

Bilgi Toplumunda Hukuk
ÜNAL TEKİNALP'E
ARMAĞAN

Cilt II

Ticaret Hukuku (devam)

Özel Hukukun Diğer Dalları

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Hüseyin Ülgen

Doç. Dr. Arslan Kaya

Yard. Doç. Dr. Gül Okutan Nilsson

İstanbul 2003



Tasarım Hukukunda 'Bilgilenmiş Kullanıcı' ve Uygulamada Bazı Sorunlar

Cahit Suluk*

I. Genel Olarak

Türkiye, Gümrük Birliği sürecinde belirli alanlardaki mevzuatında olduğu gibi, fikri mülkiyet mevzuatında da Topluluk Hukuku ile uyumlaştırma çalışmaları yapmış ve yapmaya da devam etmektedir¹. Bu bağlamda hukukumuzda daha önce kural olarak fikir ve sanat eserleri ile haksız rekabet mevzuatına göre korunan tasarımlar, ilk kez 1995 tarih ve 554 Sayılı EndTasKHK ile özel bir düzenlemeye konu olmuştur². Bu Kararname, 1993 tarihli Topluluk Hukukundaki tasarımların korunması hakkında Yönerge ve Tüzük Tasarılarından faydalanılarak hazırlanmıştır³. Sırasıyla 1998 ve 2002 tarihlerinde Yönerge ve Tüzük yürürlüğe girmiştir⁴.

Tasarım, *bir ürünün* tamamının ya da bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur ve özelliklerinin oluşturduğu *görünümüdür*⁵. Diğer bir deyişle, tasarım bir ürün ya da ürün parçasının görünümüdür.

Türk Hukukunda yeni ve ayırt edici nitelikteki tasarımlar korunmaktadır. Bir tasarımın aynısı, başvuru (veya varsa rüçhan) tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni sayılır. Sadece küçük ayrıntılarda farklılık gösteren tasarımlar aynı kabul edilir (EndTasKHK m.6). Bir tassa-

* Av. Dr., csuluk@hotmail.com. İstanbul Barosu.

1 Bu konuda fazla bilgi için bkz. Ünal TEKİNALP: "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", İÜHFM, C.LV, S, 1-2 (1996), s.27-86.

2 RG., 27.6.1995, S.22326.

3 EndTasKHK'nın mehzazını teşkil eden Yönerge Tasarısı için bkz. ATRG., 23.32.1993, No: C 345/14. Tüzük Tasarısı için bkz. ATRG., 31.1.3 994, No: C 29/20.

4 Yönerge için bkz. ATRG., 28.10.1998, No: L 289/28. Tüzük için bkz. ATRG., 5.1.2002, No: L3/1.

5 Cahit SULUK: Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, Yargı Yayınevi, Ankara 2001, s.21.

rımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim ile diğer bir tasarımın böyle bir kullanıcıda bıraktığı genel izlenim arasında, belirgin bir farklılık varsa o tasarım ayırt edici niteliğe sahiptir (EndTaskHK m.7).

Bir tasarımın, ayırt edici nitelikte olduğunun tespiti başka tasarımlarla karşılaştırılmasını gerekli kılar. Kanun koyucu, ayırt edici nitelik değerlendirmesinin hangi kriterler çerçevesinde yapılacağı konusunda bazı kriterler getirmiştir. Bu kriterler şöyle sıralanabilir⁶: a) Genel izlenimde belirgin farklılık, b) Bilgilenmiş kullanıcı gözü, c) Farklılıklardan çok ortak özelliklere ağırlık verilmesi, d) Tasarımcının tasarımı geliştirmede seçenek özgürlüğü, e) Tasarımın uygulandığı ürün ya da alan.

Demek ki, Topluluk ve Türk Hukukunda tasarımların ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı incelemesi, bilgilenmiş kullanıcı gözüyle yapılacaktır⁷. Hukukumuzda *bilgilenmiş kullanıcı gözü*, ayırt edici niteliği düzenleyen 7. maddede ve korumanın kapsamını belirleyen 11. maddede açıkça düzenlenmiştir. Mevzuat hukuk olan Topluluk Hukukunda da aynı düzenleme mevcuttur⁸.

Önemle belirtilmelidir ki, Topluluk Hukukunda yenilik incelemesi, *Toplulukta ilgili alanda uzmanın ("...specialised in the sector concerned...")*⁹ gözüyle bir

⁶ Bu kriterler hakkında bilgi için bkz. *SULUK*, s.43 vd.

⁷ Amerika'da tasarım patenti incelemesi sade gözlemci (ordinary observer), yani sıradan bir kişinin gözüyle yapılmaktadır. Bkz. *ALRC*, Designs-Discussion Paper, Sydney, 1994, No: S.2Ö ve aynı yerdeki dph.45.

⁸ Yönerge m.4. *GREEN PAPER'de* bir tasarımın yeniliği, Toplulukta faaliyette bulunan uzman kişi (expert); ayırt edici niteliği ise, ilgili topluluk (relevant public) yani normal kişi gözüyle inceleneceği öngörülmüştü. Bkz. Introduction to the Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design, Brussels, III/F/5131/91-EN, 1991, No:5.5.5 - 5.5-7. Dolayısıyla, bir Topluluk Tasarımının yeni olması için, söz konusu tasarımın Toplulukta kamuya sunulmaması veya Toplulukta faaliyet gösteren ilgili sektörde uzman kişilerin (...circles specialised in the sector concerned...) bilebileceği başka bir yerde kamuya sunulmamış olması gerekir (Yönerge m.6.: Tüzük m.7). *GREEN PAPER'de* bu uzman kişilerin bilgisinin Toplulukla sınırlı olmadığı, dolayısıyla burada mutlak yeniliğin benimsendiği üzerinde durulmaktadır. Ancak bu kişilerin bilemeyeceği kadar uzakta, sözcüğü, uzak bir müzede bulunan tasarımlar dikkate alınmayacaktır. Buna güvenlik kızı (safeguard clause) denmektedir. Buna karşılık, ayırt edici nitelik incelemesi bilgilenmiş kullanıcı gözüyle yapılmaktadır (Yönerge m.5; Tüzük m.6). *GREEN PAPER'de* bu duruma Özel olarak dikkat çekilmiş olup, incelemenin bu şekilde iki kademeli olarak yapılması uygun görülmüş; yeniliğe uzmanın, ayırt edici niteliğe ise ilgili topluluğun ya da halkın gözüyle karar verileceği hükme bağlanmıştır. İlgili topluluktan maksat, söz konusu ürünün alıcısı olup, sıradan tüketicidir (ordinary consumer). Daha sonra ilgili topluluk yerine bilgili kullanıcı (informed user) terimi tercih edilmiştir (Yönerge m.6; Tüzük m.7). :

⁹ Bu kavram belirsizlikler içerdiğinden dolayı eleştirilmiştir. Bkz. *Anette KUR*: "European Design Protection", s.23. Yazar bu çalışmasını 1996 tarihinde Leuven Üniversitesinde yapılan bir konferansta sunmuş olup, yayımlanmamıştır.

değerlendirme yapılacaktır (Yönerge m.6; Tüzük m.7). Sadece, *ayırt edici nitelik* ve tasarımın *koruma kapsamını belirlenmesi* bakımından bilgilenmiş kullanıcı gözü kullanılacaktır. Oysa bu değerlendirme patentlerde (ve faydalı modellerde) koruma şartlarının mevcut olup olmadığı, *ilgili alanın uzmanı* tarafından yapılmaktadır (PatKHK m.9). Markalarda ve haksız rekabette ise, satıcı ve alıcı çevresinin tamamı dikkate alınır. Burada temel kriter, vasat (orta düzeydeki) halkın yanılıp yanılmadığıdır¹⁰. Yine Topluluk Hukukunda Aldatıcı Reklamlara İlişkin Konsey Yönergesinin 2/(2) maddesinde¹¹, reklamın hitap ettiği kimselerin (*...whom it is addressed or whom it reaches...*) değerlendirmesi kriter olarak kabul edilmiştir. Bu uygulama, tasarımlar bakımından yabancı hukuklarda da yaygındır. Sözgelimi, Yönergeyle uyumlaştırmadan Önce Alman ve Fransız Hukukunda tasarımın orijinal olup olmadığı, ortalama yeteneğe sahip (*ordinary skilled person*) bir kişi gözüyle yapılmaktaydı¹².

Bu çalışmada, tasarımların ayırt edici niteliğinin (ve koruma kapsamının) belirlenmesi bakımından kabul edilen kriterlerden sadece bilgilenmiş kullanıcı kavramı üzerinde durulacak ve bu konuya ilişkin uygulamadaki sorunlar ele alınarak çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

II. Kavramın Tanıtılması

Fikri mülkiyet hukukunda ayırt edici nitelik (*individual character*) kavramı yeni olup, tasarımlar için kullanılan bu kavramın esin kaynağı, markalardaki ayırt edici nitelik (*distinctive character*) kavramıdır. Topluluk Hukukunda, tasarım mevzuatına ilişkin ilk çalışmalarda markalar için kullanılan *distinctive character* kavramına yer verilmiştir¹³. Ancak daha sonra bu kavramın tasarımlar bakımın-

¹⁰ Bkz. 11. HD, 26.6.1986, 3932-3939 (*İrfan DÖNMEZ*: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları. 2. Bası, Beta, İstanbul 1992, s.242); *Sabih ARKAN*: Marka Hukuku, C.I., AÜHF Yayınları, Ankara 1997, s.84 dnp.63, s.86 dnp.72 ve özellikle s.103.

¹¹ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (ATRG., L 250, s. 17). Bu bağlamda, ATM'nin bir kararında da reklamın hitap ettiği kişilerin değerlendirmesinin dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Bkz. Case C-373/90. ECR, p.131.

¹² *Mario FRANZOSI* (Ed), European Design Protection - Commentary To Directive And Regulation Proposals. Kluwer, The Hague, 1996, s.60 dnp.53; *Marianne LEVIN*: Franzosi Commentary, s. 70.

¹³ Bkz. *GREEN PAPER*, No:5.5. Gerçekte *individual character* ile *distinctive character* terimlerinin İngilizce tercümesinde bu problem yaşanmakta olup, Green Paper'e kaynaklık eden Max Planck Institute'un (MPI) önerisinde geçen *Eigenart* terimi, Yönerge ve Tüzüğün İngilizce metninde geçen *individual character* terimine karşılık olarak bugün de kullanılmaktadır. Nitekim Hukukumuzda da her iki terimin karşılığı olarak ayırt edici nitelik kullanılmaktadır. MPI'un önerisi için bkz. Proposal of the Max Planck Institute for a European Design Law, IIC,V.22, No: 4/1991, s.523 vd.

dan uygun olmadığı, bunun yerine *individual character* teriminin daha doğru olduğu düşüncesiyle, değişikliğe gidilmiş ve bugün yürürlükte bulunan Yönerge ve Tüzükte *individual character* kavramı benimsenmiştir. Hukukumuzda da bu kavram aynen kabul edilmiştir. Ayırt edici nitelik incelemesinin objektif bir inceleme olduğunu söylemek mümkündür¹⁴.

Kavramın yeni olması, uygulamada bir takım tereddütleri de beraberinde getireceğinden dolayı kanun koyucu, haklı olarak uygulamaya ışık tutacak bazı kriterler Öngörmüştür. Bu kriterlerin en önemlilerinden biri de, hiç şüphesiz *bilgilenmiş kullanıcıdır*. Ayrıca fikri mülkiyet hukukunda, ayırt edici nitelik kavramı gibi, bilgilenmiş kullanıcı kriterinin de yeni olduğuna burada işaret etmek gerekir¹⁵.

Burada bilgilenmiş kullanıcının kim olduğu sorusu akla gelmektedir. EndTasKHK'nın hazırlık çalışmalarında bilgilenmiş kullanıcı, o ürünü daha önce kullanmış ve ürün hakkında bilgisi olan nihai tüketici ve bazen de hakim kendisi olabileceği üzerinde durulmuştur¹⁶. Bilgilenmiş kullanıcı nihai tüketici olabilir, ama bunun her zaman böyle olması gerekmez¹⁷. Tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürüne bağlı olarak bu durum değişebilir. Gerçekten de bu yaklaşım ihtiyaçlara cevap verebilecek niteliktedir.

Bilgilenmiş kullanıcı, kural olarak ürün hakkında bilgisi olmayan bir tüketici değildir. O alanda bir uzman kişi de değildir. Bu kavram, kırılabilir bir yapıya sahip olup, somut olaya göre farklı anlamlara gelebilir. Bu bağlamda bilgilenmiş kullanıcı, söz konusu ürünün tasarımına bağlı olarak, son kullanıcı olabileceği gibi, tamirci ve motorcu gibi kişiler de olabilir. Ancak bilgilenmiş kullanıcı, ne dikkatsiz bir kullanıcıdır; ne de tasarım uzmanı düzeyinde bir bilgiye sahiptir¹⁸. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının gözden kaçırabileceği tasarımı önemli özelliklerini fark eder. Ama bir tasarım uzmanı kadar da bilgi birikimine, sahip olmadığı için ayrıntılarla ilgilenmez. Sözgelimi, onarımda kullanılan bir parçanın bilgilenmiş kullanıcısı, o parçayı monte eden tamircidir¹⁹. Buna karşılık, ev aletlerinde bilgilenmiş kullanıcı, söz konusu ürünü kullanan ve bu ürün

¹⁴ Aynı yönde ALRC, Designs-Final Report, Sydney 1995, No: 5.21.

¹⁵ LEVIN, s.71

¹⁶ ALRC. Final Report, No: 5.17; LEVIN, s.71; Ayşe Saadet ARIKAN: "Türk Tasarım Kanunu" Tasarısı", Sınai Mülkiyetin Korunması ve Türkiye'deki Gelişmeler Hakkında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Sempozyumu. TPE. Ankara 1995. s.58.

¹⁷ Aynı yönde ALRC, Discussion Paper, No: 8.20.

¹⁸ Bkz. Tüzük Tasarısının 6. maddesinin Resmi Yorumu (Explanatory Memorandum); LEVIN, s.70; Christine FELLNER: Industrial Design Law, Sweet & Maxwell, London 1995, s.284. j

¹⁹ Örnek, Tüzük Tasarısının 6. maddesinin Resmi Yorumundan alınmıştır

hakkında deneyimi olan ev hanımıdır. Kısacası bilgilenmiş bir kullanıcı, tasarımın uygulandığı ürün hakkında belli bir bilgi birikimi olan kimsedir. Bu birikim, uzman olan kimsenin bilgi birikimi kadar değildir. Sonuç olarak denebilir ki, bilgilenmiş kullanıcı ne dikkatsiz bir kullanıcıdır, ne de uzmandır. *Bilgilenmiş kullanıcı, dikkatli ve deneyimli bir kullanıcıdır.* Uzman bir kimse yapacağı incelemede sanat, kültür ve tasarımın fonksiyonu gibi birçok unsuru göz önünde bulundurur. Topluluk ve Türk Hukukunda tasarımlar, tasarım yaklaşımı (*design 'approach*) ile ele alındıklarından, böyle bir değerlendirme ihtiyaçlara uygun düşmemektedir. Bilgilenmiş kullanıcı ise, ne ayrıntılarda boğulur ne de önemli plan özellikleri ve ayrıntıları kaçırmaz. Gerçekten, bir ya da birkaç ayrıntı tasarımda can alıcı noktayı teşkil edebilir. Bilgilenmiş kullanıcı, sıradan bir kullanıcının aksine, önemli olan bu ayrıntıların farkında olan kimsedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, bilgilenmiş kullanıcı tasarımın uygulandığı ürün pazarından haberdar olan kimsedir. Bununla birlikte söz konusu ürünün görünümünün detayı hakkında bilgili olması gerekmediği gibi, ürünün tarihi ve bulunabilirliği gibi sadece uzmanların bilebileceği konularda bilgi sahibi olması gerekmez.

Avustralya Hukuk Reformu Komisyonu (*ALRC*), bilgilenmiş kullanıcıyı açıklarken; ihtiyaç duyulduğunda tüketici, uzman ve ilgili alanda uzmanlaşmış tüccardan her birinin görüşüne yer verileceği üzerinde durmaktadır. *ALRC*, duruma göre bu sayılan kişilerin görüşlerini de yansıtacak şekilde bir incelemenin yapılması için bilgilenmiş kullanıcı terimini önermiştir²⁰. Burada duruma göre derken, tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürünün çeşidi kastedilmektedir. Bu yaklaşım, Topluluk ve Türk Hukukundaki yaklaşımla aynıyet arz etmektedir. Gerçekten, bilgilenmiş kullanıcı tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürüne bağlı olarak değişmektedir. Somut olaya göre, hakimin bizatihi kendisi bilgilenmiş kullanıcı olabileceği gibi, tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürüne bağlı olarak hakimin ihtilafı çözebilmesi için mutlaka o ürünün bilgilenmiş kullanıcılarını bilirkişi olarak tayin etmesi gerekebilir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi söz konusu göz, ne sokaktaki insanın, ne de uzmanın gözüdür²⁷. Bu göz, bilgilenmiş kullanıcı gözüdür. *Bilgilenmiş kullanıcı, söz konusu tasarımı havi ürünün doğası ve görünümü hakkında*

²⁰ Bkz.*ALRC*, Final Report, No: 5.17-5.21.

²¹ TPE'nin internet adresinde verilen bilgide, "*bilgilenmiş kullanıcı, nihai tüketici veya tescile konu tasarım üzerinde uzman olan kişi anlamındadır*" ifadesine yer verilmiştir ki, bu tanımlama hatalıdır. Bkz. <http://www.turkpatent.gov.tr/tasarim.tasarim.htm> (16.05.2002).

bilgi sahibi olan ve daha önce o ürünü belli bir süre kullanmış, başka bir deyişle ürün hakkında deneyimi olan kişidir. Bu kişi bir tasarım uzmanı olmayıp, *bilgilenmiş bir kullanıcıdır*²². Burada bilgilenmiş kullanıcının, tasarlanan ya da tasarımın uygulandığı ürün hakkındaki deneyiminin ve bilgisinin derecesi tasarımın türüne göre değişecektir²³. Ürünün türüne göre bilgilenmiş kullanıcı, nihai tüketici olabileceği gibi ara tüketici de olabilir²⁴. Örneğin, bir mobilya takımı için ev hanımı, nihai tüketici olarak bilgilenmiş kullanıcı olabileceği gibi, otomobil yağını değiştirmeye yarayan bir huni için oto tamircisi ara tüketici sıfatıyla bilgilenmiş kullanıcı kategorisine girecektir.

Bilgilenmiş kullanıcı sübjektif nitelikte bir kavram olduğu için eleştirilmiştir²⁵. Yeni ve ayırt edici nitelik incelemeleri başlı başına güçlükler içeren testlerdir. Bu zorluğun ancak objektif kriterlerle üstesinden gelinir. O nedenle, İngiliz Hukukunda olduğu gibi, *tasarımın hitap ettiği kişi (interested addressee)* veya *ilgili kullanıcı (interested user)* ifadesi, daha objektif nitelik taşıdığından, bilgilenmiş kullanıcı yerine bu ilkenin benimsenmesi önerilmiştir²⁶.

III. Uygulamadaki Sorunlar ve Öneriler

Tasarımın ayırt edici nitelikte olup olmadığı incelemesi bilgilenmiş kullanıcı gözüyle değerlendirileceği için, söz konusu tasarımdaki normal bir kullanıcının dikkatinden kaçan farklılıklar dikkate alınacaktır²⁷. Ancak bu değerlendirme bir uzman gözüyle yapılmayacağından dolayı da çok detay farklılıklar göz önünde bulundurulmayacaktır.

Kanun koyucu bir tasarımın ayırt edici nitelikte olup olmadığına karar verecek kişiyi belirlemede sırasıyla şu kişilerden birini seçebilir: a) Toplumda orta zekalı

²² ALRC Final Report, No: 5.18; TEKİNALP: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Beta, İstanbul 2002, s. 16, 17 ve 573.

²³ Uma SUTHERSANEN: Design Law in Europe, Sweet and Maxwell, London 2000, s.39.

²⁴ Audery MORTON: "European Design Law and the Spare Parts Dilemma: The Proposed Regulation and Directive", EIPR, No: 2/1994, s.52.

²⁵ HORTON, s.52.

²⁶ NORTON, s.52. İngiliz Hukukunda bu yaklaşım için bkz. Jon HOLYOAK and Paul TORREMANS: Intellectual Property Law, 3. Ed., Butterworths, UK, 2001, s.332 ve 350. İngiliz Hukukunda terim birliği yoktur. Sözelimi, insiructed person, notional customer, relevant customer gibi terimlere yer verilmektedir. Bkz. Gaskell & Chambers Ltd v. Measure Master Lmt (1993) RPC 76; C&H Engineering v. Klucznik & Sons Ltd (1992) FSR421 vd, özellikle 428; Breville Europe v. Thorn EMÍ Domestic Appliances (1995) FSR 77. 101: Lionel BENTLY and Brad SHERMAN: Intellectual Property Law, Oxford University Press 2001, s.602-614,615ve619.

²⁷ SUTHERSANEN s.45.

sıradan bir kimse, b) İlgili kullanıcı, c) Bilgili kullanıcı, d) Uzman (tasarımcı). Bu sıralama, dikkatsiz kişilerden dikkatli kişilere doğru bir sıralamayı göstermektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi patent ve faydalı modeller bakımından ilgili alanın uzmanı, markalarda orta zekalı bir kimse ve yine haksız rekabet bakımından orta zekalı ve makul bir kimse ölçü alınarak değerlendirme yapılmaktadır²⁸. Tasa-rımlar, marka ve haksız rekabete oranla daha karmaşık ve ayrıntılı bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Ancak bu değerlendirmenin yapılması patent ve faydalı modeller kadar da teknik ve karmaşık değildir. O nedenle tasarımları değerlendirecek kişilerin bu ikisinin ortasında bir yerde konumlanması doğaldır. Ancak yukarıdaki sıralamada da görülebileceği gibi bu kişinin, uzmandan ziyade orta zekalı bir kimseye daha yakın bir yerde konumlanması daha doğru olurdu. Gerçekten tasarımların, ürünün görünümüyle ilgili bir kavram olması ve bu nedenle de toplumun satın alma kararında etkili olması, bu değerlendirmenin, patent ve faydalı modelden ziyade marka ve haksız rekabete daha yakın ölçülerle yapılmasını gerektirmektedir. Ayrıca, *ilgili kullanıcı* terimi, *bilgili kullanıcıya* oranla daha objektif bir kavramdır.

Tüm bunlardan dolayı, *ilgili kullanıcı* terimi, *bilgilenmiş kullanıcı* terimine tercih edilmeliydi²⁹. İlgili kullanıcı, söz konusu ürün hakkında bilgilenmiş kullanıcı kadar deneyimli olmayabilir, ama bu kişi söz konusu ürünle ilgili olan bir kimsedir. Diğer bir deyişle, ilgili kullanıcı, bilgili kullanıcıya göre daha geniş bir kesimi kapsamaktadır.

Bilgilenmiş kullanıcı gözü, hem hükümsüzlüğün hem de tecavüzün var olup olmadığı incelemesinde kullanılır. Nitekim EndTasKHK'nın koruma kapsamını düzenleyen 11. maddesinde bu kritere ayrıca yer verilmiştir³⁰. Kural olarak her iki inceleme de birbirine benzemektedir. Ancak bu incelemeler, referans tarihin-

²⁸ Hukukumuzda tescilsiz tasarımlar genel hükümlere göre korunmaktadır (EndTasKHK m.I/II). Genel hükümlerden maksat, kural olarak TK'nın haksız rekabet hükümleri ile FSEK'tir. Haksız rekabet çerçevesinde yapılacak değerlendirmede bilgilenmiş kullanıcı gözü yerine, makul ve orta zekalı bir kimsenin gözüyle değerlendirme yapılacaktır.

²⁹ Hatta bir adım daha ileri giderek denebilir ki, alıcıları, tüketicileri ve kullanıcıları da kapsayan bir terim olan, *tasarımın hitap ettiği kişi veya çevre (interested addressee)* terimi daha da uygundur. Sözgelimi, AIPPI bu yönde bir öneride bulunmuştur (*the eyes of the person for which the design or products incorporating the design are intended*). Bkz. ALRC, Final Report, No: 5.18 dpn.40.

³⁰ Burada EndTasKHK'da geçen terimlerin Özensiz bir şekilde kullanıldığını belirtmek gerekir. Sözgelimi, aynı anlamı ifade etmek için, "...belirgin bir farklılık..." (m,7), "...bariz bir benzerlik..." (rn.11) ve "...belirgin bir şekilde benzeri..."(m .48/1, a) terimleri kullanılmıştır.

deki, yani tasarımın başvuru (veya varsa rüçhan) tarihindeki durumu dikkate alınarak yapılacaktır (EndTasKHK m.6.1 ve 7/II, a). Diğer bir deyişle, bir tasarımın korunabilmesi için referans tarihinde yeni ve aynı edici nitelikte olması gerekir. Referans tarihi ile incelemenin yapıldığı tarih arasında ne kadar süre geçerse, bu incelemenin yapılması da o kadar zorlaşacaktır. Sözgelimi, 1996 yılında başvurusu yapılmış bir sandalye tasarımının yeni ve ayırt edici nitelikte olup olmadığı incelemesi, o tarihteki durum (*the state of the art*) dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır. Diğer bir deyişle, incelemeyi yapan kişi, referans tarihindeki benzer tasarımlarla karşılaştırarak söz konusu tasarımın yeni ve ayırt edici nitelikte olup olmadığına karar verecektir. Böyle bir inceleme ise, o tarihe kadar geriye giderek o tasarıma benzeyen tasarımların durumunu tespit etmeyi gerekli kılar. Hukukumuzda mutlak yenilik kriterinin benimsenmiş olması (EndTasKHK m.6), bu incelemenin yapılmasını daha da zorlaştırmaktadır. Mutlak yenilik, yani dünyada yenilik kriterinin benimsenmiş olması, teorik bir yaklaşımdır. Eğer bu tasarımın referans tarihi eski bir tarihsen, bu incelemenin yapılması daha da zorlaşacaktır. Dünyada tasarımlara ilişkin veri tabanlarının bilgisayar ortamına aktarma oranı oldukça düşüktür. O nedenle patent ve markalarda olduğu gibi daha önce böyle bir tasarımın var olup olmadığına, veri tabanları taranarak bir sonuca ulaşmak oldukça güç; bazen de imkansızdır. Tüm bunlardan dolayı davanın taraflarına çok iş düşmektedir. Gerçekten uygulamada, mahkemeye gerekli bilgi ve belgeyi sunmayan tarafın adil olmayan bir karara muhatap olması daima mümkündür.

Kanımcıca uygulamada hakim, bilgilenmiş kullanıcı kılıfına bürünerek tasarıma ilişkin bazı ihtilafları çözebilmelidir. Ancak fikri haklara ilişkin hukuk pratiğinde neredeyse her dosya bilirkişiye gönderilmektedir. Bununla birlikte bazı ürünler vardır ki, hakim bu ürünlerin tasarımı bakımından mutlaka bilirkişinin bilgisine ihtiyaç duyabilir. Sözgelimi, bir su pompasının tasarımında durum böyledir. Buna karşılık evde kullanılan bir tost makinesinin tasarımında ev hanımının bakışı dikkate alınabilecektir.

Tayin edilen bilirkişiler, genellikle uzmanlar arasından seçilmektedir. Bu kişilerin, uzman gözü yerine bilgilenmiş kullanıcı gözüyle bir değerlendirme yapması gerekir. Diğer bir deyişle, uzman bilirkişi bilgilenmiş kullanıcı kılıfına bürünerek bir değerlendirme yapmalıdır. Kendi gözüyle değerlendirme yaptığı takdirde,

³¹ Gerçekten bu düzenlemenin, teoride kalacağını; hayata geçirilemeyeceğini söylemek yanlış olmaz. Çünkü bu düzenlemeye göre, sözgelimi Güney Afrika, Pakistan veya Arjantin'de yapılan bir plastik sepetin tasarımı, orada kamuya sunulduğundan dolayı Türkiye bakımından da yenilik vasfını yitirmiştir. Uygulamada bunu belirlemenin kolay olmadığı açıktır.

ayrıntılı bir inceleme olacağından kanunun düzenlemesine uygun olmayacaktır. Teknik bilirkişiler genellikle, konuya ilişkin düzenlemelerden uzak oldukları için, değerlendirmeyi uzman gözüyle yapmakta ve ayrıntıdaki benzerliklerden de yola çıkarak bir sonuca varmaktadır. Ayrıca fikri mülkiyet mevzuatımızda reforma gidildiğinden dolayı incelemelerin yeni mevzuat çerçevesinde yapılması gerekir. Uygulamada, genellikle eski bir alışkanlık olarak haksız rekabet nosyonu ile inceleme ve değerlendirme yapılmaktadır.

Yenilik incelemesinin, patent ve faydalı modellerde olduğu gibi ilgili alanın uzmanı tarafından yapılması gerekir³². Çünkü bilgilenmiş kullanıcı, o tasarımın dünyada yeni olup olmadığını bilemez. Bu bilgiye ancak ilgili alandaki uzman bir kişi sahiptir. Tabii ki, böyle bir inceleme gerekliyse uzman bilirkişinin tayin edilmesi zorunludur. Hakim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu için, ihtilafa konu tasarımın yeniliği tartışılmıyorsa böyle bir inceleme de yapılmayacaktır. Sözgelimi, tecavüz davalarında genellikle sadece ayırt edici nitelik incelemesi ile yetinilebilecektir. Ancak davalı, davacının tasarımının yenilikten yoksun olduğunu, bu nedenle de hükümsüzlüğünü iddia ediyorsa, o zaman yemlik incelemesine gerek duyulacaktır. Tüm bunlardan dolayı bilirkişi heyetlerinde kural olarak bir hukukçu, ilgili alandan bir tasarımcı (uzman) ve ilgili sektörden (bilgilenmiş kullanıcı) bir kişiden oluşturulması en doğru çözüm olarak görünmektedir.

Burada son olarak bir hususa işaret etmek gerekir. Bir tasarımın pazarda ekonomik değerine, o tasarımı havi ürünün alıcısı tarafından karar verilir. Buna karşılık, Topluluk ve Türk Hukukunda bilgilenmiş kullanıcı gözüyle bir tasarımın ayırt edici niteliği incelenmektedir. Burada bu incelemenin de sıradan alıcılar gözüyle yapılması gerekmez mi sorusu akla gelmektedir. Yani tasarımla kim ilgileniyorsa o kişinin gözüyle bir değerlendirme yapılmalıdır (*who cares what it looks like?*). Nitekim bu düşünce, *Green Paper*'de kendine yer bulmuştur³³.

Marka ve haksız rekabete oranla tasarıma ilişkin ihtilaflar daha karmaşık bir yapıya sahip olduğundan dolayı, sıradan bir alıcının gözü yerine, daha üst düzeyde bir değerlendirme yapacak olan bilgili kullanıcı gözünün tercih edilmiş olması doğru bir yaklaşımdır. Bununla birlikte daha objektif özellikler taşıyan ve uygulamanın ihtiyaçlarına daha iyi cevap verecek olan *ilgili kullanıcı* gözü tercih edilseydi daha doğru olurdu.

³² Hukukumuzda bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi, mehz hukukta yenilik incelemesinin uzman tarafından yapılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Yönerge m.6; Tüzük m.7. Hukukumuzda yenilik bakımından dünyada (mutlak) yenilik ilkesi benimsenmiştir. Bir tasarımın dünya çapında yeniliğe sahip olup olmadığını ancak ilgili alanın uzmanı bilebilir. O nedenle, mehz hukukta olduğu gibi, bu incelemenin ilgili alanın uzmanı tarafından yapılacağı kabul edilmelidir.

³³ Bkz. No: 5.5.6.2.