možnost při černé, bílé a červené barvě, protože se těchto barev prý při tisku všeobecně všude používá, any prý jsou barvami nejprvotnějšího knihtisku a prvky nejobyčejnější reklamy. Než, nehledíc k tomu, že se těmito vývodům dovolatelky po skutkové stránce nedostává zjištění nižších

soudů, při rozboru dovolacího důvodu právní mylnosti nezbytného, nemohou obstát ani po právní stránce, protože z ustanovení § 11 nelze nijak usuzovati, že použití zevnějších zařízení podniku jest dovoleno, když se pro podnik stala příznačnými přes to, že jsou provedena v barvách obvyklých aneb všeobecně i k jiným účelům používaných. Nesejde na tom, jaká jest barva zevnějšího zařízení pro podnik příznačného, zejména zda jeho barva je obvyklá a všeobecně používaná, nýbrž jde o to, by dotčené zařízení — ať už je provedeno v jakékoliv barvě, třebaže i v barvě všeobecně používané, bylo pro určitý podnik příznačné a aby z jeho použití jinou osobou mohla vzejít záměna ve styku. Jsou proto dovolatelovy výtky právní mylnosti názoru, že známka žalobkyně právě pro svou červenou barvu může v řadách zákaznictva platiti za příznačnou pro podnik žalobkyně, liché. I co do názoru o zaměnitelnosti obou obrazů, o které jde spor, lze plně schváliti důvody odvolacího rozsudku. Dovolání je nemůže vyvrátiti již proto, že se výslovně obírá jen se statí rozsudku v dovolacím spise opsanou, ale úplně pomijí a nijak nedoceňuje důvody odvolacího rozsudku v jeho statí II. Není proto dovolatelčina výtka právní mylnosti ani po této stránce odůvodněna. Právem však vytýká dovolání ve vývodech k dovolacímu důvodu vadnosti řízení a rozporu se spisy (§ 503 č. 2 a 3 c. ř. s.) společně provedeným odvolacímu soudu vadnost řízení, protože neshledal potřebným, by byl prováděn důkaz znalci, dovolatelkou již v první stolici nabídnutý. Odvolací soud považuje důkaz ten za postradatelný, protože, ohlédnuv sám přílohy a reklamní prostředky stranami předložené, došel k přesvědčení, že známka »Gargoyle« právě svou červenou barvou platí v řadách zákaznictva za příznačnou pro podnik žalobkyně. Avšak ze zjištění založených na oněch průvodních prostředcích lze snad usuzovati, že si žalobkyně jimi doložené zevnější zařízení podniku zavedla jako příznačné pro svůj podnik a že jich také z tohoto důvodu a k tomuto účelu používá, ale není v nich skutkový základ pro úsudek, že ono zevnější zařízení podniku bylo v zákaznických kruzích skutečně uznáno a u nich platí za příznačné pro podnik žalobkyně, že totiž obecnostvo je vztahuje k podniku žalobkyně, takže, spatří-li průměrný zákazník vyobrazení obrazce žalobkyně, o nějž tu jde, se mu zároveň také z podvědomí vynořuje představa podniku žalobkyně. Aby odvolací soud důkazy žalobkyní v té příčině nabídnuté, ale jím neprávem pominuté dodatečně provedl, byl odvolací rozsudek zrušen (§ 510 a 496 č. 2 a 3 c. ř. s.).

Čís. 10618.

Útraty odkladu exekuce hradí z a t í m dlužník, jenž se ho domáhá, nebo třetí osoba, jež vylučuje věci z exekuce; k o n e č n ě lze rozhodovati o tom, kdo hradí útraty odkladu exekuce teprve po skončení sporu při zastavení exekuce nebo při obnovení odložené exekuce.

(Rozh. ze dne 13. března 1931, R I 772/30/3).