

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI BEŞİNCİ DAİRE’SİNİN
SMART TECHNOLOGIES/OHİM KARARI*
(Dava: C-311/11 P, 12 Temmuz 2012)

*Çeviren: Mehmet ŞEKER***

(Temyiz Mahkemesi — Topluluk markası — Tüzük (EC) No 40/94 — Madde 7(1)(b) — Sözcük Markası WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH — Bir reklam sloganı içeren marka — Ayırt edici karakter — Tescilin reddi)

C-311/11 P sayılı dava, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün 56. maddesi uyarınca 17 Haziran 2011 tarihinde açılmıştır.

Smart Technologies ULC, Kuruluş; Calgary (Canada), Temsilci; M. Edenborough QC ve T. Elias (Avukat), Başvuru sahibi.

Davanın diğer tarafı: Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHİM), Temsilci; J. Crespo Carrillo, vekil sıfatıyla, İlk merci-de davalı.

MAHKEME (Beşinci Daire)

M. Safjan (Daire Başkanı), M. Ilešič (Raportör) ve J.-J. Kasel Hakimlerinden oluşmaktadır.

Hukuk sözcüsü: N. Jääskinen,

Sicil Memuru: K. Malacek, Yönetici,

1 Mart 2012’de yazılı usul ve duruşmaya istinaden, Hukuk sözcüsü dinlenildikten sonra, mütalaa edilmeksizin yargılamaya devam edilmesine karar verildi ve aşağıdaki şekilde hüküm kuruldu.

Hüküm

1. Smart Technologies ULC (Smart Technologies), T-523/09 sayılı Smart Technologies / OHİM davasında (WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH) (çekişmeye konu yargılama) Avrupa Birliği Genel Mahkemelerinde yapılan yargılama neticesinde verilen kararın, temyiz yolu ile bozulmasını talep etmektedir. Söz konusu davada Mahkeme, -kelime işareti olan “WIR MACHEN DAS BESONDERE

* <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-311/11%20P#>

** Araştırma Görevlisi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD, mehmetseker07@hotmail.com. Çevirinin son okumalarını yaparken yardımlarını esirgemeyen Araştırma Görevlisi Sayın Büşra Akdoğan’a teşekkür ediyorum.

EINFACH" (çekişmeye konu karar)'ın topluluk markası olarak tescili talebine istinaden, 29 Eylül 2009 tarihli (R 554/2009-2 sayılı Dosya) Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)'in ikinci dairesinin kararının bozulması talebini reddetmiştir.

Hukuki Çerçeve

2. Topluluk Markası Hakkındaki (OJ 1994 L 11, p. 1) 20 Aralık 1993 tarihli Konsey Tüzüğü (EC) No 40/94 yürürlükten kaldırılmış ve yerine 13 Nisan 2009'da yürürlüğe giren Topluluk Markası Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC) No 207/2009 (OJ 2009 L 78, p.1) kabul edilmiştir. Fakat tescil başvurusu için verilen tarihin belirlenmesi ile birlikte, mevcut uyuşmazlığa Tüzük No 40/94 uygulanacaktır.

3. Tüzük No 40/94 madde 7/(1)'de belirtilen:

'Aşağıdaki hallerde tescil yapılamaz:

...

(b) herhangi bir şekilde ayırt edici karakterden yoksun markalar;

...'

Uyuşmazlığın ve çekişmeli kararın evveliyatı

4. 17 Ekim 2008 tarihinde, Smart Technologies kelime işareti olan 'WIR MAC-HEN DAS BESONDERE EINFACH'ın (Biz özel olanı basitleştiririz) topluluk markası olarak tescili için Tüzük No 40/94 uyarınca OHIM'e başvuruda bulunmuştur. Tescilin arandığı söz konusu mallar, 15 Haziran 1957 tarihli Markaların Tescili Amaçlı, Malların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşmasında 9. sınıf içerisinde bulunmaktadır. Bu husus gözden geçirilmiş, eklenmiş ve müteakiben karşılığını bulmaktadır:

'Düzenli girdileri, grafik olarak adlandırılanları, yazıyı, çizimi ve vücut hareketlerini yakalamak için, kalemi, mili, parmağı veya eli kullanarak görüntü üreten bilgisayarlar ile iletişim sağlamak amacıyla bilgisayarlar donatılan sistemler; önden gösterim, geriden gösterim ve doğrudan gösterim ile kullanılmak için düzenli girdileri yakalayan cihazlar; sayısallaştırıcı, dokunmatik yüzeyli, dokunmatik panelli, görüntü göstermeli veya gösterim ile ilgili alanda bulunan şeyler ile etkileşimi sağlayan sensörlere dayalı makine yahut optik kullanan mutlak ve göreceli konumları tespit eden cihazlar; pasif ve/veya aktif girdi araçları ile düzenlenen girdiler ile ölçeklenebilir durum tespit sistemleri; metin ve grafik resimleri yakalamak için oluşturulan görüntüleme sistemleri; metin ve grafik resimleri işlemek için oluşturulan ve metin ve grafik resimleri bilgisayar ağı üzerinden paylaşan

veya depolayan yazılım; birlikte çalışma bilgilerini ve resimleri bölgesel ve coğrafi olarak dağılık konumlarda paylaşmak için oluşturulan yazılım; bilgilerin ve resimlerin bölgesel veya coğrafi olarak dağılık konumlarda incelenmesi, düzenlenmesi ve paylaşılması için oluşturulan yazılımlar.'

5. Denetçi, 21 Ocak 2009 tarihli fax ile Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b) uyarınca başvurusu yapılmış markanın tesciline yönelik itirazlarını ortaya koymuştur. 19 Mart 2009 tarihinde posta yoluyla, başvuru sahibi, denetçinin itirazlarını cevaplamıştır.

6. 7 Nisan 2009 tarihli karar ile denetçi Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b)'ye istinaden, başvuruda belirtilen tüm mallarla ilgili olarak, ayırt edici karakterden yoksunluk sebebiyle marka başvurusunu reddetmiştir.

7. OHIM'in öncelikli temyiz kurulu, denetçinin kararına karşı, meseleye ilişkin verdiği karar ile Smart Technologies'in davasını reddetmiştir.

Genel mahkemeden ve temyize konu yargılamadan önceki yargılama

8. Temyize konu yargılama ile Genel Mahkeme çekişmeye konu karara karşı 23 Aralık 2009'da Smart Technologies tarafından mahkemeye taşınan davayı reddetmiştir. Temyiz Kurulu hatalı bir şekilde ayırt edici karakter olmadığını tespit ettiğinden Genel Mahkeme de böylece Tüzük No 207/2009 md. 7(1)(b)'yi ihlal iddiası gerekçesine dayanarak başvuru sahibinin tek savunmasını reddetmiştir.

9. Öncelikle, dava uyarınca yapılan yargılamanın 22 ila 31. paragraflarında, Genel Mahkeme, reklam sloganı içeren markanın ayırt edici karakteri ile ilişkili olarak, C-398/08 P sayılı Audi / OHIM [2010] ECR I-535 davası özelinde bir markanın ayırt edici karakteri olup olmadığına ilişkin konu ile ilgili içtihadını anımsatmıştır. Bu bağlamda, Genel Mahkeme, yukarıda bahsi geçen yargılamanın 25 ila 27. paragrafları arasında, diğer işaret türlerine uygulanabilir olanlara göre, daha sıkı slogan ölçütlerinin bahsedilen markaya uygulanması isabetsiz olsa bile, söz konusu olasılığın belirli kıstaslardaki markalara istinaden ayırt edilebilirliğin oluşturulmasının daha zor olduğunu ispatlayabilen ve reklam sloganı içeren kelime markası ile de bağlantılı olabilen mevzubahis içtihat hukukunun hariç tutulmaması gerektiğine dikkat çekmektedir.

10. Bu bağlamda Genel Mahkeme dava kapsamındaki yargılamanın 29. paragrafında bizatihi, aynı markanın ayırt edici karakterden yoksun olduğu sonucunu desteklemek için sadece bir markanın, tanıtımla ilgili formül olarak ilgililer tarafından anlaşılmasının yeterli olmadığına dikkat çekmiştir. Böyle bir marka,

İlgililer tarafından hem tanıtımla ilgili formül hem de ilgili malların veya hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak dikkate alınabilir. Genel Mahkeme böylelikle yargılamanın 30. paragrafında, markanın tanıtımsal bir formülü içerdiği ve o şekilde anlaşıldığı vurgusunu yapmak için ayırt edici karakterin tahlilinde ilgililerin algısının yeterli olmadığına karar vermiştir.

11. Genel Mahkeme dava kapsamındaki yargılamanın 31. paragrafında, reklam sloganı içeren markanın ilgililer tarafından salt tanıtımla alakalı formül olarak algılanması ihtimaline binaen, reklam sloganı içeren bir markanın ayırt edici karakterden yoksun olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Fakat böyle bir marka, markanın tanıtımla ilgili işlevinden bağımsız olarak, söz konusu malların veya hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi gibi algılanması halinde ayırt edicilik unsuruna sahip kabul edilecektir.

12. İkinci olarak, dava kapsamındaki yargılamanın 32 ila 42. paragraflarında, Genel Mahkeme markanın ayırt edici karaktere sahip olarak başvuruya konu edilip edilmediğini incelemiştir. 33. ve 34. paragraflarda, ilgililerin bilgisayar alanında uzman, Almanca konuşan kişilerden oluşacağı ve tescilin istenildiği markanın beş standart Almanca kelimenin birleşiminden oluştuğunu anımsatan Genel mahkeme, markayı, yargılamanın 35. ve 36. paragraflarında, övücü bir mesaj içeren reklam sloganı olarak tanımlamış ancak bu tanımın kapsamında Almanca sözdizimi ve dilbilgisi kuralları bağlamında alışılmışın dışında bir farklılık bulunmadığını ifade etmiştir.

13. Bu bağlamda Genel Mahkeme öncelikle, yürütölen davanın 37. paragrafında, ilgili kişilerin zihinlerinde başvuru yapılan markanın ayırt edici karakterine gönderme yaparak sloganın öz mahiyetinin ve terimlerinin, hiçbir kelime oyunu veya kavramsal merak yahut hayret uyandıran bir şey ortaya koymadığına hükmetmiştir. Genel Mahkeme, halkın gözünde söz konusu marka ile ilgili ürünün kalitesini öven önemsiz bir reklam mesajından başka bir şey yapmadığını ve markanın şahsi özelliklerinin özgün olmadığını veya ilgili kişilerin zihinlerini harekete geçirme veya çağrışım, markayı oluşturmak için bilişsel bir süreç veya açıklayıcı bir gayret oluşturmadığını ortaya koymaktadır. Dahası, yargılamanın 38. paragrafında, Genel Mahkeme, bir internet araştırmasının üçüncü kişiler tarafından aynı markanın herhangi bir kullanımını ortaya koymadığını ve markanın yalnızca ürünlerin kalitesine gönderme yapan bir reklam sloganı olduğunu tespit etmiş ve bu durumun sorgulamaya konu edilemeyeceği şeklinde yorumlamıştır.

14. Devamla, yargılamanın 39 ila 40. paragraflarında, Genel Mahkeme Smart Technologies'in dayandığı, markanın kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin ticari

menşeyini gösteren, başvuru markasının “biz” (wir) unsurunu kullanan imalatçıya göndermede bulunduğu yönündeki iddiayı reddetmiştir. Özellikle paragraf 40'ta, Genel Mahkeme şuna dikkat çekmektedir: Marka diğer alanlarda olduğu gibi bilgisayar alanında da herhangi bir tacir tarafından kullanılabilir önemsiz bir reklam sloganı olarak kalacaktır ve tanıtıcı bilginin ötesinde, ilgili kişiler, ürünlerin ticari menşeyini gösteren herhangi özel bir göstergenin varlığını algılama eğiliminde olmayacaklardır. Söz konusu unsurun kullanımı ise bunlardan başka bir şey ortaya koymamaktadır.

15. Netice itibarıyla, Smart Technologies tarafından ortaya atılan savunmalara gelindiğinde, temyiz kurulu, delillerle desteklemeksizin kesin beyanlarda bulunmuş, Genel Mahkeme ise, yargılamanın 41. paragrafında, aynen ürünlerinin kullanımı kolay olan veya müşterilerinin kısa, derli toplu ve etkili reklam mesajlarına alışkın olduğu ve bu tarz iddialara karşı marka değeri ile uyum içinde olmayan akıllı teknolojilerin, kendi reklamlarında farklı girişimlerde bulunduğu gibi, hiçbir şeyin OHIM'i, değerlendirmelerinde maruf vakıaları dikkate almasından menedemeyeceğine hükmetmiştir.

Talep formları

16. Smart Technologies, başvuru markasının tescili hususunda yetkilendirilmesi amacıyla davanın reddedilmesini ve uyuşmazlığa konu kararın değiştirilmesini veyahut da seçenek yaptırım olarak masrafların OHIM'e yüklenmesini ve yine davanın reddedilmesini talep etmektedir.

17. OHIM, Mahkemenin davayı reddetmesi ve Smart Technologies'in masrafları ödemesine hükmetmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Dava

18. Smart Technologies davasını desteklemek için iddiasını sırasıyla Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b)'nin ihlal edildiği ve her ne kadar delillerle desteklenmesinde Genel Mahkeme tarafından olayın kesin bulgularının herkesçe maruf olarak tanımlandığı şeklindeki iki temele dayandırmaktadır.

İlk Temyiz Gerekçesi; Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b)'nin İhlal Edilmesi

19. Temyizin ilk gerekçesi üç kısma ayrılmaktadır. Bu kısımlardan ilkinde göre, Smart Technologies, Genel Mahkemenin başvuru markasının ayırt edici karakteri olduğunu değerlendirirken yanlış kıstasları uyguladığını ileri sürmektedir. İkinci kısma göre Şirket, Genel Mahkemenin slogan olarak markanın sınıflandırılmasında ve diğer marka çeşitlerine göre reklam sloganı olan markanın ayırt edici

karakterinin oluşturulmasının daha zor olduğu gerçeğini dikkate alırken hukuki hata yaptığını öne sürmektedir. Üçüncü kısımda, başvuru sahibi, mahkemeyi ilgili kişilerin uzman kişiler olduğundan hareketle, bahsedilen markanın ayırt ediciliğinin düşük düzeyli olmasının yeterli olacağı sonucuna varmaması hususunda eleştirmektedir.

İlk temyiz gerekçesinin ilk kısmı

– Tarafların iddiaları

20. İlk temyiz gerekçesinin ilk kısmına göre Smart Technologies, Genel Mahkemeyi, markanın ilgili kişiler tarafından önemsiz reklam formülü olarak algılanıp algılanmadığını inceleyerek, başvuru markanın ayırt edici karakterini tahlil etmek ile kendisini kısıtlamasını eleştirmektedir. Genel Mahkeme bu şekilde yaparak, Audi / OHIM davasındaki yargılamasında Adalet Divanı'nın hüküm altına aldığı reklam sloganının ayırt edici karakterinin değerlendirilmesindeki kıstaslarını yanlış uygulamıştır. Daha belirgin bir biçimde başvuru sahibi, Adalet Divanı'nın söz konusu paragrafta markanın reklam formülü olarak anlaşıldığı gerçeğinin ayırt edici karakterle bir ilgisi olmadığını temel aldığından, yargılamaya konu davanın 31. paragrafının Audi / OHIM davasındaki 45. paragraf ile geliştiğini ortaya koymuştur. Dahası aynı hukuki hata, Genel Mahkemenin, reklam fonksiyonuna bakmaksızın markanın, herhangi bir ayırt edici özelliğe sahip olup olmadığına yoğunlaşması gerekirken markanın yalnızca reklam sloganı olarak algılanıp algılanmadığı üzerine yoğunlaşması, yargılamaya konu davanın 37. ve 38. paragraflarında da devam ettirilmiştir.

21. OHIM yargılamaya konu davanın 31. paragrafının hukuki hata ile geçersiz kılınmadığını düşünmektedir. Çünkü marka, doğrudan doğruya bahsedilen ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeinin bir göstergesi olarak algılanırsa, reklam sloganı içeren markanın ayırt edicilik unsuruna sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple söz konusu paragrafın ilk cümlesi devam eden cümle ışığında okunmak zorundadır. OHIM, yargılamanın 37. ve 38. paragraflarında, başvuru markanın ayırt ediciliğini açıkça incelemiştir. Bu bağlamda Genel Mahkeme ilgili ürüne ve hizmete gönderme yapmış ve işaretin halk tarafından, malların ticari menşeinin bir göstergesi olarak algılanmamasını göz önünde bulundurmamıştır.

– Mahkemenin Gerekçeleri

22. Tüzük No 40/94 md. 7 (1) (b) herhangi bir ayırt edici karakterden yoksun markanın tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir.

23. İçtihat hukuku uyarınca, bahsi geçen maddenin amacı kapsamında mar-

kanın ayırt ediciliği; belirli vaatler barındıran, tescili talep edilen ürünleri tanımlama ve böylece bu ürünleri diğer vaatleri barındıran ürünlerden ayırt etme, manasına gelmektedir. (Birleştirilmiş Davalar C-468/01 P, C-472/01 P Procter & Gamble / OHİM [2004] ECR I-5141, paragraf 32; Dava C-64/02 P OHİM / Erpo Möbelwerk [2004] ECR I-10031, paragraf 42; Dava C-304/06 P Eurohypo / OHİM [2008] ECR I-3297, paragraf 66 ve Audi / OHİM, paragraf 33).

24. Ayrıca, içtihatlar uyarınca böyle bir ayırt edicilik sadece tescili talep edilen ürünlere ve hizmetlere göre ve ikinci olarak da söz konusu işaretin ilgili kişilerdeki algılanış biçimine göre değerlendirilebilecektir. (Procter & Gamble / OHİM, paragraf 33; Eurohypo / OHİM, paragraf 67 ve Audi / OHİM, paragraf 34).

25. Markaların, reklam sloganı olarak da kullanılan işaretler ve göstergelerden, kalite emaresinden veya markaların kullanıldığı ürünleri veya hizmetleri almaya teşvik etmesinden bir araya gelmesi halinde, bu tip markaların tescili, söz konusu kullanımların (OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 41 ve Audi / OHİM, paragraf 35) dışında tutulmaz. Bahsedilen markaların ayırt edici karakterlerinin değerlendirilmesine gelince, markaya, diğer türdeki işaretlere uygulanabilir olanlardan daha sıkı şartlara tabi slogan kıstaslarının uygulanması yerinde değildir (OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 32 ve Audi / OHİM, paragraf 36).

26. Markanın çeşitli kategoriler için ayırt edicilik unsurunu değerlendirme kriterleri aynı değerdir. Söz konusu kriterler uygulandığında diğer kategorilerden her biri ile bağlantılı olarak ilgili kişilerin algısı aynı olmayabilir ve dahası diğer kategorilere nazaran belirli bazı kategorilerdeki markaların ayırt ediciliğini oluşturmak daha zor olabilir. İşte bütün bu hususlar Mahkemenin içtihat hukukundan ortaya çıkmaktadır (Procter & Gamble / OHİM, paragraf 36; OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 34 ve Audi / OHİM, paragraf 37).

27. Mahkeme, belirli şartlar altında söz konusu içtihadın reklam sloganlarından oluşan kelime markaları ile ilgili olabileceği ihtimalini kapsam dışında değerlendirmemiştir. Mahkeme yine de, doğaları gereği reklam sloganı içeren kelime markaları ile bağlantılı olan ayırt ediciliği oluşturmanın zorluğunun, -hukuka uygun hale getirirken dikkate alınması gereken zorluklar- aynen mevcut yargılamanın 23. ve 24. paragraflara gönderme yapan ve bu göndermenin yapıldığı içtihat yorumlandığı gibi ayırt edicilik kıstaslarını ihlal etme veya ona ek belirli bazı kıstaslar koyma hususunda bir haklılık payı olmadığına hükmetmiştir (bakınız OHİM / Erpo Möbelwerk, paragraf 35 ve 36, ve Audi / OHİM, paragraf 38).

28. Mahkeme aynı zamanda reklam sloganınının, Tüzük No 40/94 md. 7(1)(b) kapsamında aranan ayırt ediciliğin minimum düzeyde olması için "yaratıcılık" ve

hatta “şaşkınlık yaratabilecek ve de çarpıcı bir intiba uyandıran kavramsal heyecanı” ortaya koyması gerekmeyeceğine hükmetmiştir (OHIM / Erpo Möbelwerk, paragraf 31 ve 32 ve Audi / OHIM, paragraf 39).

29. Buna ek olarak, başvuru markaya ilişkin, belirli taahhütlerle ortaya çıkan bir markanın, yalnızca ürünler ve hizmetleri tanımlamaya hizmet etmesinden dolayı ayırt edicilik karakterine sahip olması gerekirken, sırf markanın ilgili kişiler tarafından reklam formülü olarak algılanması ve övücü doğaya sahip olması nedeniyle kural olarak diğer taahhütler ile kullanılabilmesi, söz konusu markanın başlı başına ayırt edici karakterden yoksun olduğu sonucunu ortaya koymak için yeterli olmayacaktır. Söz konusu durum Mahkeme tarafından dikkate alınmıştır (Audi / OHIM, paragraf 44).

30. Bu noktada Mahkeme tarafından, kelime markasının övücü ifadesinin ve markanın kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin menşeyini müşterilere karşı garanti etme amacını taşımasının uygunsuz olacağı anlamına gelmeyeceği dikkate alınmıştır. Nitekim böyle bir marka, ilgili kişiler tarafından hem bir reklam formülü olarak hem de ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanabilecektir. Buradan da anlaşıldığı gibi halk markayı menşeyinin bir göstergesi olarak algıladığından, markanın aynı anda –belki de esasen- reklam formülü olarak algılanması, onun ayırt edici karakteri ile ilgili değildir (Audi / OHIM, paragraf 45).

31. Smart Technologies tarafından ileri sürülen temyiz gerekçesinin ilk kısmı bu kurallar ışığında incelenmelidir.

32. Halkın markayı üzerinde kullanıldığı ürünlerin ve hizmetlerin menşeyinin bir göstergesi olarak algılamasından dolayı markanın aynı anda –belki de esasen- reklam formülü olarak algılandığı, bu durum ile markanın ayırt edici karakteri arasında bir bağlantının söz konusu olmadığı şeklinde hükümlenen Audi / OHIM davasının 45. paragrafının yanı sıra, Smart Technologies'in talebinin aksine, temyizde incelenen davanın 31. paragrafında yer alan Genel Mahkemenin tespitleri, Adalet Divanı tarafından oluşturulan prensiplerin yanlış okunduğunu ortaya koymamaktadır. Bu bağlamda ifade edilen hususlar hüküm altına alınmamıştır.

33. Temyizdeki davanın 31. paragrafında Genel Mahkeme tarafından kullanılan yöntem Audi / OHIM yargılamasının 45. paragrafında kullanılan farklı olmasına rağmen, mevcut durum kendi şartlarında okunarak, söz konusu yöntemle, markanın aynı kişiler tarafından hem reklam formülü hem de ticari menşeyinin bir göstergesi olarak anlaşılmasının aksine, Genel Mahkeme başvuru

markanın ayırt ediciliğinin ilgili kişiler tarafından, ilgili ürünler ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanıp algılanmadığına bağlı olduğunu kabul etmiştir.

34. Bu kapsamda, şu durum dikkate alınmalıdır ki: temyizdeki yargılamanın 29. paragrafında, Genel Mahkeme, sadece Audi / OHIM davasındaki 44. ve 45. paragraflarda geçen noktalara değil aynı zamanda davanın 32. paragrafında ve devam eden paragraflarında söz konusu noktalara dayanan, başvuru markasının ayırt ediciliğini inceleyen hususlara gönderme yapmaktadır. Hususiyetle, davaya konu yargılamanın 40. paragrafından anlaşıldığı üzere, Genel Mahkemenin ulaştığı sonuca göre; söz konusu işareti okuyan ilgililer, bahsi geçen hizmetlerin karmaşık işleri basitçe yapma performansı göstermesinin ötesinde, işaretin hiçbir şekilde ticari menşeyinin göstergesini algılamaya eğilimli olmayacaklardır.

35. Genel Mahkemenin yaptığı analizden, markanın sadece reklam formülü olmasından değil, ilgililer tarafından, sözü geçen ürünlerin ve hizmetlerin ticari menşeyinin bir göstergesi olarak algılanmayacakları gerekçesiyle markanın ayırt edicilikten yoksun olduğu sonucuna ulaştığı açıkça anlaşılmaktadır.

36. Böylece, ilk temyiz gerekçesinin ilk kısmının temelsiz olması dolayısıyla reddedilmesi gerekmektedir.

İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmı

– Tarafların iddiaları

37. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmı iki ayrı fasıla ayrılabilir. İlk fasıl kapsamında Smart Technologies, Genel Mahkemede başvuru marka için ortaya koyulan “slogan”ın alt türlerinin, Tüzük No 40/94 md. 4’de bahsedilmediği gibi, topluluk markasını hüküm altına alan tüzüklerde de bulunmadığını göz önünde tutarak, davaya konu yargılamanın hukuki hata ile hükümsüz kılındığını iddia etmektedir. İkinci fasıl kapsamında, temyiz eden taraf, Genel Mahkemenin yargılamaya konu davanın 26. ve 27. paragraflarında, diğer marka türleri ile ilişkisine göre, üç boyutlu markalarda olduğu gibi reklam sloganı ile bağlantılı olan markaların ayırt ediciliğinin kurulmasının daha zor olduğuna hükmetmesini, burada bir hukuki hata yapıldığı gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu bakımdan, temyiz eden taraf üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin oluşturulabilmesinin, simge içeren markalardan veya kelime markalarından daha zor olabileceği hususu bağlamında, OHIM / Erpo Möbelwerk davasının 35. paragrafında kabul edilmiş olan durumu kıyas yoluyla, reklam sloganları içeren kelime markalarına, yani Procter & Gamble / OHIM davasının 36. paragrafında Mahkemenin gerekçesine uygulayarak, söz konusu ihtimali tartışmaktadır.

38. OHIM, temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslına göre, Genel Mahkemenin “sloganlar” ile ilgili markaların alt türlerini uygulamadığını, fakat yargılamaya konu davanın 24 ila 29. paragraflarında kabul edildiği üzere, söz konusu kelime markasına slogan olarak atıfta bulunduğunu ileri sürmektedir. Bu kısmın ikinci faslına göre, OHIM, yargılamaya konu davanın 27. paragrafında Genel Mahkemenin tespitleri ile hukuki hata içermeyen OHIM / Erpo Möberwerk davasının 35. paragrafının içeriğinin kelimesi kelimesine aynı olması dolayısıyla, bu hususun açıkça kabul edilemez olarak hüküm altına alınması gerektiğini savunmaktadır.

– Mahkemenin Tespitleri

39. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ilk faslına göre, ilk olarak Smart Technologies’in iddialarının aksine, Genel Mahkeme slogan olarak tescili için başvurulanan markayı tanımlayarak, herhangi bir alt tür belirlememiştir ve hatta başvurusu yapılan markayı diğer kelime markalarından ayırmamıştır. Bilakis, bu tanımlama ile Genel Mahkeme bunun, aynen yargılamanın 35. paragrafında belirtilenlerin yanı sıra övgü dolu bir mesajı ilgililere ileten bir kelime markası olduğunu ve dahası söz konusu yargılamanın 37. paragrafında belirtildiği gibi marka başvurusu ile markanın kapsadığı ürünlerin kalitesini yücelten bir kelime markası olduğunu hüküm altına almıştır.

40. Bunun yanı sıra, slogan olan ibarenin Tüzük No 40/94’de açık bir şekilde kullanılmaması durumu, Genel Mahkemenin, reklam sloganını markanın alt türü olarak nitelendirdiği şeklindeki hükmü ile aynı nitelikte değildir. Tüzük md. 4’de, Tüzüğün amacı içerisinde markayı oluşturmaya eğilimli işaret türlerinin meydana getirildiği listede, işaretlerden oluşan markaların farklı türleri oluşturun veya tanımlayan bir amacı bulunmadığı yer almaktadır. Kelime işaretleri özel bir alt tür olarak ve dahası belirli bir tür olarak dikkate alınmaksızın, ‘kelime işareti’ veya ‘kelime markası’ gibi olan bir “slogan”ın yer aldığı marka fikri, söz konusu Tüzüğün yorumlanması üzerine içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Mahkeme birçok kez, kelime işaretlerini slogan gibi övgü dolu çağrışımlar olarak sınıflandırmıştır. (Ayrıca bkz. C-517/99 sayılı Merz & Krell [2001] ECR I-6959 davası, paragraf 39 ile 40; OHIM / Erpo Möbelwerk paragraf 35, 36, 41 ve 44 ve Audi / OHIM, paragraf 56, 58, ve 59).

41. Sonuç olarak, Genel Mahkeme markayı, reklam sloganı olarak başvurulanan marka şeklinde nitelendirse de, herhangi bir olayda, Genel Mahkemenin, ayırt edici karakteri değerlendirmek adına diğer kelime işaretleri için kullanılanlardan farklı kıstasları kullanmadığı ifade edilmelidir. Bilakis, yargılamaya konu davanın

24. ve 28. paragrafları ile birlikte okunması halinde, 25. paragrafından açıkça anlaşıldığı gibi, Genel Mahkeme diğer işaret türlerini içeren markalara uygulanabilen kıstaslardan daha sıkı şartlara tabi olan slogan kıstaslarının markaya uygulanmasının uygun olmayacağını mütalaa etmiştir.

42. İlk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslı temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

43. Bu kısmın ikinci faslına göre şu husus dikkate alınmalıdır: Genel Mahkeme davaya konu yargılamanın 26. ve 27. paragraflarında, reklam sloganlarının ayırt ediciliğinin tespit edilmesinin zor olacağı belirli bazı durumlarda, bu zorluğun kapsam dışında tutulmaması ihtimali uyarınca yine mevcut yargılamanın 26. ve 27. paragraflarında tekrar edildiği gibi Adalet Divanının içtihat hukukuna atf yapmasına rağmen, Mahkeme, başvuru markasının ayırt ediciliğinin özel olarak incelenmesinde, hükmünü, marka işaretinin ayırt ediciliğini belirlemenin diğer kelime markalarına göre daha zor olması varsayımına dayandırmamaktadır.

44. Devamla, kelime işaretinin ayırt edici karakteri konusunda içtihat hukukunun doğruluğunu sorgulamak için çabalayan Smart Technologies tarafından açılan davanın ilk temyiz gerekçesinin ikinci kısmının ikinci faslı temelsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı

– Tarafların Savunmaları

45. İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı uyarınca, Smart Technologies, devam eden davada, genellikle talep edilene göre düşük ayırt edicilik seviyesinin markanın tescili için başvuru yapılmasına imkân vermek açısından yeterli olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda da ilgililerin, ortalama bir tüketiciye nazaran, ilgi ve bilgi seviyesi olarak uzman kişiler olduğunu ifade etmektedir. Söz konusu gerekçe, internette yapılan araştırmanın gösterdiği gibi bu tarz bir markanın tek kullanıcısının olduğunu ortaya koymaktadır ve bu markanın ayırt ediciliğe dair alt sınırın genişletilmesi için yeteri kadar özgün olduğunu ve ilgili malların ve hizmetlerin menşei olarak da ürünü tanımlayacak seviyede olduğunu ispat etmektedir.

46. OHIM, Smart Technologies'in, ilk savunmasının ilk kısmına göre, Genel Mahkeme tarafından yapılan vaka değerlendirmesinin doğruluğunu sorgulamak istediğini iddia etmektedir. Olayların ve delillerin hiçbir surette saptırılmaması durumu temyiz eden tarafından ileri sürülmediğinden ve mevcut davada ise ileri

sürülemediğinden, ilk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı, OHIM'e göre, açıkça kabul edilemez olarak beyan edilmelidir.

– Mahkemenin Tespitleri

47. İlk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmı göz önünde bulundurulduğunda, yargılamaya konu davanın 33. paragrafında Genel Mahkeme, ilgililerin bilgisayar konusunda uzman Almanca konuşan kimselerden oluştuğu ve bu kişilerin söz konusu alandaki bilgi seviyelerinin ortalama bir ilgiliden daha fazla olduğu sonucuna varmıştır.

48. Bu kapsamda, ilgililerin uzman kişiler olduğu ve bu kişilerin işareti ayırt edici karakterini belirlemede kullanılan yasal kıstaslar üzerinde kesin bir etkiye sahip olmadıkları hüküm altına alınmalıdır. Doğası gereği alanında uzman ilgililerin alaka seviyelerinin ortalama bir ilgiliden daha yüksek olmasına rağmen, ilgili kişilerin uzman olduğu hallerde, işareti düşük seviyedeki ayırt edici karakterinin, muhakkak yeterli düzeyde olması gerekmeyecektir.

49. Mahkemenin içtihatları uyarınca, markanın ayırt edici karaktere sahip olup olmadığını belirlemek için tüm etkinin dikkate alınması gerekmektedir (Ayrıca bkz. Procter & Gamble, paragraf 44; C-286/04 P sayılı Eurocermex / OHIM [2005] ECR I-5797 davası, paragraf 22 ve C-238/06 P sayılı Develey / OHIM [2007] ECR I-9375 davası, paragraf 82).

50. Buna rağmen kelime işaretinin ayırt edicilik sınırı genellikle ilgili kişilerin uzmanlık alanlarının seviyesine bağlı olduğundan söz konusu kural geri planda kalabilir.

51. Herhangi bir olayda, başvuru markanın ayırt edicilik sınırına ulaşıp ulaşmadığı sorusuna gelince, vakanın değerlendirilmesinde, ilgililerin dikkatleri, algıları ve davranışları ile olan ilişkinin tespitine işareti edilmelidir (Bu etkiye ilişkin olarak bkz. C-144/06 P sayılı Henkel / OHIM [2007] ECR I-8109 davası, paragraf 51; 9 Temmuz 2010 tarihli C-461/09 P sayılı The Wellcome Foundation / OHIM davası, paragraf 20 ve C-87/11 P sayılı Fidelio / OHIM davası, paragraf 66).

52. TFEU md. 256(1) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsünün 58. maddesinin ilk paragrafı uyarınca, bir dava sadece hukukilik üzerine kurulmuş olmalıdır. Genel Mahkeme böylece ilgili gerçekleri değerlendirmek, bulmak ve delilleri belirlemek için geniş bir yargılama yapabilir. Gerçeklerin ve delillerin çarpıtılması halinde, gerçekler ortaya çıkarılamayacak ve kanıtlar değerlendirilemeyecek, hukuki meselenin unsurları bir araya getirilemeyecek, hal böyle olunca da söz konusu husus, dava kapsamında Adalet Divanı tarafından incelenemeyecektir.

(Ayrıca bkz. C-16/06 P sayılı Les Éditions Albert René / OHIM [2008] ECR I-10053 davası, paragraf 68; C-254/09 P sayılı Calvin Klein Trademark Trust / OHIM [2010] ECR I-7989 davası, paragraf 49 ve C-88/11 P sayılı LG Electronics / OHIM [2011] ECR I-0000 davası, paragraf 36).

53. Bu tarz bir çarpıtma, vakıaların ve delillerin yeniden değerlendirilmesine gerek kalmaksızın, Mahkemenin dosyasında bulunan evraklardan açıkça anlaşıl- maktadır (Bkz. Les Éditions Albert René / OHIM, paragraf 69; Calvin Klein Trade- mark Trust / OHIM, paragraf 50; and LG Electronics / OHIM, paragraf 37).

54. Temyiz eden taraf, Genel Mahkemenin başvuru markanın ayırt edi- ciliğinin belirlenmesi hususunda gerçekleri saptırmadığını belirtip, kanıt ileri sürmediğinden dolayı ilk temyiz gerekçesinin üçüncü kısmının kabul edilemez olduğu gerekçesiyle reddedilmesi ve böylece davanın bozulması gerekmektedir.

İkinci temyiz gerekçesi; delil yokluğunda Genel Mahkemenin vakıaları tespiti

Tarafların İddiaları

55. İkinci temyiz gerekçesi uyarınca, Smart Technologies; Genel Mahkeme- nin, yargılamaya konu davanın 41. paragrafında yer alan, herhangi bir delil ile desteklenmeksizin Temyiz Kurulu tarafından ortaya atılan vakıaların mutlak ola- rak tespit edilmesini ve özellikle de Genel Mahkeme tarafından maruf olarak tanımlanan vakıaların onaylanmasını; tüketicilerin markanın piyasa taahhütleri hakkındaki değeri ile eşdeğer düzeyde olmamasını eleştirmiştir. Halbuki Audi / OHIM davasının 59. paragrafına göre tüketiciler, slogan üzerinden ürünün men- Őei hakkında çıkarımlar yapabilirler. Sonuç olarak bu durumun herkesçe bilinen bir gerçek şeklinde dikkate alınmaması mümkün değildir. Herkesçe bilinen ger- çek ise, tüketicilerin piyasa taahhütlerini markaları içerecek şekilde algılayama- yabilecekleri durumudur.

56. OHIM, tüketicilerin kısa, öz ve vurucu reklamsal mesajlara alışık olduğu- nu ve bu mesajların her şeyden önce övgü dolu reklam iddiaları olarak algılandı- ğını -ki genellikle de markanın değeri ile uyum sağlamazlar- ve bunların herkesçe bilinen bir gerçek olduğunu savunmaktadır. Ancak, markanın sadece reklamsal ve övgü dolu tanımlamalardan oluşmaması, ayırt edici karakterden yoksun ol- maması ya da kullanımla ayırt edici karakter kazanması koşuluyla OHIM, bu tarz mesajların ürünlerin menşelerini gösterir şekilde algılanabildiğini reddetme- mektedir. Sloganın, tanınılırlık olduğu Audi / OHIM davasında bu durum dava konusu olmuştur ancak mevcut dava bunun tam aksinedir.

Mahkemenin Tespitleri

Davasını desteklemek adına Smart Technologies'in dayandığı ikinci temyiz gerekçesi uyarınca, hatırlanmalıdır ki, Mahkemenin içtihat hukukuna göre, Genel Mahkeme tarafından OHIM'in temyiz kurulunun kararına dayanak teşkil eden bulguların tanınmış olup olmadığına yönelik yapılan tespit, gerçekçi bir değerlendirmedir ve bu değerlendirme bulgular veya delillerin tahrif edilmesi dışında Adalet Divanı Temyiz Mahkemesi tarafından yeniden incelemeye konu edilemez (C-25/05 P sayılı Storck / OHIM [2006] ECR I-5719 davası, paragraf 53; 3 Haziran 2009 tarihli, C-394/08 P sayılı Zipcar / OHIM davası, paragraf 42 ve 15 Ocak 2010 tarihli C-579/08 P sayılı Messer Group / Air Products and Chemicals davası, paragraf 37).

58. Şu kadar ki Smart Technologies, yargılamanın 41. paragrafında yer alan Temyiz Kurulunun, kanıtlarla desteklenmeksizin kesin sonuçlara ulaştığı ve temyiz gerekçesini ortaya atarak, özellikle Genel Mahkemenin yetki alanı içinde yer alan hususun tespitinin yerindeliliğini sorguladığı incelemeyi yeterli bulduğu görüşünü reddetmesi dolayısıyla Genel Mahkemeyi eleştirmektedir.

59. Bu tespitler ışığında Genel Mahkemeye sunulan olayların ve delillerin çarpıtılmaması talep edildiğinden, davasını desteklemek adına Smart Technologies tarafından ortaya atılan ikinci temyiz gerekçesinin temelsiz kalması dolayısıyla dava reddedilmelidir.

60. Şöyle ki, yukarıda geçen değerlendirmelerden de anlaşıldığı gibi temyiz eden tarafından, davasını desteklemek adına yapılan her iki temyiz gerekçesi de yerinde değildir ve davanın reddi gerekir.

Masraflar

61. Temyiz usulüne uygulanacak madde 118'e uygun olarak, Usul Kuralları'nın 69(2) maddesi uyarınca, davayı kazanan tarafın dilekçesinde talep edilmiş ise, davayı kaybeden tarafın masrafları ödemesine hükmedilecektir. OHIM, Smart Technologies'e karşı yapılan ödemeler için bir emir çıkartmış, ancak mevcut durumda takip semeresiz kaldığından, masrafların ödenmesi için hüküm kurulması gerekmiştir.

Bu kapsamda, Mahkeme (Beşinci Daire) işbu vesile ile:

1. Davayı reddetmiştir;

2. Smart Technologies ULC'nin masrafları ödemesine hükmetmiştir.

[İmzalar]