

prof. dr hab. Andrzej Falkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny

ORCID: 0000-0001-5919-1110

e-mail: andrzej.falkowski@swps.edu.pl

mgr Zuzanna Słupicka

Kancelaria Prawno-Patentowa Ryszard Skubisz

Prawo i psychologia w ochronie znaku towarowego na rynku konkurencyjnym

Law and psychology in the trademark protection on a competitive market

Na gospodarczym rynku konkurencyjnym duże znaczenie ma ochrona znaku towarowego. Ta ochrona wynika z tego, że pojawiają się firmy, które w celu wzrostu sprzedaży swoich produktów korzystają z wypracowanej wartości marki oryginalnej poprzez jej naśladowanie w warstwie werbalnej lub graficznej. W takim celu stosowane są także negatywne reklamy porównawcze. Prawo reguluje ochronę znaków towarowych, wskazując na podobieństwo jako kluczowy element konieczny dla powstania niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia towarów i usług. Dokładnie określa także warunki stosowania reklamy porównawczej. Jednak ocena podobieństwa z perspektywy psychologicznej różni się od tej oceny, która została wypracowana w prawie. W artykule na kilku przykładach badań empirycznych wykonanych w ramach ekspertyz sądowych pokazano sposób doświadczenia podobieństwa przez konsumentów między znakami towarowymi. Przedstawione badania wskazują na możliwość zintegrowania podejścia prawnego i psychologicznego w ocenie podobieństwa w behawioralnym podejściu do prawa analogicznym do ekonomii behawioralnej respektującej ludzkie wybory.

Słowa kluczowe

znak towarowy, reklama negatywna, podobieństwo marek, nieuczciwa konkurencja

Trademarks' protection plays an essential role in the economic competitive market. This protection results from the fact that there are companies that launch new products and in order to increase sales they benefit from the value of an original brand by imitating verbal or graphic forms of the brand. Negative comparative advertising is also used for this purpose. Trademark law regulates precisely the protection of trademarks, pointing at similarity as a key element in creating a misleading situation about the origin of goods and services. Moreover, it also defines conditions in which comparative advertising may be used in order to protect consumers from misleading practices. However, evaluation of similarity from a psychological perspective differs from the concept that has been developed within the legal system. Several examples of empirical studies conducted as a part of forensic examinations have revealed how consumers experienced the similarity between trademarks. The presented research shows a possibility of how to integrate legal and psychological approaches in similarity evaluation within the legal-behavioral framework as it is commonly seen in behavioral economics, which respect people's choices.

Keywords

trademark, negative advertising, brand similarity, unfair competition

JEL: M38

Wstęp

Współczesna walka na rynku konkurencyjnym toczy się już nie tyle w zakresie jakości produktów i usług, co w zakresie tworzenia ich obrazów w umyśle konsumenta. Technologia produkcji

przekroczyła już granice naszych zmysłów, do których można było odwoływać się, różnicując przedmioty ze względu na jakość. Faktycznie nie jesteśmy w stanie naszymi zmysłami rozróżnić dwóch takich samych zdjęć na kartce papieru, jeśli jedno jest wykonane w rozdzielczości 20 megapikseli,

a drugie w rozdzielczości 10 megapikseli. Można jednak zróżnicować je w umyśle konsumenta, wykorzystując jego plastyczność pozwalającą na tworzenie różnej rzeczywistości na podstawie takich samych bodźców. Psychologia procesów spostrzegania dostarcza zaawansowanej wiedzy na temat mechanizmów poznawczych, których uruchomienie powoduje różne widzenie tej samej rzeczywistości, np. figura wieloznaczna może być różnie spostrzegana na podstawie takiej samej grafiki (rysunek 1).

Warunkiem uruchomienia takich mechanizmów jest posiadanie właściwej wiedzy na temat rzeczywistości gospodarczej na konkretnym rynku. Keller (2013) przedstawia badania marketingowe, w których konsumenci wyraźnie rozróżniają smaki różnych marek piwa, jeśli widzą ich nazwy. Jednak usunięcie nazw marek powoduje nagłą utratę zdolności różnicowania próbowanych piw. Wszystkie wydają się już takie same, co sprawia wrażenie, że ich percepcja smaku niespodziewanie się osłabiła. Z pewnością jakość produktów, a także ich odbiór na poziomie zmysłowym pozostawała taka sama. Skąd więc to różnicowanie? Jest ono wynikiem różnej wiedzy aktywowanej przez konsumenta w procesie percepcji produktu danej marki, co oznacza, że w spostrzeganiu otaczających bodźców jest także uruchamiana pamięć. Zapisywana w pamięci wiedza jest nabywana przez konsumenta w wyniku systematycznie doświadczanych przekazów perswazyjnych w strategiach marketingowych, różnicuje jakość produktów różnych marek i w konsekwencji wpływa na ich preferencje. Jedne stają się bardziej pożądane i częściej kupowane od innych, i w konsekwencji zyskują coraz większą wartość. Można więc określić wymierną wartość finansową marki. Forbes co jakiś czas przedstawia wartość w pieniądzu najcenniejszych marek świata.

Markę posiadającą dużą wartość należy więc chronić przed jej bezprawnym użyciem przez firmy konkurencyjne, co nierzadko ma miejsce na rynku gospodarczym i stanowi naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy. Takie bezprawne użycie na ogół sprowadza się do naśladowania marki w jej wersji werbalnej lub graficznej. W związku z tym na gruncie prawa znaków towarowych zarówno doktryna, jak i orzecznictwo podjęły próbę określenia, jakiego rodzaju podobieństwo może spowodować wprowadzenie w błąd konsumentów. Jednocześnie psychologia dostarcza wielu badań nad sposobem doświadczania podobieństwa między znakami i także definiuje podobieństwo z perspektywy konsumenta spostrzegającego bodźce marketingowe.

Jednak są pewne różnice w ocenie podobieństwa na gruncie prawa znaków towarowych oraz w psychologii. Zrozumienie, na czym one polegają, niewątpliwie pozwoli znacznie lepiej zrozumieć, czy

w konkretnym przypadku można mówić o naruszeniu znaku towarowego, i przygotować argumentację dowodzącą, że miało ono miejsce lub nie miało ono miejsca.

Perspektywa prawna w ochronie znaku towarowego

W nauce prawa znak towarowy, czyli marka chroniona prawem ochronnym na znak towarowy, jest powszechnie klasyfikowany jako dobro niematerialne. Marka stanowi oznaczenie odróżniające, wyodrębnione spośród pozostałych oznaczeń ze względu na to, że pełni funkcję odróżniającą towar ze względu na jego pochodzenie (Nowińska, Promińska i Szczepanowska-Kozłowska, 2014). Łatwo zatem rozróżnimy napoje chłodzące Coca-Cola i Pepsi czy proszki do prania Persil i Visir. Jednak już nie tak łatwo rozróżnimy nazwy komputerowe Intel i Wintel, czy nazwy kosmetyków Bruno Banani i Bruno Banal — ze względu na ich podobieństwo fonetyczne. Może mieć zatem miejsce niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd konsumenta, który pomyli nazwy marek i produkt firmy naśladującej weźmie za produkt marki oryginalnej.

W świetle regulacji prawnej identyczność lub podobieństwo znaku podmiotu uprawnionego i osoby trzeciej, obok identyczności lub podobieństwa towarów, stanowi konieczny warunek powstania niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd, a w konsekwencji przyznania im ochrony (art. 296 ust. 2 pkt 2 Ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej). Ocena podobieństwa przeciwstawianych oznaczeń, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, powinna być dokonywana na trzech płaszczyznach: *wizualnej, fonetycznej oraz znaczeniowej* i przyjąć należy, że znaki są do siebie podobne, jeśli są one podobne przynajmniej na jednej z tych płaszczyzn porównawczych (Skubisz, 2017).

Na gruncie prawa w ocenie podobieństwa oznaczeń bardzo dużą rolę odgrywają wypracowane przez doktrynę i orzecznictwo dyrektywy tej oceny. Stwierdzenie naruszenia prawa z uwagi na ryzyko pomylenia dwóch znaków towarowych, z których jeden naśladuje drugi, wynika między innymi z analizy ich podobieństwa na wskazanych trzech płaszczyznach porównawczych. Taka analiza pozwala stwierdzić, czy faktycznie konsument może pomylić oba znaki. Oznajmia się zatem coś, co ma miejsce czy też może mieć miejsce w rzeczywistości. Podstawą takiej analizy jest zbieżność dwóch znaków na podstawie ich cech, a więc wyprowadza się obiektywną wielkość podobieństwa, która

wpływa na sposób spostrzegania tak oznakowanych towarów.

Ochrona znaku towarowego ma również miejsce na gruncie przepisów prawa, które określają warunki stosowania reklamy porównawczej. Do roku 2000 stosowanie takiej reklamy było w naszym kraju w zasadzie zabronione. Jednak wkrótce ujednociono polską regulację dotyczącą reklamy porównawczej zawartą w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z regulacją Unii Europejskiej. Przyjęto bowiem założenie, że konsument powinien być dobrze poinformowany na temat rynku produktów i usług, z których korzysta, i reklama porównawcza jest jednym ze źródeł takich informacji. Jednak stosowanie takiej reklamy wymaga spełnienia restrykcyjnych warunków.

Zgodnie z art. 16 ust. 3 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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) jest reklamą wprowadzającą w błąd,
- 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 chro-

nioną nazwą pochodzenia albo innym oznaczeniem odróżniającym.

Każda reklama porównawcza musi być oceniona z punktu widzenia kumulatywnego spełnienia przesłanek z punktów 1–8. Jeżeli którykolwiek z tych warunków nie jest spełniony, to reklama porównawcza stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Należy zwrócić uwagę na to, że dla kwalifikacji reklamy jako reklamy porównawczej nie jest konieczne bezpośrednie odniesienie się do produktów konkurencyjnych. Ustawodawca wprowadził szeroką definicję takiej reklamy, aby można było nią objąć różne jej rodzaje, w tym również takie, które jedynie w sposób pośredni odnoszą się do produktów konkurencyjnych. Ponadto w literaturze przedmiotu wskazuje się, że reklama porównawcza to nie tylko taka reklama, w której bezpośrednio wskazywana jest osoba konkurenta, ale również taka, w której występuje jedynie nawiązanie do cech towarów lub usług oferowanych przez innego przedsiębiorcę (Zdyb i Sieradzka, 2016). Pośrednia reklama porównawcza jest zatem taką, w której produkt reklamowany porównywany jest do innego produktu, ale jego nazwa nie jest wskazana wprost, natomiast poprzez zastosowany charakterystyczny kształt czy kolor można zidentyfikować produkt konkurencyjny.

Analiza podobieństwa znaków towarowych jest punktem wyjścia w rozstrzygnięciu sporów, czy miało miejsce naruszenie prawa. Jest to dochodzenie do prawdy zgodne z tzw. klasyczną definicją prawdy epistemicznej, według której prawda jest zgodnością poznania ze stanem rzeczy. Dokładne pojęcie tej definicji przedstawia m.in. Krąpiec, Kamiński, Zdybicka i Jaroszyński (1992) oraz Falkowski (2003a) w kontekście podejmowania decyzji.

Perspektywa psychologiczna w ochronie znaku towarowego

Klasyczna definicja prawdy, która odnosi się do istoty poznawania otaczającej rzeczywistości, a więc także gospodarczej, nie sprawdza się jednak w różnych sytuacjach doświadczenia bodźców marketingowych przez konsumentów. Popatrzmy najpierw na sposób spostrzegania bodźców percepcyjnych, których przykłady przedstawia rysunek 1, często pokazywany w podręcznikach z dziedziny psychologii (np. Maruszewski, 2001).

Jeśli dokładnie wpatrzmy się w figurę po lewej stronie, to możemy zobaczyć, że przedstawia ona obraz kobiet młodej lub kobiety starej. Podobnie figura po prawej stronie może być spostrzegana albo jako kielich, albo jako dwa profile twarzy. Te

Rysunek 1. Figury wieloznaczne: „kobieta stara–młoda”, „profile–kielich”



Źródło: opracowanie własne na podstawie (Maruszewski, 2001, s. 44 i 48).

przykłady odnoszą się do tak zwanych rysunków typu *switch-gestalt*, czyli przełączania się z jednego sposobu widzenia postaci na drugi sposób. Pokazują ponadto jedną ważną rzecz. Mianowicie, jeśli nie widzielibyśmy wcześniej kobiety młodej lub starej lub nie widzielibyśmy wcześniej ludzkich twarzy, to także nie zobaczylibyśmy ich na przedstawionych rysunkach. Oznacza to, że proces spostrzegania otaczającej rzeczywistości, w której rozpoznajemy różne obrazy, jest ściśle związany z procesami pamięciowymi. W związku z tym stwierdzenie faktu, że obrazek przedstawia kobietę młodą, nie jest zgodnością poznania ze stanem rzeczy, ponieważ za chwilę możemy zobaczyć kobietę starą. W tym miejscu dostrzegamy problem z klasycznym pojęciem prawdy, jaka bowiem ta kobieta jest naprawdę?

Przedstawione zagadnienie stwierdzania prawdy ma także miejsce na rynku gospodarczym w sytuacji, kiedy istnieje podejrzenie o ryzyku wprowadzenia konsumenta w błąd z uwagi na podobieństwo znaków towarowych. Popatrzmy zatem kolejno na dwie sprawy sądowe dotyczące naruszenia prawa ochronnego na znak towarowy, z których jedna dotyczy produktów mocno angażujących na rynku komputerowym, a druga dotyczy produktów mało angażujących na rynku środków czystości. Bardzo dobrze pokazują one znaczenie wiedzy oraz pamięci konsumentów w różnym spostrzeganiu takich samych bodźców marketingowych.

Znaczenie wiedzy w kształtowaniu się podobieństwa między znakami towarowymi

W roku 2000 Firma Intel Corporation z siedzibą w Santa Clara wystąpiła do sądu z pozwem o zakazanie czynów nieuczciwej konkurencji przeciwko firmie Com Pol II Spółka z o.o., wprowadzającej na rynek komputerowy program telekomunikacyjny o nazwie WinTel. Przedmiotem sporu było podobieństwo znaku towarowego WinTel do znaku Intel. Powód twierdził, że podobieństwo obu znaków jest tak duże, że może wprowadzać konsumentów w błąd co do pochodzenia towarów. Przyglądając się obu nazwom, widzimy, że różnią się one tylko jedną literą. Można odnieść wrażenie, że spółka Com Pol II do nazwy swojego produktu dodała literę „W” przed nazwą „Intel”.

Produkty komputerowe są powszechnie używane także przez konsumentów, którzy nie znają się na technologii informatycznej. Jednak osoba niebędąca specjalistą, na przykład absolwent historii sztuki czy filologii polskiej, nie pójdzie od razu do sklepu, żeby nabyć potrzebny mu program telekomunikacyjny lub procesor, tylko najpierw poprosi fachowca w dziedzinie informatycznej o poradę. W podejmowaniu decyzji zakupowej laicy spostrzegają taki produkt oczami eksperta. W związku z tym obraz rynku informatycznego określony nazwami marek komputerów i oprogramowania po-

winien być różny u eksperta i laika. Zostaną teraz przedstawione te elementy ekspertyzy, które odpowiadają na pytanie sądu, czy konsument może pomylić ze sobą znaki towarowe WinTel i Intel (Falkowski, 2003b).

Przeprowadzono badania nad podobieństwem wybranych znaków towarowych z rynku komputerowego, takich jak Compol II, AMD, WinFax, Sox, oraz znaki WinTel i Intel, w których zastosowano test wolnych skojarzeń. Na podstawie wyprowadzanych skojarzeń można było policzyć skojarzeniowy indeks podobieństwa między każdą parą znaków. Im więcej wspólnych skojarzeń i mniej różnych, tym dwie nazwy są do siebie bardziej podobne pod względem znaczeniowym. Struktura znaczeniowa znaku towarowego należącego do danej firmy zawiera w sobie wiedzę, którą konsument ma na jej temat. Ta wiedza tworzy się na podstawie doświadczenia konsumenta z produktem tej firmy, jak i jego reklamami oraz opiniami innych użytkowników. Szczegółową metodologię wyprowadzania skojarzeniowego indeksu podobieństwa przedstawiają m.in. Kleine i Kernan (1988) oraz Falkowski, Sidoruk-Błach, Bartosiewicz i Olszewska (2018).

Badaniom poddano 35 laików nieznanących się na branży komputerowej i 35 ekspertów informatyków. Wyniki badań opracowano metodą skalowania wielowymiarowego i na podstawie otrzymanych

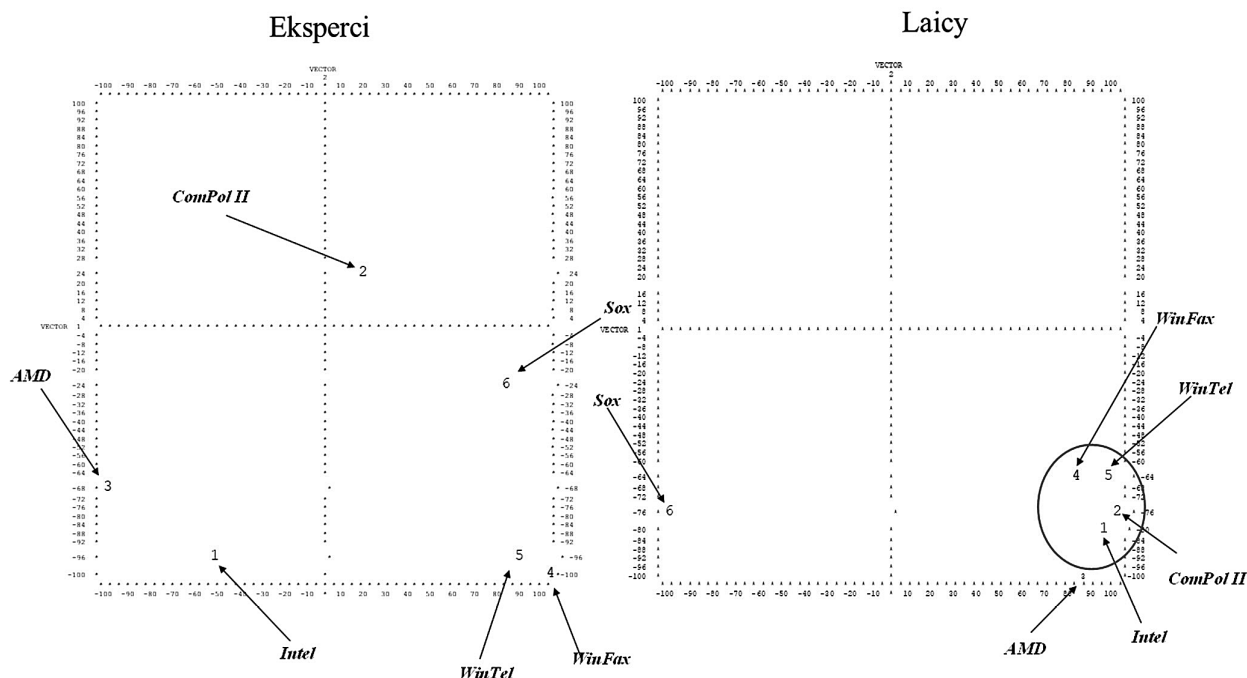
poznawczych reprezentacji można było zobaczyć, które znaki znajdują się blisko siebie, a więc są podobne pod względem znaczeniowym, a które są od siebie oddalone. Rysunek 2 przedstawia poznawcze reprezentacje znaków towarowych dla ekspertów i laików.

Wyniki okazały się klarowne — dla laików w zasadzie wszystkie znaki oznaczają to samo, ich struktury znaczeniowe są do siebie bardzo podobne, przedstawione im nazwy są nierozróżnialne. Na wykresie wyraźnie widać, jak bardzo blisko siebie znalazły się nazwy AMD, Intel, WinTel, Compol II i Winfax. Taki rezultat wyraźnie kontrastuje z poznawczą reprezentacją ekspertów, gdzie te nazwy są już od siebie mocno oddalone.

Posiadana wiedza na dany temat wyraźnie różnicuje spostrzeganą rzeczywistość rynkową. Dwa bodźce, znaki towarowe dla grupy laików wydają się bardzo podobne do siebie i mogą być łatwo mylone ze sobą, co wynika z braku u nich wiedzy komputerowej. Dla grupy ekspertów te same znaki są już łatwo rozróżnialne i nie będą pomyłone w wyniku posiadania specjalistycznej wiedzy na ich temat.

Znaczenie wiedzy uruchomianej podczas spostrzegania dwóch bodźców i wpływającej na ich różnicowanie łatwo można wykazać w następującej psychologicznej demonstracji przedstawionej na rysunku 3.

Rysunek 2. Przestrzenna reprezentacja podobieństwa między znakami towarowymi u ekspertów i laików



Źródło: (Falkowski, 2003b, s. 16).

Rysunek 3. Różnicowanie bodźców w kontekście i bez kontekstu

Źródło: opracowanie własne.

Rysunek 3 przedstawia tory kolejowe, w których wpisane są dwie kreski. Wyraźnie dostrzegamy różnicę w ich długości, kreska znajdująca się wyżej jest spostrzegana jako dłuższa od kreski znajdującej się niżej. To różnicowanie wynika z wiedzy, że w perspektywie dwa przedmioty są tej samej długości wówczas, jeśli ten dalszy na obrazie siatkówki oka jest krótszy od przedmiotu znajdującego się bliżej. Ponieważ na przedstawionym rysunku długości odcinków są takie same, to uruchomienie wiedzy na temat rozkładu wielkości przedmiotów w przestrzeni i ich odbicia na siatkówce powoduje, że kreska znajdująca się wyżej, a więc dalej, jest spostrzegana jako dłuższa od kreski znajdującej się niżej. Jeśli jednak usuniemy perspektywę i tym samym wiedzę, że górna kreska znajduje się dalej od kreski dolnej, to zobaczymy, że są one tej samej długości, stają się one już nierozróżnialne, tak jak to przedstawia prawa część rysunku 3.

Przykład ten dobrze ilustruje różnicowanie znaków towarowych z rynku komputerowego przez ekspertów i laików. Eksperti posiadający wiedzę na temat rynku informatycznego dobrze różnicują znaki, podobnie jak wiedza na temat perspektywy wpływa na różnicowanie dwóch kresek na rysunku 3. Laicy nieposiadający takiej wiedzy nie rozróżniają znaków, podobnie jak nie rozróżni się długości dwóch kresek, jeśli nie będzie uruchomiona perspektywa, w której jedna kreska znajduje się dalej od drugiej.

Przedstawione podejście w ocenie podobieństwa znaków towarowych podkreśla kontekst wiedzy, w jakim to podobieństwo jest doświadczane. Nie można zatem mówić o podobieństwie obiektywnym, które odpowiadałoby stanowi rzeczy zgodnie z klasyczną definicją prawdy. Niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd, wynikające między innymi z podobieństwa znaków towarowych, musi zatem uwzględniać dwa elementy: a) specjalistyczną wiedzę oraz b) sposób kupowania produktów komputerowych. Jeśli te produkty są mocno angażujące, to laicy, zanim je kupią, będą się najpierw radzić ekspertów. W związku tym nie ma możliwości pomylenia znaku towarowego WinTel ze znakiem Intel.

Pojęcie podobieństwa na rynku znaków towarowych ma więc charakter pragmatyczny, a ryzyko pomylenia dwóch znaków zależy od znajomości rynku i sposobu, w jaki dany segment konsumentów kupuje produkty oznaczone tymi znakami. Wielkość ich podobieństwa nie jest zatem stała, ale zależy od wiedzy konsumenta, która różnicuje znaki towarowe.

Pamięć i znajomość znaków towarowych w kształtowaniu się ich podobieństwa

Na kształtowanie się podobieństwa między dwoma konkurencyjnymi znakami wpływa także róż-

na ich znajomość u konsumentów. Popatrzmy na dwa odplamiacze Vanish i Fresh Drop, których opakowania są w kolorze różowym (rysunek 4). Pierwsza marka jest bardzo znana, natomiast druga w momencie jej wprowadzenia na rynek w 2009 roku była w ogóle nieznana.

Drop, której znajomość wynosiła tylko 0,75. Z kolei aż 83% konsumentów kojarzyło kolor różowy z nazwą Vanish, podczas gdy prawie wszyscy konsumenci nie kojarzyli żadnego koloru z nazwą Fresh Drop, tylko dwie osoby wskazały na kolor niebieski.

Rysunek 4. Opakowania odplamiaczy Fresh Drop i Vanish



Źródło: (Falkowski, 2010, s. 19).

Konsekwentne reklamowanie koloru różowego dla produktów Vanish w Polsce od połowy lat 90. XX wieku silnie kojarzy ten bodziec z nazwą Vanish. Można zatem było podejrzewać, że konsumenci pomylą markę Fresh Drop z Vanish na zasadzie podobieństwa kolorów. Takie pomyłki mogą mieć miejsce wówczas, jeśli spełnione są dwa warunki: a) skojarzenie Vanish z kolorem różowym jest silne oraz b) marka Vanish jest znana na rynku środków czystości w porównaniu z mało znaną marką Fresh Drop. W związku z tym wykonano ekspertyzę sądową, która odpowiada na pytanie, czy konsument może pomylić markę Fresh Drop z Vanish na zasadzie podobieństwa opakowań (Falkowski, 2010; Falkowski, Olszewska i Ulatowska, 2015).

Wyniki wstępnych badań pokazały, że znajomość marki Vanish w grupie liczącej 76 konsumentów środków czystości wynosiła aż 9,32 na 11-punktowej skali, gdzie 0 oznaczało „w ogóle nie znam”, a 10 „znam bardzo dobrze”. Ten wynik mocno kontrastuje ze znajomością marki Fresh

Taki rezultat pozwala z dużą pewnością przewidywać, że konsument spostrzegający na półce sklepowej odplamiacz Fresh Drop weźmie ten produkt za Vanish. Co więcej, współczesna wiedza psychologiczna nad doświadczeniem podobieństwa wskazuje na to, że konsument już nie weźmie Vanish za Fresh Drop. Oznaczałoby to, że Fresh Drop jest podobny do Vanish, ale Vanish już nie jest tak podobny do Fresh Drop. Wynika to z tego, że podobieństwo między dwoma bodźcami nie jest symetryczne, ale zależy od punktu odniesienia, czyli tego opakowania, do którego inne opakowanie jest porównywane. Jeżeli tym punktem odniesienia jest bodziec bardzo znany, na przykład opakowanie Vanish w kolorze różowym, to wszystkie inne opakowania tej samej kategorii produktu będą do niego podobne. Jeśli jednak punktem odniesienia są opakowania marek mało znanych, to opakowanie Vanish już nie będzie do nich podobne. Wynika to z tego, że opakowanie Vanish ma charakter bodźca prototypowego, którego empirycznym wskaźnikiem jest jego duża znajomość. Wystarczy

charakterystyczna cecha tego bodźca — kolor różowy opakowania produktów czyszczących — aby natychmiast przywołać w świadomości markę Vanish. Kolor ten nie będzie jednak przywoływał innych marek tych produktów.

Wydawałoby się, że mamy do czynienia z paradoksem, gdzie podobieństwo między tymi samymi bodźcami jest różne, zależnie od punktu odniesienia, jakim jest bodziec porównywany. Ten problem braku symetryczności w podobieństwie dwóch bodźców został dokładnie przedstawiony w kontrastowej teorii podobieństwa, której istotę można zilustrować następującym przykładem. Idealne koło, jako tak zwana dobra figura spełniająca prawa organizacji percepcyjnej (*gestalt*), jest bodźcem prototypowym. Szereg figur będących niewielkim zniekształceniem tego prototypu dość łatwo pozwala rozpoznać to koło, a więc tworzą one jedną kategorię istotnie różniącą się, na przykład od kwadratów. W związku z tym powiemy, że elipsa jest podobna do koła, ale już nie powiemy, że koło jest podobne do elipsy (Tversky, 1977). Właśnie na takiej samej zasadzie można stwierdzić, że Fresh Drop jest bardzo podobny do Vanish, natomiast Vanish już nie jest tak podobny do Fresh Drop. Można więc łatwo pomylić opakowanie Fresh Drop z opakowaniem Vanish, ale opakowania Vanish z opakowaniem Fresh Drop już nie pomylimy.

W związku z tym w przeprowadzonych badaniach empirycznych nad rozpoznawaniem opakowań środków czyszczących zastosowano tak zwaną procedurę DRM opracowaną przez Roedigera i McDermotta (1995) do badania tworzenia się fałszywej pamięci na zasadzie podobieństwa bodźców. Została ona dostosowana do badania fałszowania pamięci bodźców marketingowych i stwierdzania,

czy konsument wprowadzany jest w błąd w wyniku podobieństwa znaków towarowych i opakowań produktów (Falkowski, Olszewska i Ulatowska, 2015). Procedura ta polega na tym, że konsumentom przedstawia się zestaw bodźców werbalnych lub obrazowych, a po chwili przerwy pokazuje się bodziec nowy lub znajdujący się w prezentowanym zestawie z zapytaniem, czy on się już wcześniej pojawił.

Do badań empirycznych zastosowano szereg zestawów opakowań produktów różnych marek odplamiaczy. Popatrzmy na wyniki badania dwóch zestawów przedstawionych na rysunku 5, które ustosunkowują się do przedstawionego zagadnienia niesymetryczności w podobieństwie bodźców.

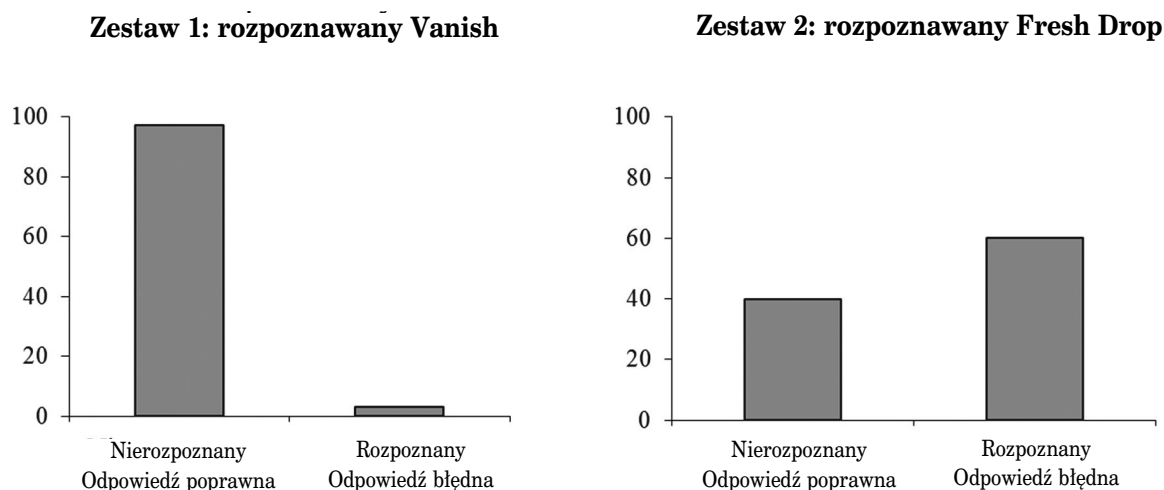
Konsumentom przedstawiono kolejno dwa zestawy zawierające cztery różne opakowania, następnie zaprezentowano jedno opakowanie i zapytano ich, czy pojawiło się ono w zestawie opakowań. Różnica między tymi zestawami polegała na tym, że zamieniono miejscami marki Vanish i Fresh Drop. W zestawie pierwszym Fresh Drop znajdował się w zbiorze prezentowanych opakowań, natomiast Vanish był rozpoznawany. W zestawie drugim było odwrotnie, Vanish znajdował się w zbiorze prezentowanych produktów, natomiast Fresh Drop był rozpoznawany. Wyniki rozpoznawania przedstawia rysunek 6.

W prezentacji zestawu pierwszego prawie wszyscy konsumenci stwierdzili poprawnie, że opakowanie Vanish się nie pojawiło. Natomiast w prezentacji zestawu drugiego aż 60% konsumentów błędnie rozpoznawało, że było tam opakowanie Fresh Drop. Konsumenci, spostrzegając opakowanie środka czyszczącego Fresh Drop, przywołują z pamięci markę Vanish i dlatego błędnie twierdzą, że opakowanie Fresh Drop było wcześniej pre-

Rysunek 5. Opakowania odplamiaczy Vanish i Fresh Drop w procedurze rozpoznawania



Źródło: (Falkowski, 2010, s. 19).

Rysunek 6. Procent poprawnych i błędnych rozpoznań Vanish i Fresh Drop w zestawie pierwszym i drugim

Źródło: (Falkowski, 2010, s. 19).

zentowane. Natomiast opakowanie Vanish nie przywołuje marki Fresh Drop. Mamy więc do czynienia z silną asymetrią w procesie rozpoznawania opakowań. Łatwo można pomylić opakowanie Fresh Drop z opakowaniem Vanish, natomiast opakowania Vanish już nie pomylimy z opakowaniem Fresh Drop.

Wyniki badań pokazują, że podobieństwo między tymi samymi dwoma opakowaniami może być różne w zależności od punktu odniesienia. Opakowanie słabo znanej marki Fresh Drop jest zatem podobne do opakowania bardzo dobrze znanej marki Vanish, natomiast opakowanie Vanish do Fresh Drop już nie.

Wielkość podobieństwa między tymi samymi bodźcami marketingowymi nie jest stała i zależy nie tylko od posiadanej wiedzy na temat danego rynku, ale także od punktu odniesienia w porównywaniu bodźców. Koncepcję badań zgodnie z procedurą DRM zastosowaną do stwierdzenia pomyłek w rozpoznawaniu opakowań na rynku środków czystości można zastosować jako skuteczne narzędzie rozstrzygające, czy ma miejsce naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy.

Podobieństwo marki w reklamie porównawczej

Typowym zachowaniem konsumentów na rynku gospodarczym jest porównywanie posiadanego produktu do produktów marek konkurencyjnych. To porównywanie do bodźców zewnętrznych jest istotą oceny otaczających przedmiotów i zdarzeń, wbudowaną w środowisko konkurencyjne i zostało dokładnie opisane w pracach dotyczących prefe-

rencji i podejmowania decyzji ekonomicznych (Greenspan, 2008; Kahneman, 2012; Thaler, 2015). Każda ocena zależy od punktu odniesienia (*point-of-reference*) oraz od sposobu sformułowania problemu w przekazach perswazyjnych, takich jak reklamy porównawcze.

Rysunek 7 przedstawia dwa przekazy perswazyjne zastosowane przez firmę FoodCare, naklejkę na opakowaniu własnego napoju energetyzującego Black oraz reklamę porównawczą przedstawioną na billboardzie (Falkowski, 2011).

Nazwa widniejąca na opakowaniu puszki została rozerwana, pozostały tylko czerwone pręgi, między którymi widoczne są trzy litery: T, G i R. Jeśli zerwiemy naklejkę, ukazuje się oryginalne opakowanie napoju energetycznego Black. Na billboardzie natomiast puszka z rozerwanym opakowaniem współwystępuje z puszką Black. Nietrudno się bowiem domyślić, że napis T, G, R przywołuje w świadomości markę Tiger należącą do Maspexu u konsumentów napojów energetyzujących na zasadzie uzupełniania przez umysł brakujących elementów. Ta zasada została opisana w psychologii postaci (*gestalt*) jako prawo domykania, które ilustruje rysunek 8.

Na rysunku 8 widzimy czarny trójkąt oraz jej kontur. Jednak tego trójkąta na tym rysunku nie ma, na czarnym tle widnieją jedynie trzy białe, wycięte kółka. Nasz system percepcyjny jest tak skonstruowany, że w umyśle dodajemy automatycznie brakujące elementy, dążymy do domknięcia figury i w efekcie tworzymy nieistniejący na obrazku przedmiot.

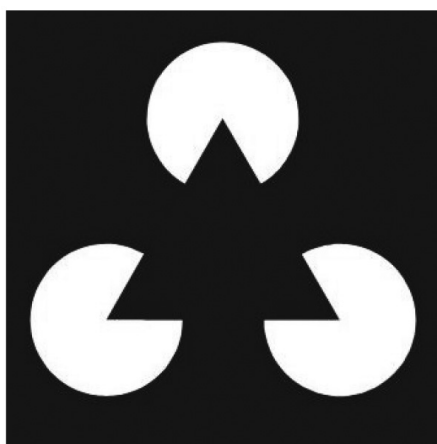
W zastosowanych reklamach porównawczych firma FoodCare odwołuje się do obecnego na rynku produktu Tiger spółki MWS. Spółka FoodCare usiłuje wypromować swój produkt Black w taki

Rysunek 7. Billboard i naklejka na opakowaniu napoju energetyzującego Black



Źródło: (Falkowski, 2011, s. 4).

Rysunek 8. Iluzoryczny kontur trójkąta



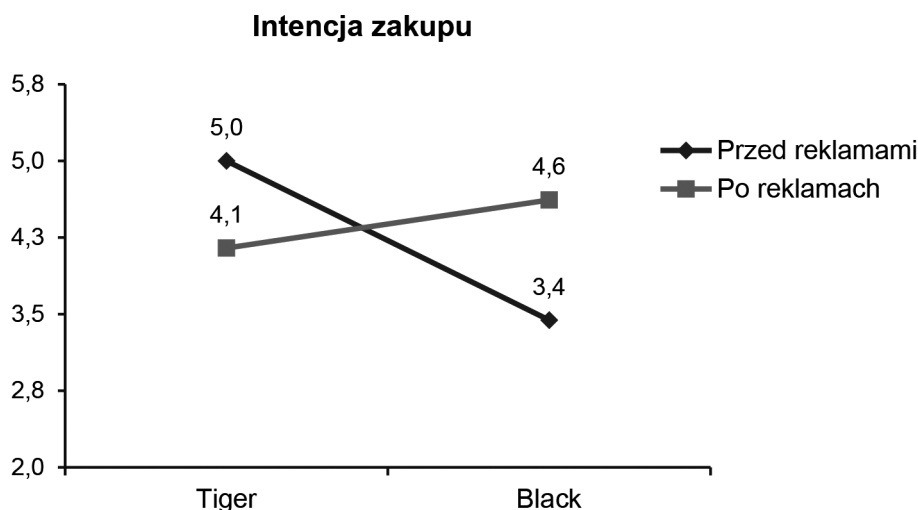
Źródło: (Falkowski, 2000, s. 46).

sposób, że marka Tiger jest niszczona i przekształcana w nazwę Black (rysunek 7). W takim przekazie mamy zatem do czynienia z transferem negatywnych skojarzeń z niszczonej marki pro-

duktu przedstawionej w reklamach FoodCare na obecną na rynku markę napoju Tiger należąca do spółki MWS. Przeniesienie skojarzeń z negatywnie przedstawionej marki umożliwia rozpoznanie rozerwanego opakowania T G R, jako aktualnie istniejącego na rynku opakowania Tiger.

Należy zatem przyjrzeć się psychologicznemu mechanizmowi, jaki uruchamia się podczas spostrzegania negatywnej reklamy porównawczej, który został przedstawiony w ramach sądowej ekspertyzy psychologicznej (Falkowski, 2011). W celu pokazania mechanizmu oddziaływania negatywnych przekazów perswazyjnych na zachowania konsumentów badaniom poddano 68 konsumentów, którzy oceniali markę Tiger i Black przed reklamami, a następnie ci sami konsumenci ocenili ją po zastosowaniu reklam przedstawionych na rysunku 7. W związku z tym testowaniu poddano wizerunek obu marek oraz intencję zakupu napoju energetyzującego na skali pewności od 0 do 10. Aby pokazać specyficzność wpływu negatywnych reklam porównawczych, wystarczy analiza zmian chęci zakupu, które przedstawia rysunek 9.

Rysunek 9. Wpływ negatywnej reklamy porównawczej na chęć zakupu napojów energetyzujących Tiger i Black



Źródło: (Falkowski, 2011, s. 31).

Wyniki badania naturalnie pokazują spadek chęci zakupu napoju Tiger po obejrzeniu przez konsumentów reklamy negatywnej. Pewność zakupu napoju marki Tiger spada z 5,0 do 4,1. Ponadto wyniki potwierdzają jeszcze jedną prawidłowość oddziaływania negatywnych przekazów perswazyjnych. Takie przekazy nie tylko osłabiają wizerunek i chęć kupowania produktu marki atakowanej, ale także wpływają na wzrost chęci posiadania produktu marki atakującej, wzrosła bowiem chęć zakupu napoju energetyzującego Black z 3,4 do 4,6. Ten efekt, w którym jedna marka traci, a druga zyskuje w wyniku zastosowanej strategii marketingowej, nazywa się *efektem negatywności*, co w przedstawionym przykładzie potwierdza statystycznie istotna wariancja interakcji między dwiema zmiennymi: a) marka (Tiger, Black) i b) prezentacja marek (przed reklamami, po reklamach) w zastosowanej analizie wariancji [(F(1, 66) = 9,65, p < 0,01].

Ten mechanizm psychologiczny efektu negatywności uruchamiany w wyniku stosowania negatywnej reklamy porównawczej, w którym jednocześnie następuje spadek wartości marki atakowanej i wzrost marki atakującej, zaobserwowano także w wielu innych badaniach. Na rynku ubezpieczeniowym zastosowane negatywne reklamy Link 4 atakujące konkurencyjne towarzystwa ubezpieczeniowe pokazały spadek jakości i osłabienie wizerunku tych towarzystw i jednocześnie wzrost jakości i wzmocnienie wizerunku towarzystwa ubezpieczeniowego Link 4 (Falkowski, Szymański i Woźnica, 2009). Podobnie na rynku politycznym, gdzie znacznie częściej stosuje się negatywne reklamy porównawcze, polityk atakujący przeciwni-

ka znacznie zyskuje na wartości, niezależnie od tego, że ocena polityka atakowanego spada (Kaid, 1997).

Podsumowanie

Chociaż na gruncie prawa w ocenie podobieństwa oznaczeń dużą rolę odgrywają wypracowane przez orzecznictwo dyrektywy tej oceny, to nie ulega wątpliwości, że te dyrektywy powinny wynikać z wiedzy psychologicznej odnoszącej się do postrzegania rzeczywistości przez człowieka. Przedstawiony artykuł odpowiada na kluczowe pytanie, jakie czynniki wpływają na to, że oznaczenia są do siebie podobne z punktu widzenia przeciętnego odbiorcy oraz kiedy można mówić o niebezpieczeństwie wprowadzenia w błąd i ryzyku skojarzenia znaków.

Przede wszystkim pojęć podobieństwa znaków towarowych i niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd nie należy rozpatrywać w kategoriach absolutnych, czyli na podstawie obiektywnej oceny zbieżności cech na trzech płaszczyznach podobieństwa (wizualnej, fonetycznej oraz znaczeniowej). Znaki Wintel i Intel są podobne fonetycznie, jednak grupa ekspertów bardzo dobrze je różnicuje, natomiast grupa laików je myli. W związku z tym podobieństwo znaków towarowych na tych trzech płaszczyznach porównywania jest modyfikowane zapisaną w pamięci wiedzą konsumentów. Także kluczowym elementem w porównywaniu jest punkt odniesienia, bowiem inaczej jawi się podo-

bieństwo, jeśli obiektem porównywanym jest znany znak towarowy, a obiektem porównującym znak mało znany, a inaczej jeżeli jest odwrotnie, gdzie do mało znanego znaku porównuje się znak znany. Ta asymetria podobieństwa dobrze ujawniła się w sytuacji analizy podobieństwa znaku Vanish do jego naśladowcy.

W związku z tym nie da się określić wielkości podobieństwa w znaczeniu obiektywnym, wynikającym z analizy zbieżności cech na trzech płaszczyznach podobieństwa, a więc stwierdzić zgodności poznania ze stanem rzeczy, co odpowiada klasycznej definicji prawdy. W analizie podobieństwa znaków towaro-

wych należy więc przyjąć inne pojęcie prawdy, zgodnie z którym to podobieństwo nie odnosi się do zewnętrznej rzeczywistości, tylko jest wyprowadzane z umysłu operującego pamięcią konsumentów. Takie podejście jest zgodne z rozwijającym behawioralnym podejściem do prawa integrującym psychologię. Podobnie jak ekonomia behawioralna zwraca uwagę na zachowania sprzeczne ze standardowym, racjonalnym modelem, tak behawioralne podejście do prawa zwraca uwagę na sprzeczność między systemem prawa opartym na standardowych, normatywnych analizach a systemem respektującym ludzkie wybory (Thaler, 2015; Jolls, Sunstein i Thaler, 1998).

Bibliografia

- Falkowski, A. (2001). Spostrzeganie jako mechanizm tworzenia doświadczenia za pomocą zmysłów. W: J. Strelau (red.), *Psychologia: Podręcznik akademicki* (t. 2, s. 26–55). Gdańsk: Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Falkowski, A. (2003a). Decyzja, analogia i wiedza: podejście konstruktywistyczne. W: Z. Piskorz i T. Zaleskiewicz (red), *Psychologia umysłu* (s. 114–130). Gdańsk: Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Falkowski, A. (2003b). *Opinia na temat niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia programu komputerowego oznaczonego znakiem towarowym „WinTel”, na podstawie badania podobieństwa znaku „WinTel” do znaku „Intel” należącego do firmy „Intel Corporation” (z uwzględnieniem fonetyki obu znaków i znaczenia słów „WinTel” i „Intel”)*. Ekspertyza dla Sądu Gospodarczego w Poznaniu.
- Falkowski, A. (2010). *Opinia na temat niebezpieczeństwa wprowadzenia w błąd co do pochodzenia środków czyszczących firmy Gold Drop na podstawie podobieństwa ich opakowań do opakowań środków czyszczących „Vanish” firmy Reckitt Benckiser*. Ekspertyza dla firmy Reckitt Benckiser.
- Falkowski, A. (2011). *Wpływ kampanii reklamowej „ORYGINALNY SMAK W NOWEJ PUSZCE” napoju energetyzującego „Black” Sp. z o.o. FoodCare, na postrzeganie konkurencyjnego napoju „Tiger”*. Ekspertyza dla Firmy MWS Maspex.
- Falkowski, A. (2012). Poznawcze teorie podobieństwa w kształtowaniu wizerunku marki gospodarczej i politycznej. W: A. Falkowski i T. Zaleskiewicz (red.), *Psychologia poznawcza w praktyce: Ekonomia, biznes, polityka* (s. 261–332). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Falkowski, A., Olszewska, J. i Ulatowska, J. (2015). Are look-alikes confusing? The application of the DRM paradigm to test consumer confusion in counterfeit cases. *Marketing Letters*, 26, 461–471. <https://doi.org/10.1007/s11002-014-9279-0>
- Falkowski, A., Sidoruk-Blach, M., Bartosiewicz, Z. i Olszewska, J. M. (2018). Asymmetry in Similarity Formation: Extension of Similarity Theory to Open Sets of Features. *American Journal of Psychology*, 131(2), 151–159. <https://doi.org/10.5406/amerjpsyc.131.2.0151>
- Falkowski, A., Szymański, M. i Woźnica, A. (2009). Deprecjacja marki w negatywnej reklamie porównawczej. *Marketing i Rynek*, 16(1), 15–21.
- Greenspan, A. (2008). *Era zawirowań*. Warszawa: Warszawskie Wydawnictwo Literackie, MUZA SA.
- Jolls, C., Sunstein, C. R. i Thaler, R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 50, 1471–550.
- Kahneman, D. (2012). *Pułapki myślenia*. Poznań: Media Rodzina.
- Kaid, L. L. (1997). Effects of television spots on images of Dole and Clinton. *American Behavioral Scientist*, 40(8), 1085–1094. <https://doi.org/10.1177/0002764297040008009>
- Keller, K. L. (2013). *Strategic Brand Management. Building, Measuring and Managing Brand Equity*. New Jersey: Prentice Hall.
- Kleine, R. E. i Kernan, J. B. (1988). Measuring the Meaning of Consumption Object's: An Empirical Investigation. *Advances in Consumer Research*, 15, 498–504.
- Krapiec, M. A., Kamiński, S., Zdybicka, Z. i Jaroszyński, P. (1992). *Wprowadzenie do filozofii*. Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL.
- Maruszewski, T. (2001). *Psychologia poznania*. Gdańsk: Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Nowińska, E., Promińska, U. i Szczepanowska-Kozłowska, K. (2015). *Własność przemysłowa i jej ochrona*. Warszawa: LexisNexis.
- Roediger, H. L. III i McDermott K. B. (1995). Creating False Memories: Remembering Words Not Presented in Lists. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, 21, 803–814.
- Skubisz, R. (2017). *System Prawa Prywatnego, Prawo Własności Przemysłowej*, (tom 14 B). Warszawa: CH Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN.
- Thaler, R. H. (2015). *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. New York: W. W. Norton and Company.
- Tversky, A. (1977). Features of similarity. *Psychological Review*, 84(4), 327–352. <http://dx.doi.org/10.1037/0033-295X.84.4.327>
- Zdyb, M. i Sieradzka, M. (2016). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zapraszamy na naszą stronę internetową

www.marketingirynek.pl

