

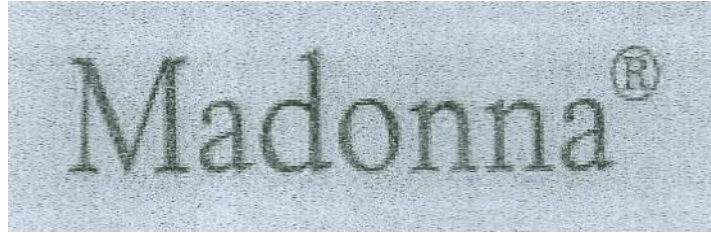
**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN "MADONNA"
KARARI:
DİNİ SEMBOL VE KELİMELERİN MARKA OLARAK TESCİL
EDİLEBİLİRLİĞİ ÜZERİNE**

Çev. / Übersetzt von

Araş. Gör. Mehmet Hamza Arslan**

Vakıalar

A. 22 Nisan 2004 tarihli bir Alman temel tesciline dayanarak, 123 456 tescil numaralı "Madonna" sözcüğü/figüratif işareti (fig.) 15 Aralık 2004'te İsviçre için koruma talepleri ile birlikte uluslararası kayıtlara kaydedilmiştir. Başvuru 25 Ağustos 2005'te, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü¹ ("WIPO") tarafından İsviçre Federal Fikri Mülkiyet Enstitüsü'ne (IGE) iletilmiştir. Marka, koyu kırmızı ve gümüş grisi renk talebi ile aşağıdaki görünüme sahiptir.



(...)

IGE 24 Ağustos 2006'da, X. Ticari Markaları Koruma Derneği'ne (davacı) geçici ret kararı (mutlak red sebeplerine dayalı olarak) vermiştir. Bunun gerekçesi ise İtalyanca bir kelime olan "Madonna" işaretinin Bakire Meryem ve İsa'nın Annesi anlamına gelmesi ve bu nedenle bir Hristiyan

* BGE 136 III 474.

** Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, (m.arslan@tau.edu.tr). ORCID: 0000-0002-7661-0062.

¹ Çevirenin Notu: Metnin devamında "WIPO" olarak geçmektedir.

inanç topluluğuna mensup tüketicilerin dini duygularını ihlal etme ihtimalinin bulunmasıdır. Bu nedenle işaret genel ahlaka aykırı olarak sınıflandırılmalı ve tescil başvurusu reddedilmelidir.

B. Bunu, davacının çeşitli argümanlar ortaya koyduğu kapsamlı bir dilekçeler teatisi izlemiştir yani; "Madonna" kelimesinin çeşitli başka anlamlarının bulunduğu (örneğin, ilk isim olarak veya sahne ve görsel sanatlarda Maria ile Bebek İsa için bir isim olarak) İsviçre ticari marka kayıtlarında "Madonna", "Christ", "Maria" veya "Mönch" kelimelerini içeren benzer mallara ilişkin çeşitli tesciller içerdiğini ve İsviçre tüketicilerinin "Madonna" kelimesiyle modayı bağdaştırmaya alışkın olduğu yönünde iddialar ileri sürülmüştür.

13 Mart 2008 tarihli bir kararla² IGE, "Madonna" kelimesinin ticari marka olarak kullanılmasının İsviçre Hristiyan nüfusunun bir kısmının dini duygularını ihlal edebileceği gerekçesiyle geçici reddini tamamen teyit etmiştir.

Federal İdare Mahkemesi, davacı tarafından açılan davayı³ 12 Nisan 2010 tarihli kararla reddetmiştir.

C. Hukuki konularda dava açan eden davacı, 12 Nisan 2010 tarihli Federal İdare Mahkemesi kararının bozulmasını ve IGE'ye İsviçre'de talep edilen tüm mallar nezdinde 123 456 uluslararası kayıt numaralı marka için marka koruması vermesinin ve uluslararası otorite WIPO'ya gönderilen Koruma reddi bildirimini iptaline karar vermesinin emredilmesini talep etmiştir. Federal mahkeme başvuruyu reddetmiştir.

Değerlendirmeler

2. (...)

2.2 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilen Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Anlaşması'na ("PVUe") (PVUe; SR 0.232.04) göre, markanın ortak ahlaki veya kamu düzenini ihlal etmesi durumunda korumaya izin verilmemesi mümkündür. Böyle bir hükmün kendisi kamu düzenini ilgilendirmediği, sadece marka kanunu hükümlerine

² Çevirenin Notu: "Verfügung"

³ Çevirenin Notu: "Beschwerde"

uymadığı için kamu düzenine aykırı olarak kabul edilemez. [PVUe md. 6^{quinquies}/B(3)]. MSchG⁴ (SR 232.11) md. 2/d hükmüne göre kamu düzenini, genel ahlakı ya da ilgili mevzuatı ihlal eden işaretler marka koruması dışındadır.

3. OR⁵ md. 20'ye ilişkin içtihatlarla göre ahlaka aykırılık, mevcut ahlakın, yani genel ahlak duygusunun veya genel hukuk sisteminde bulunan etik ilke ve standartların ihlal edilmesi durumunda gündeme gelir (BGE 132 III 455).

Nüfusun geniş bir kesiminin sosyal-etik, ahlaki, dini veya kültürel duygularını ihlal etmesi muhtemel işaretler ahlaka aykırı kabul edilmekle birlikte İsviçre'de yaşayan azınlıklar da göz önünde bulundurulmalıdır. Ahlaka aykırı işaretler, örneğin; ırkçı, din karşıtı ya da dini duygular ihlal eden veyahut cinsel olarak rahatsız edici içerikli işaretlerdir. (bkz. MICHAEL NOTH, Markenschutzgesetz, Noth/Bühler/Thouvenin [Hrsg.], 2009, N. 24 zu Art. 2 lit. d MSchG; bkz. EUGEN MARBACH, Markenrecht, SIWR Bd. III/1, 2. Aufl. 2009, Rz. 666 vd.; LUCAS DAVID, bkz. Basler Kommentar, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2. Aufl. 1999, N. 73 zu Art. 2 MSchG; MATHIS BERGER, Ahlaka aykırı işaretler korunmaz, bkz. Sic. Sondernummer 2005, 125 Jahre Markenhinterlegung, s. 41 vd., 43; CHRISTOPH WILLI, MSchG, Kommentar [...] 2002, N. 262 zu Art. 2 MSchG).

Rahatsız edicilik sadece işaretin içeriğinde bulunmayabilir. (Ayrıca bkz. BERGER, a.g.e., s. 43). Özellikle dini anlamı olan işaretler için, işaretin anlamı kendi başına ihlal teşkil etmez. Aksine, dini isimler ve semboller genel olarak etik olarak değerlidir. Ahlaka aykırı olan içerik değil, işaretin ticari kullanım için seçilmesidir. (bkz. MARBACH, a.g.e., Rz. 663 ve Fn. 869; NOTH, a.g.e., N. 24 zu Art. 2 lit. d MSchG). Bu tür işaretlerin marka korumasından dışlanması nedeni, marka olarak ticarileştirmelerinin ilgili dinin üyelerinin dini hislerinin ihlaline neden olabilmesidir. Bu bağlamda davacının dini duyguların ihlalden soyutlanamayacağı yö-

⁴ Çevirenin Notu: Markaların ve Menşe İşaretlerinin Korunması Hakkında Federal Kanun

⁵ Çevirenin Notu: Borçlar Kanunu

nündeki görüşünde haklılık payı bulunmaktadır. Ancak davacının iddiasının aksine alt mahkeme bunu tespit etmekte yanılmamış, çünkü ilgili dinle ilgili kimselerin dini duygularının ihlal edilip edilmediğinin önemli olduğunu belirtmiş ve takiben söz konusu uyuşmazlıktan etkilenen "Madonna" isminin marka olarak kullanılması durumunda dini inançları ihlal edip etmeyeceğini incelemiştir.

4. Alt mahkeme ilk olarak **MSchG md. 2/d'**ye göre mutlak ret nedeninin varlığının değerlendirilmesi açısından hangi ilgili muhatap grubunun esas alınması gerektiği yönünden inceleme yapmıştır. Bunu yaparken, **MSchG md. 2/d** bağlamında, odak noktasının müşterilerin bir hizmet grubu anlamında değil, genel halk veya "daha geniş etnik grupların" algısına odaklanması gerektiğini düşünmüştür. Azınlıklar da dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte, aşırı duyarlı marjinal grupların, örneğin dini fanatiklerin hisleri belirleyici değildir. Durum, daha ziyade, ilgili nüfus grubunun (veya azınlığın) ortalama üyesinin perspektifine bağlıdır.

4.1. Davacı, ilgili halk kesiminin talep edilen mal ve hizmetler temeline belirlenmesi gerekliliğini ileri sürmektedir. Davacıya göre bir işaretin "daha geniş halk grupları" açısından değerlendirilmesi kabul edilemez, çünkü marka kanunu, herhangi bir ürüne atıf yapmayan soyut işaretleri değil, sadece belirli mal ve hizmetlerle bağlantılı olarak ahlaka aykırı işaretleri yasaklar. Ayrıca davacıya göre **MSchG md. 2/d** ürüne özgü bir biçimde yorumlanmalıdır ki bu da alkollü içecekler ile hatta kişisel ve güzellik bakım ürünleri gibi bazı ürünlerin, işaretler ahlaka aykırı olarak nitelendirilmeksizin kutsal isimler ile adlandırılabilceğini göstermektedir. Davacı ayrıca, mutlak bir ret nedeninin, kendisini ilgili halk kesiminin "önemli bir bölümünde" göstermesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ona göre tescil, ancak "Madonna"yı İsa'nın annesi anlamında dini bir sembol olarak gören halkın önemli bir bölümüne göre işaretin onların dini duygularını ihlal etmesi ahlaka aykırı olarak kabul edilirse reddedilmelidir. Ancak bu somut olayda söz konusu değildir. Davacıya göre "Madonna"nın anlamını bilen Katoliklerin sayısı, İsviçre nüfusunun "önemli kısımlarına" karşılık gelmemektedir.

4.2 Bu görüş, kabul edilemez. Söz konusu görüş **MSchG m. 2/a ve MSchG md. 2/d'**deki ret nedenlerinin farklı amaçlarını göz ardı etmektedir. Ortak mal karakterli işaretlerin korunmaması, yeterli derecede ayırt

edici olmayan ve ayırt edici karaktere sahip olmayan işaretlerin tescilini önlemeyi ve ayrıca ticari işlemler için gerekli olan işaretlerin tekelleşmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla, **MSchG md. 2/a** kapsamındaki ret sebebi, talep edilen mal ve hizmetler açısından değerlendirilmelidir. (**BGE 134 III 314 E. 2.3.3 s. 321**, **BGE 131 III 547 E. 2.3 s. 551**; **BGE 131 III 121 E. 4.4 s. 130**, **BGE 131 III 495 E. 5 s. 503**). Bunun aksine, **MSchG md. 2/d** hukuk sistemini ihlal eden, yani kamu düzenine, ahlaka ve kanuna aykırı işaretleri tescilden hariç tutarak siyasi ve sosyal barışı garanti altına alır (NOTH, a.g.e., N. 1 zu **Art. 2 lit. d MSchG**; BERGER, a.g.e., s. 42).

Ahlaka aykırılığı önlemek için uyulması gereken etik değerlerden biri (**BGE 132 III 455 E. 4.1 s. 458**), **BV ("İsviçre Federal Anayasası") m. 15'e** göre inanç ve vicdan hürriyetidir. Bu sadece Batı Hristiyan kiliselerinin ve dini cemaatlerinin geleneksel inançlarını değil, İsviçre'deki sayısal dağılımlarına bakılmaksızın tüm dinleri korumaktadır (**BGE 134 I 49 E. 2.3 s. 51**). Sonuç olarak, davacının görüşünün aksine, nüfusun "önemli bir kısmının" etkilenmesi gerekmez, aksi takdirde azınlıkların dini duygularına saygı azalmış olur. Diğer taraftan, alt mahkeme, ilgili muhatap grubunu, ilgili dinin cemaatinin ortalama üyesi açısından doğru bir şekilde sınırlamıştır, bu da aşırı hassasiyetlerin dikkate alınmadığı anlamına gelmektedir (NOTH, a.g.e., N. 7 vd. zu **Art. 2 lit. d MSchG**; WILLI, a.g.e., N. 263 zu **Art. 2 MSchG**; kısmen farklı yönde BERGER, a.g.e., s. 44 vd.).

Davacının ahlaka aykırılığın her zaman ilgili mal ve hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşü de doğru değildir. **MSchG md. 2/d'nin** koruma amacı, ilgili dini cemaatin anlayışına göre önemli bir dini anlam taşıyan işaretlerin, marka koruması kapsamındaki mal ve hizmetlerden bağımsız olarak korumadan hariç tutulması ya da tüm mal ve hizmetler kapsamında ahlaka aykırı olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Çünkü salt markanın ticari kullanımı için münhasır bir hak tanınması dahi ilgili dini cemaat üyelerinin dini duygularını ihlal etmek ve sosyal barışı tehlikeye atmak için yeterlidir (ayrıca bkz. NOTH, a.g.e., N. 13 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). İstisnai olarak, korunması için talepte bulunulan mallar ve hizmetler, davacının kutsal isimlerin (tarihsel bazlı olarak) alkollü içecekler için kullanımı yönünde verdiği örnekte olduğu gibi, işaretin ticari kullanımının genel itibarıyla alışkanlık yoluyla kabul edildiği iddia edilirse dikkate alınabilir (ayrıca bkz. NOTH,

a.g.e., N. 13 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). Bir başka olası istisna olarak, IGE, işaretin sadece açık bir dini bağlantısı olan mallar veya hizmetler için kullanılması durumundan bahsetmektedir (1 Ocak 2010 tarihli, IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri, No. 6 s. 102). Her iki istisnai durum da mevcut davada bulunmamaktadır.

4.3. Buradan alt mahkemenin Katolik Hristiyanların belirleyici hedef grup olduğunu ve yine haklı olarak koruma talep edilen mal ve hizmetlerden bağımsız biçimde, "Madonna" işaretinin onlar için marka korumasından hariç tutulacak kadar önemli bir dini anlamının bulunup bulunmadığını doğru bir şekilde tespit ettiği anlaşılmaktadır. Böylece alt mahkemenin kendisini İsviçre'nin İtalyanca konuşulan kısmındaki Katoliklerle sınırlanmasına izin verilmiştir, çünkü İsviçre'nin bir dil alanındaki bir işaretin ortak ahlaka aykırı olarak algılanıp algılanmaması yeterlidir (DAVID, a.g.e., N. 76 zu **Art. 2 MSchG**; BERGER, a.g.e., s. 44; işaretin açıklayıcı karakterine ilişkin olarak: **BGE 131 III 495 E. 5 s. 503**).

5. Alt mahkeme ayrıca "Madonna" işaretinin ulusal diller İtalyanca, Fransızca ve Almanca anlamı ile de ilgilenmiştir. Alt mahkeme çeşitli sözlükler ve kaynaklar kullanarak, İtalyanca'daki "Madonna" kelimesinin öncelikle İsa'nın annesi anlamına gelen Nazaretli Meryem'i ifade ettiğini belirtmiştir. Benzer şekilde Almanca'da da "Madonna", İsa'nın annesi Maria'yı temsil etmektedir. İkinci olarak anılan kelime sanatsal bir "Bakire" temsilidir. Fransızca konuşan tüketiciler "madone" kelimesini, Bakire Meryem'i sanatta temsil eden bir kelime olarak anlarlar. "La sainte Vierge" terimi Fransızca'da Meryem'i ifade etmek veya Meryem'i çağırmaq için kullanılmaktadır. Her halükarda, İtalyan anadiline sahip İsviçreli tüketiciler, "Madonna" kelimesini öncelikle dini bir isim olarak, yani İsa'nın Annesi'ne bir niyaz olarak kullanırlar.

Alt mahkeme ayrıca Meryem Ana'ya bağlılığın Roma Katolik Kilisesi üyeleri için özellikle önemli olduğunu tespit etmiştir. 2000 yılı nüfus sayımına göre İsviçre'nin İtalyanca konuşan bölgesinin % 75'i Katolik mezhebine mensuptur. Ayrıca İsviçre'nin Almanca konuşan bölümlerinde Meryem Ana'ya "Madonna" şeklinde ibadet edilen yerler de vardır. (...)

Maria'nın Hristiyanlıktaki Kutsal Üçleme'nin bir parçası olmaması, korumanın değerini değiştirmez. Madonna'ya günlük olarak binlerce kişi

dua eder, bu yüzden ona Katolik kiliselerindeki sunaklarda özel bir yer verilir. Bazı azizlere yapılanların çok ötesine geçen Madonna'ya yapılan yoğun ibadet, Madonna'nın Katolik Kilisesi'ne mensup Hristiyanların çoğunluğu için önemli bir rol oynadığını göstermektedir.

Katoliklerin dini uygulamalarındaki önemli rolü göz önüne alındığında, "Madonna" teriminin bir marka gibi ticarileştirilmesi Katolik Hristiyanların dini duygularını muhtemelen ihlal edecektir. Bu nedenle marka siciline tescil edilmesi ahlaka aykırılık gerekçesiyle reddedilmelidir.

6. Alt mahkemenin bu değerlendirmesinin onaylanması gerekmektedir. Davacının buna karşı iddiaları doğru değildir:

6.1 Her şeyden önce, davacının reddettiği, "Madonna"nın bir sembol olup olmadığı meselesi önemli değildir. Çünkü sadece dini bir sembolün markasal olarak ticarileştirilmesi değil, aynı zamanda dini olarak saygı gören bir kişilik ya da Tanrı'nın markalaştırılması da ahlaka aykırıdır. Alt mahkeme, İsa'nın annesi Meryem'e Katolik Kilisesi'nin İtalyanca konuşan üyeleri tarafından "Madonna" adı altında yoğun bir şekilde ibadet edildiğini ve günlük ibadette adının anıldığını doğru bir şekilde belirtmiştir. "Madonna" kelimesi bu nedenle İtalyanca konuşan İsviçre'deki Katolik Hristiyanların çoğunluğu tarafından İsa'nın annesinin niyaz edilmesi (saygılı bir dini çağrı) için kullanılmaktadır. Alt mahkeme haklı olarak önde gelen dini figürlerin bu şekilde niyaz eden ifadelerinin marka korumasının dışında bırakılacağına karar vermiştir. "Madonna" kelimesinin İncil'de görünmemesi ve Katolik doktrininin bir kavramı olmaması, dini hayatta kullanılan bu terimin korunmasının değerini değiştirmez.

6.2 Madonna kelimesinin ayrıca dini olmayan bir bağlamda ve sanatta bakire tasviri ya da bir isim olarak, özellikle dünyaca ünlü bir Amerikan pop şarkıcısının adı olarak kullanılması farklı bir değerlendirmeyi gerektirmez. Ahlaka aykırılığa dayanan ret sebebi için işaretin, birkaç anlamından birinin, özellikle geri planda kalmayan anlamının, dini olması yeterlidir ve bu anlamıyla marka olarak ticarileştirilmesi durumunda ilgili dinin üyelerin dini hislerini ihlal etmeye elverişli olmalıdır. "Madonna" kelimesinin diğer anlamları, İsa'nın Annesini niyaz etmenin birincil anlamı-

nın yerini alamayacak kadar zayıftır. Alt mahkemede doğru olarak belirtildiği üzere, "Madonna" İsviçre'de nadir bir isimdir. Sanattaki anlamı din ile yakından bağlantılıdır, bu nedenle İtalyan dilinde bağımsız bir anlamda algılanması oldukça güçtür. Kelimenin tanınmış pop şarkıcısı Madonna'yı isimlendiren anlamı -günümüzde- çok sayıda insan için nispeten yakın görünebilir, fakat özellikle İtalyanca konuşan İsviçre'de dini bir anlam ifade etmesi dikkate alındığında, bu durum o kadar önemli değildir.

6.3 Davacı, dini duyguların ihlali nedeniyle ahlaka aykırılık değerlendirilirken, ilgili dini cemaat ve algısının bir bütün olarak ele alınması gerektiği ve sadece izole bir İsviçre perspektifinin ele alınmaması gerektiği görüşündedir. Davacıya göre anılan marka, İtalya, İspanya ve Portekiz gibi İsviçre'ye kıyasla, nüfusun önemli bir oranının Katolik olduğu diğer ülkelerde tescil edilmiştir. Dahası bu ülkelerdeki Katolikler İsviçre Katoliklerinden daha dindardır. Davacıya göre "Madonna" işaretinin ahlaka aykırılığının açıkça orada hissedilmemesi, MSchG kapsamındaki değerlendirmede bir gösterge olarak dikkate alınmalıdır. Davacı Alt mahkemenin ilgili halk kesimi, diğer ülkelerdeki kayıtlar ve kullanımlara ilişkin hukuki sorunu yanlış bir şekilde ele aldığı görüşündedir.

Bu görüş kabul edilemez. Federal Mahkemenin içtihadına göre, yabancı bir tescil nedeniyle İsviçre'ye tescil mecburiyeti bulunmamaktadır ve yabancı kararların davaya etkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen bir işaretin yurtdışında tescil edilmiş olması da dikkate alınabilir (örneğin, bir işaretin kamuya açıklık [*“harcîâlem”*] karakterinin değerlendirilmesi ile ilgili olarak). Her ülke, bir markanın koruma kabiliyetini kendi mevzuatına, içtihadına ve hâkim uygulamaya göre test eder. Münferit ülkelerin geniş takdir yetkileri vardır ve bu nedenle değerlendirmeleri değişebilir (**BGE 135 III 416 E. 2.1; BGE 130 III 113 E. 3.2 S. 118 vd.; BGE 129 III 225 E. 5.5 S. 229**). Sonuncusu, ayrıca özellikle bir işaretin ahlaka aykırılığını değerlendirmek için de geçerlidir.

Davacı, MICHAEL NOTH'un, eğer yabancı toplulukların ahlaka aykırılığı benzer biçimde veyahut daha güçlü bir biçimde hissedeceği bekleniyorsa, söz konusu işaretin başka bir ülkedeki tescili ve kullanımı MSchG nezdindeki değerlendirmede yol gösterici olabilir şeklindeki gö-

rüşüne dayanmaktadır. (NOTH, a.g.e., N. 16 zu **Art. 2 lit. d MSchG**). Ancak bu yazar da yurtdışındaki özel koşulların da dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir. Farklı koşullar göz önüne alındığında, İsviçre'de yaşayan belirli bir dini grubun bir kısmının dini duyguları, diğer ülkelerde yaşayan kısmın dini duygularına uymak zorunda değildir. Dil anlayışındaki farklılık da kelime markalarında önemli bir rol oynar. Yabancı marka otoritelerinin değerlendirme uygulamaları her bir ülkeye tanınan geniş takdir yetkisi kapsamında da önemli ölçüde farklılık gösterebilir. Bu nedenle yabancı din mensuplarının sözde hoşgörülü olduğu iddiasıyla, ilgili yabancı tescillerden sonuçlar çıkarmak ve bundan İsviçre'deki dini duygular ile ilgili sonuçlar çıkarmaya çalışmak son derece hassastır. Bu nedenle ahlaka aykırılık değerlendirmesinde yabancı tescillere gösterge niteliğinde bir etki verilemez. (DAVID, a.g.e., N. 76 zu **Art. 2 MSchG**; ayrıca karşılaştırınız 1 Ocak 2010 tarihli, IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri, No. 3.9 s. 64, buna göre, genel ahlakın ihlali karşı koruyucu bir engel olarak, yabancı tesciller tamamen önemsiz olup gösterge de değildir.) Aksine, odak noktası yalnızca İsviçre'deki etkilenen grupların algısı üzerinedir. Bu arada, İtalya, İspanya ve Portekiz'deki Katoliklerin İsviçre Katoliklerinden daha dindar oldukları sadece kanıtlanmamış bir iddiadır.

Bu nedenle alt mahkeme, başvuranın daha önceki yabancı tescillerden lehine bir şey elde edemeyeceğine karar vererek herhangi bir yasayı ihlal etmemiştir.

6.4 Davacı daha sonra alt mahkemeyi, dini duyguları değerlendirmek için değil, eşit muamele ilkesinin ihlalinin inceleyerek İsviçre'de kayıtlı "Hristiyan" markalar hakkındaki görüşlerini yanlış değerlendirmekle itham etmiştir. Ancak, davacı böyle bir iddiada bulunmamıştır. Ayrıca 573 405 numaralı İsviçre tescili "Madonna" kelime/şekil markası ile ilgili olarak, eşit muameleye dayanmamış, sadece dini duyguların değerlendirilmesinde bir gösterge olarak dikkate alınması için bu ticari marka kaydına atıfta bulunmuştur.

Davacının yukarıda belirtilen İsviçre ticari marka kayıtlarından sadece dini algının değerlendirilmesi için bir gösterge olarak mı bahsettiği yoksa eşit muamele için mi istediği önem arz etmez. Her halükarda, alt mahkeme söz konusu işarete ilişkin tesciller arasındaki belirleyici -ve

temyiz eden tarafından tartışılmayan- farklılıkları detaylandırmış, böylece anılan tescillerin söz konusu işaretin ahlaka aykırılığı konusunda başka bir değerlendirme gerektirmediğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu bağlamda, davacının dini hassasiyet değerlendirilirken bu tescillerin dikkate alınması gerektiği yönündeki endişesi karşılanmıştır. Alt mahkeme temyiz edenle aynı sonuçlara varmasa da bu tescilleri değerlendirmiştir.

6.5 Son olarak, davacı, alt mahkemenin, şüphe vakıalarının kamu yararına -yanıltıcılık ya da ahlaka aykırılık gibi- uygulanamayacağı yönündeki kuralın (notlarıyla birlikte karşılaştırınız **BGE 135 III 359 E. 2.5.3**) uygulanamaz olduğuna karar vermesinden yakınmaktadır.

Bu itiraz asılsızdır. Alt mahkemenin görüşü, Federal Yüksek Mahkemenin içtihadına dayanmaktadır; buna göre, medeni yargılama, kamunun aldanmadan korunması gibi kamu menfaatleri iddiaları için uygun değildir; bu nedenle, bu tür durumlar tescil sürecinde sınır vakıalarında dahi dikkate alınmalıdır. (Karar No: 4A.5/1994, 2.08.1994 E. 5, PMMBI 1994 I S. 76). Bu sadece karıştırılma ihtimali için değil, aynı zamanda bir işaretin hukuka, ahlaka veya idari düzenlemelere aykırılığı söz konusu olduğunda da geçerlidir, çünkü bu aynı zamanda kamu menfaatleriyle ilgilidir. Şüphe kuralı bu durumlarda geçerli değildir (1 Ocak 2010 tarihli IGE'nin Ticari Marka Konularında Kılavuz İlkeleri'ne göre, Ziff. 3.7 s. 62; benzer biçimde MARBACH, a.g.e., Rz. 240; a.M. NOTH, a.g.e., N. 17 zu **Art. 2 lit. d MSchG**).

Federal Yüksek Mahkeme, alt mahkemenin sınır vakıasının söz konusu olmadığı yönündeki kararını paylaşmaktadır, bu nedenle herhangi bir şüphe durumunun uygulanmasına yer yoktur.

6.6 Özetle alt mahkeme 123 456 tescil numaralı "Maddona" kelime/şekil markasının ahlaka aykırı olduğu kanaatine varmakla ve bu şekilde İsviçre'deki marka korumasını reddederdek **MSchG md. 2/a** hükmünü ihlal etmiş değildir.