

TASARIM HUKUKUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI

THE CONCEPT OF INFORMED USER IN DESIGN LAW

Nihal KOŞER* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.846240> 

Makale Bilgi

Gönderi: 24/12/2020
Kabul : 31/05/2021

Anahtar Kelimeler

Tasarım,
Ayrıt Edicilik
Koruma Kapsamı,
Ayrıt Edicilik
Değerlendirmesi,
Bilgilenmiş Kullanıcı.

Article Info

Received: 24/12/2020
Accepted: 31/05/2021

Keywords

Design,
Individual Character,
Scope of Protection,
Assessment of Individual
Character,
Informed User.

Özet

Bir tasarımın 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında öngörülen hukuki korumadan yararlanabilmesi, yeni ve ayrıt edici nitelikte olmasına bağlıdır. Bu niteliklere sahip bir tasarımın kazandığı korumanın kapsamı da yine sahip olduğu ayrıt edici nitelikte doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Her iki halde de ayrıt edicilik değerlendirmesi; bilgilenmiş kullanıcı görtüğü esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Diğer bir deyişle, tasarım hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çoğunun ayrıt edicilik ile bağlantılı olması karşısında bunların çözümünde belirleyici konumda bulunan kişinin; bilgilenmiş kullanıcı olduğu söylenebilecektir. Buna karşın 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu veya buna kaynak Avrupa Birliği hukuku düzenlemelerinde bilgilenmiş kullanıcı kavramının kapsam ve içeriğine ilişkin bir herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışma kapsamında öncelikle bilgilenmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı, işlevi ve konu olduğu hukuki düzenlemeler ele alınmıştır. Ardından unsurlar değerlendirilmiş ve doktrin ile uygulamada yapılan tanımlar çerçevesinde, bir tanım ortaya konulmuştur. Son olarak bilgilenmiş kullanıcının temel özellikleri açıklanmış ve bunların yorumunda ölçüt olarak kullanılan “ortalama tüketici” ve “uzman” kavramlarından farkları inceleme konusu yapılmıştır.

Abstract

The ability of a design to benefit from the legal protection stipulated under the Industrial Property Code no. 6769 depends on its novel and individual character. The scope of the protection gained by a design with these qualities is also determined in direct proportion to the individual character. In both situation, assessment of individual character is carried out on the basis of informed user opinion. It can be said that since most of the design law disputes are related to individuality, the informed user is a person who is in a decisive position in their resolution. In spite of that, there is no provision regarding the scope and content of the concept of informed user in the Intellectual Property Code no. 6769 or its source European Union legislation. In this direction, within the scope of the study, firstly the concept of informed user; its occurrence, functions and legal regulations which it is the subject are addressed. Subsequently, a definition is put forward within the framework of the elements that make up the concept and the definitions made in doctrine and practice. Finally, the main characteristics of the informed user and the differences between the concepts of "average consumer" and "expert" used as criteria in their interpretation are examined.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹ (SMK) 55. maddesinde tasarım; “ürümün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre bu tanım kapsamında yer alan tüm özgün ürün görünümleri tasarım niteliğindedir. Ancak bu husus, ilgili görünümün, SMK kapsamında tasarım olarak tescilli ve/veya korunması için sadece bir ön şart teşkil etmekte olup; yeterli değildir. Kanun'un 56. maddesinde düzenlendiği üzere; tescil ve/veya koruma, tasarımın yeni ve ayırt edici nitelikte olmasına bağlıdır².

Bir tasarımın aynısı, tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce, tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir (SMK m.56/4). Hukukumuzda yenilik değerlendirmesi; TÜRKPATENT tarafından, tescilli istenen tasarımın *Google, Yandex vb.* arama motorlarında imaj araştırmasının yapılmasıyla, re'sen gerçekleştirilmektedir³. Buna göre söz konusu tasarım ile aynı veya örtüşen herhangi bir görünümün bulunmadığı hallerde yenilik koşulunun sağlandığı kabul edilmektedir⁴.

Tasarım koruması için gerekli bir diğer unsur olan ayırt edicilik ise; tasarımın yaratıldığı anda dış görünümünü oluşturan genel izlenim itibariyle, benzerlerinden farklı niteliklere sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir (SMK m.56/5). Tescilli ve/veya koruması istenen tasarıma ilişkin ayırt edicilik incelemesi, yenilik değerlendirmesinden farklı olarak, re'sen gerçekleştirilmemektedir. Bu niteliğe ilişkin eksikliğin incelenmesi için mutlaka itiraz veya hükümsüzlük nedeni olarak ileri sürülmüş olması gerekmektedir (SMK m.67, 77). İşte bu hallerde görüşü esas alınan kişi; “bilgilenmiş kullanıcı” olarak belirlenmiştir. Ayırt ediciliğin bilgilenmiş kullanıcı nezdinde tespitinin bir diğer sonucu, tasarım koruma kapsamının da bu kavram çerçevesinde şekillenecek olmasıdır. Zira SMK m.58 uyarınca; “Tasarım sahibi, kendi tasarımına kıyasla ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlara karşı bu Kanundan doğan haklarını kullanabilir”. Buna göre ilgili tasarıma kıyasla hangi tasarımların ayırt edici nitelikte olduğu, yine bilgilenmiş kullanıcı üzerinde oluşan genel izlenimler dikkate alınarak tespit edilebilecektir⁵.

¹ RG. 10.01.2017, S. 29944.

² 6769 sayılı SMK'da, 554 sayılı mülga Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin aksine (554 sayılı KHK, RG. 27.06.1995, S. 22326), hem tescilli hem de tescilsiz tasarımlar bakımından hukuki koruma öngörülmüştür (SMK m.55). Buna göre tescilli veya tescilsiz tasarımın korunması için gerekli koşullar (yenilik ve ayırt edicilik) aynı olmakla birlikte tescile göre koruma süresi ve kapsamı değişiklik göstermektedir. Tescilsiz tasarımlar üç yıl süreyle ve yalnızca kopyalamaya (taklitçiliğe) karşı korunmaktadır (SMK m.59, 69). Bu düzenlemeler kaynak Avrupa Birliği tasarım hukukuyla da uyum içindedir; bkz. 12 Aralık 2001 tarih ve 6/2002 sayılı Avrupa Birliği Topluluk Tasarımı Hakkında KONSEY Tüzüğü (6/2002 sayılı Tüzük, Council Regulation (EC) No. 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs, OJ L 3/1, 05.01.2002) m.1, 4, 5, 6, 11, 19.

³ 554 sayılı mülga KHK döneminde tasarım tescilinde incelemez sistem geçerliydi. Buna göre TPE (SMK ile birlikte “TPE” ibaresi “TÜRKPATENT” şeklinde değiştirilmiştir; SMK m.188) tasarımın yeni veya ayırt edici nitelikte olup olmadığını resen incelemekte, ancak bu hususları tescile itiraz halinde araştırabilmekteydi. Tescilin gerçekleştiği hallerde yenilik veya ayırt ediciliğin bulunmadığına ilişkin iddialar da hükümsüzlük veya tecavüz davasının konusunu oluşturmaktaydı. Görüldüğü üzere 6769 sayılı SMK ile bu sistem terk edilmiş ve yarı incelemez tescil sistemine geçilmiştir. Buna göre TÜRKPATENT tasarım tescil başvurularını şekil ve yenilik kapsamında değerlendirmekte, ancak ayırt ediciliğe ilişkin herhangi bir inceleme yapmamaktadır (SMK m.64).

Kaynak AB hukukunda ise tasarımlar, esasa ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmadan; 6/2002 sayılı Tüzük'ün 4. ve 9. maddeleri uyarınca, sadece tanıma ve ahlak kurallarına uygunluk kapsamında şeklen incelenerek tescil edilmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz. KUR, Annette/DREIER, Thomas/LUGINBUEHL, Stefan: European Intellectual Property Law, Edward Elgar, Cheltenham 2019, s.409-411; BEEBE, Barton: “Design Protection”, in Dreyfuss, Rochelle/Pila, Justine (ed.), The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford 2018, s.585.

⁴ SMK m.64/6(d) uyarınca; TÜRKPATENT yeni olmadığı tespit edilen tasarım tescil taleplerini reddetmektedir. TÜRKPATENT tarafından reddedilen tasarım başvurularına karşı başvuru sahibi iki ay içerisinde itiraz edebilmektedir (SMK m.67/1). Bu itiraz, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından incelenir (SMK m.68/1).

⁵ Genel izlenim; bilgilenmiş kullanıcının tasarımın genel görünümü, karakteristik özellikleri ile ilgili ilk bakışta sahip olduğu fikir bütünüdür; bkz. LEVIN, Marianne: “The Harmonising Decisions from Luxembourg”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), The EU Design Approach: A Global Appraisal, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.60-61; SULUK, Cahit/ORHAN, Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar, C. 3, Seçkin, Ankara 2008, s.140. Türk Hukukunda, kaynak AB Hukukunda olduğu gibi, ayırt edicilik değerlendirilmesi ürünün görünümü esas alınmak suretiyle gerçekleştirilmekte olup; tasarım korumasından bu görünüme katkı sağlayan unsurlar yararlanmaktadır. Bununla birlikte bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımların benimsendiği; görme, dokunma, tatma yoluyla hissedilen unsurların da bu kapsamda korunabilirliğinin kabul edildiği yönünde bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler” (Temel Yenilikler), in Şehirli Çelik, Feyzan Hayal (ed.), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, BTHAE, Ankara 2017, s.257-258.

Tasarım hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çoğu ayırt edicilik ile bağlantılı olup, çözümlerinde belirleyici konumda bulunan kişi; bilgilendirilmiş kullanıcıdır⁶. Ne var ki Kanun'da, bu kavram tanımlanmadığı gibi, kapsam ve sınırlarına ilişkin bir düzenleme de getirilmemiştir. Oysa bilgilendirilmiş kullanıcıya ilişkin tüm bu hususların açıklığa kavuşturulması, tasarım tescil ve korumasında esas alınan ilkelerin doğru bir şekilde tespiti ve uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında sırasıyla bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı, işlevi, konu olduğu hukuki düzenlemeler, tanımı, özellikleri ve benzer kavramlardan farkları inceleme konusu yapılmıştır.

II. KAVRAM HAKKINDA

A. Ortaya Çıkışı

Bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı; Avrupa Birliği'nin (AB) tasarım hukukuna ilişkin ortak bir rejim oluşturma çabasının sonucunda gerçekleşmiştir⁷. Esasen bu amaç doğrultusunda yapılan ilk çalışma olan 1991 tarihli *Green Paper*'de tasarımların ayırt edicilik değerlendirilmesinin ilgili ürünlerin olağan tüketicisi (*ordinary consumer*) tarafından yapılacağı belirtilmişti⁸. Ancak Komisyon'un (*Commission of the European Communities*) 1993 yılında yayınlanan Tüzük teklifinde olağan tüketicinin yerini "bilgilendirilmiş kullanıcı" (*informed user*) kavramının almış olduğu görülmektedir⁹.

Komisyon bu değişikliği; bilgilendirilmiş kullanıcının tasarımlara ilişkin belli düzeyde bilgi ve farkındalık sahibi olduğu, dolayısıyla olağan tüketicie kıyasla tasarımlar arası farklılıkları tespit noktasında daha isabetli bir tercih oluşturacağı gerekçesine dayandırmıştır. Buna göre bilgilendirilmiş kullanıcı tasarımları uzman düzeyinde değerlendirmeden, olağan bir tüketicinin dikkatinden kaçabilecek çarpıcı farklılıkları bulabilecek düzeyde bilgi ve deneyim sahibidir¹⁰. Bu yaklaşıma Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (*European Parliament and Council*) de herhangi bir itirazda bulunulmamasıyla, bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı, tasarım hukukunda önemli ve değişmez bir yer edinmiştir.

B. İşlevi ve Amacı

Tasarım yaklaşımıyla (*design approach*); tasarımların ilgili pazarlardaki işlevlerinin öne çıkarılması ve korunması hedeflenmektedir¹¹. Bu nedenledir ki; tasarım hukukunda birçok kavram ve kurum ayırt edicilik çerçevesinde ele alınmaktadır. Zira bir tasarımı diğerlerinden ayırt edici hale getiren tüm özellikler, korunmaya değer kabul edilmektedir¹². Ayırt edici olmayan bir tasarımın tescili talebi itiraz, tescilin gerçekleşmesi de hükümsüzlük nedeni sayılmaktadır¹³. Ayırt edici nitelikteki bir tasarımın ihlali ise tecavüz davasının¹⁴ konusunu oluşturabilmektedir. İşte ayırt ediciliğe ilişkin tüm bu hususlarda görüşü esas alınan kişi "bilgilendirilmiş kullanıcı" olarak belirlenmiştir.

Bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı belli bir amaç ve ihtiyaç neticesinde geliştirilmiştir. Şöyle ki; tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesi "uzman" sıfatına sahip kişilerce gerçekleştirilirse; tasarımlar

⁶ LAUSTSEN, Rasmus Dalgaard: The Average Consumer in Confusion-Based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions, Springer, Cham 2019, s.154; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: "Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü" (Ayırt Edicilik), *Batider*, 28(1), 2012, s.6.

Tasarım koruması bakımından yenilik koşulunun sağlanmadığı yönündeki itiraz veya hükümsüzlük taleplerine, ayırt ediciliğe kıyasla, daha az rastlanmaktadır. Zira yenilik incelemesi bir tasarımın dış görünüş itibarıyla aynıysın mevcut olup olmadığıyla sınırlı gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla tasarımlar arası çok küçük olmayan farklılıkların mevcudiyetinde, benzerlik bulunsu dahi bu koşulun sağlandığı kabul edilmektedir; bkz. Yargıtay 11.HD. 09.07.2007, E. 2006/8085, K. 2007/10387; SULUK/ORHAN, s.127-129.

⁷ AB üyesi ülkelerin tasarım korumasına ilişkin yaklaşımları büyük farklılıklar içermekteydi. Bir kısım ülke (özellikle Almanya ve Fransa) tasarım korumasını fikir ve sanat eserleri hukuku (copyright approach) uyarınca gerçekleştirilmekteydi, diğer bir kısım (İngiltere başta olmak üzere) patent hukukuna yaklaşan (patent approach) bir sistem kabul etmişti. AB ise her iki yaklaşımdan farklı olarak tasarım korumasının ancak tasarım hukukunun amacına uygun kapsam ve koşullarda sağlanabileceğini gerekçesiyle tasarım hukuku (design approach) yaklaşımını benimsemiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. KUR, Annette/LEVIN, Marianne: "The Design Approach Revisited: Background and Meaning", in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.1-27.

⁸ Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design, Commission of the European Communities, Brussels, June 1991, 91 III/F/51311191, <http://aei.pitt.edu/1785/>, (Erişim Tarihi: 18.11.2020), s.69-70, 72-73.

⁹ Proposal for a European Parliament And Council Regulation on the Community Design, Commission of the European Communities, COM(93) 342 final-COD 463, Brussels, 3 December 1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF>, (Erişim Tarihi: 18.11.2020), s.7, 12, 15-16.

¹⁰ 1993 EC Commission Proposal, s.12, 15-16.

¹¹ KUR/LEVIN, s.7-8.

¹² ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.6.

¹³ 6/2002 sayılı Tüzük m.52, 25; 6769 sayılı SMK m.67, 77.

¹⁴ 6/2002 sayılı Tüzük m.19; 6769 sayılı SMK m.81.

arası çok küçük ayrıntılar dahi genel izlenim bakımından farklı olarak nitelendirilebilir. Bu durum da çok fazla tasarım tescilinin gerçekleşmesine karşın, çok azının tecavüz gerekçesiyle korunabilme hakkına sahip olması gibi istenmeyen bir sonuç doğurur. Bir diğer ihtimal olan; bu değerlendirmenin farklı tüketiciler tarafından yapılması halinde ise genel izlenime ilişkin tasarımlar arası bazı farklılıklar gözden kaçırılabilir. Dolayısıyla çok az sayıda tasarım tesciline karşın, belli başlı tasarımlar bakımından tekel niteliğinde bir hak oluşumu mümkün hale gelir¹⁵.

Görüldüğü üzere tasarım korumasıyla hedeflenen dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı; tasarımın ayırt ediciliğinin belirlenmesinde normatif bir standart sağlamış ve bu konuda hukuki bir belirsizlik oluşmasının önüne geçmiştir¹⁶. Değişen piyasa koşulları doğrultusunda şekillenen tüketici görüşü yerine sektörün içinden ve kanıtlanabilir olgular neticesinde oluşan kullanıcı algısı esas alınmalıdır¹⁷.

C. İlgili Hukuki Düzenlemeler

1. Avrupa Birliği Hukukunda

AB hukukunda tasarımlar; 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımı Hakkında Konsey Tüzüğü ile 98/71 sayılı Tasarımların Korunması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi¹⁸ ile düzenlenmektedir. Anılan Tüzük ve Yönerge, Türk tasarım hukukunun da kaynağı niteliğindedir. Zira bu düzenlemeler 554 sayılı mülga KHK'nın¹⁹ yanında halihazırda yürürlükte bulunan 6769 sayılı SMK'nın da tasarımlara ilişkin hükümlerine kaynak teşkil etmektedir²⁰. Dolayısıyla burada öncelikle bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının AB tasarım hukukundaki yeri ve kapsamı üzerinde durulacak ardından karşılaştırmalı olarak Türk hukuku düzenlemelerine yer verilecektir.

6/2002 sayılı AB Topluluk Tasarım Tüzüğü'nün 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; bir tasarım, bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde oluşturduğu genel izlenim itibarıyla önceki bir tarihte kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımdan farklıysa ayırt edicidir. Ayırt edicilik, tasarım korumasının yanında bu korumanın kapsamının belirlenmesinde de esas teşkil etmektedir. Bu doğrultuda Tüzük'ün 10/1. maddesinde; *"Topluluk tasarımı tarafından sağlanan korumanın kapsamı, bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde farklı bir genel izlenim oluşturmayan tüm tasarımları kapsar"* düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan hüküm ayırt ediciliğin varlığının ötesinde koruma kapsamının sınırlarını belirlenmeye hizmet etmektedir. Zira bir tasarımın ayırt ediciliği derecelendirilemez; bir tasarım ya ayırt edici niteliktedir ya da değildir. Ancak ayırt edicilikten doğan koruma, var olan farklı özelliklerin niteliği ve niceliği doğrultusunda dar ya da geniş olabilmektedir²¹.

Paralel düzenlemeler aynı ifadelerle AB Tasarım Yönergesi'nin 5/1. ve 9/1. maddelerinde de yer almaktadır. Buna göre tasarımın ayırt ediciliği niteliğinin ve koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının tasarıma ilişkin algısı esas alınmaktadır. Böylelikle tasarımın ayırt ediciliğini esas alan düzenlemeler arasındaki bağlantı açıkça ortaya konulmuştur. Ancak ne Tüzük ne de Yönerge'de bilgilendirilmiş kullanıcının kim olduğu, özellikleri veya hangi esaslar ışığında belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylelikle kavramın içeriği ve sınırları uygulamaya yansıyan somut uyumsuzluklar çerçevesinde şekillenmiştir.

2. Türk Hukukunda

6769 sayılı SMK'nın kabulünden önceki dönemde tasarımlar, 554 sayılı KHK ile korunmaktaydı. Mülga KHK'da da kaynak düzenlemelere uygun olarak ayırt ediciliğin ve koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının bu yöndeki değerlendirmesinin esas alınacağı

¹⁵ STONE, David; "EU Design Cases Looking Up", *Managing Intellectual Property*, 259, 2016, s.29.

¹⁶ KUR/LEVIN, s.17; LAUSTSEN, s.154.

SMK'nın 56. maddesinin gerekçesinde de ifade olunduğu üzere; "Tasarımlar ayırt edici nitelik açısından birbirleriyle kıyaslanırken farklı bilgi ve tecrübeye sahip kişilerce değişik şekilde yorumlanabilmektedir. Söz konusu sektörde bilgi ve tecrübe sahibi olan bir kişinin yapacağı kıyaslama ile herhangi bir tüketicinin yapacağı kıyaslama farklı olacaktır".

¹⁷ KUR/LEVIN, s.17.

¹⁸ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs, OJ L 289/28, 28.10.1998.

¹⁹ 554 sayılı mülga KHK Türkiye'nin tarafı olduğu fikri mülkiyet hukuku alanındaki uluslararası anlaşmaların yanında 1993 tarihli AB Topluluk Tasarımlarının Korunmasına İlişkin Yönerge ve Tüzük tasarımları kaynak alınarak hazırlanmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal: "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerine Etkileri", İÜHFM, 55(1-2), s.71 vd.

²⁰ SMK'nın Genel Gerekçesinde bu husus; "Sınai Mülkiyet Kanununun "Tasarım" Kitabı ile getirilen düzenlemelerle; uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm getirilmesi ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ile taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalara, özellikle Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Tesciline İlişkin Lahey Anlaşmasının Cenevre Metnine tam uyumun sağlanması ve düzenlemede, işlemlerin kullanıcı ihtiyaçlarına uygun olarak basit, hızlı ve en az bürokrasi ile sonuçlandırılması için mevzuatın sistematik, açık ve anlaşılır hale getirilmesi amaçlanmıştır" şeklinde belirtilmiştir.

²¹ LAUSTSEN, s.154.

belirtildiği.

554 sayılı KHK m.7/1 uyarınca; “Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması anlamındadır”²².

Bununla birlikte ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Koruma kapsamının belirlenmesinde ise bu maddeye uygun olarak o tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimle bariz bir benzerlik gösteren bütün tasarımlar dikkate alınmaktaydı (554 sayılı KHK m.10).

Bu hükümler, 6769 sayılı SMK’da, kaynak AB düzenlemeleri doğrultusunda yapılan önemli değişikliklerle birlikte yer almıştır. Kanun’un 56. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca; “Bir tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim; ... kanuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı ise bu tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir”. Buna göre, AB hukukunda olduğu gibi, ayırt ediciliğin kabulü bakımından bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde oluşan genel izlenimin önceki tasarımlardan farklı olması yeterlidir. Belirgin bir farklılık aranmayacaktır. Ayrıca ayırt edicilik değerlendirmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının farklılıklardan çok ortak özelliklere ağırlık vereceğine ilişkin belirlemeye SMK’da, isabetli olarak yer verilmemiştir²³.

Koruma kapsamına ilişkin 58. maddede ise; “Tasarım sahibi, kendi tasarımına kıyasla ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlara karşı bu Kanundan doğan haklarını kullanabilir” hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle mülga KHK’nın aksine koruma kapsamının belirlenmesinde ayırt edicilik esas alınmıştır²⁴. Ayrıca bu düzenlemeyle tasarımlar arası “bariz bir benzerlik” aranmasından vazgeçilerek koruma şartları ile kapsamı arasında uyum sağlanmıştır.

Bununla birlikte, koruma kapsamının belirlenmesinde, kaynak AB düzenlemelerinin aksine, ayırt edici nitelik değerlendirmesine ve bilgilendirilmiş kullanıcıya açıkça atıfta bulunulmamıştır. Bunun yerine tasarım korumasının “ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlar”ın tümünü kapsadığı belirtilmekle yetinilmiştir²⁵. Bu ifadeden, dolaylı bir biçimde, koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının ayırt ediciliği ilişkin değerlendirmesine başvurulacağı anlaşılmaktaysa da, kaynak düzenlemelere uygun ve açık bir hükmün tercihi daha yerinde olurdu.

Sonuç olarak Türk tasarım hukukunda da bilgilendirilmiş kullanıcı, tasarımın ayırt ediciliğinin belirlenmesinde görüşü esas alınan kişi olarak kabul edilmiş olup, bunun dışında bir düzenlemeye konu olmamıştır. Dolayısıyla bu kavramın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde AB ve Türk uygulama ve doktrininin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. TANIMI

Bilgilendirilmiş kullanıcı, 6769 sayılı SMK ya da bu Kanun’un kaynağı niteliğindeki 6/2002 sayılı Tüzük ve 98/71 sayılı Yönerge’de tanımlanmamıştır. Tüm bu hukuki düzenlemelerde, doğrudan veya dolaylı olarak tasarımın ayırt edici niteliği ile koruma kapsamının tespitinde görüşü esas alınacak kişinin bilgilendirilmiş kullanıcı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.

Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcı ile kastedilenin kim olduğunun belirlenebilmesi; kavramı oluşturan unsurların değerlendirilmesi sonucu yapılacak hukuki nitelendirme ile mümkündür. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında öncelikli olarak “bilgilendirilmiş” ve “kullanıcı” kavramları incelenmiş, ardından kavrama ilişkin doktrin ve uygulamada yapılan tanımlara yer verilmiştir. Son olarak ele alınan tüm hususlar değerlendirilerek; bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı tanımlanmıştır.

²² 554 sayılı KHK kaynak AB düzenlemelerinden farklı olarak ayırt ediciliğin tespitinde; bilgilendirilmiş kullanıcı nezdinde oluşan genel izlenimler arasında belirgin bir farklılık aramaktaydı. Dolayısıyla bilgisi esas alınan kişi aynı olmakla birlikte, tasarımın tescil ve koruması bakımından AB hukukuna kıyasla daha yüksek bir kriter getirilmiştir.

²³ Kaynak 6/2002 sayılı Tüzük’ün hazırlık çalışmalarında ayırt edicilik değerlendirmesinin farklılıklardan ziyade benzerlikler temel alınarak yapılmasının daha yerinde olacağına ilişkin bir görüş belirtilmekteydi; 1991 Green Paper, s.73. Bu görüş anılan Tüzük’te yer bulmasa da, aynı dönem hazırlanan mülga 554 sayılı KHK’da kanunlaşmıştır. SMK hazırlanırken ise, yürürlükteki Tüzük ile uyumlu olarak, ilgili hüküm kapsamında verilen çelişkili Yargıtay kararları ve doktrindeki eleştiriler dikkate alınmış; Kanun metninde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir, bu konudaki açıklamalar için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, Temel Yenilikler, s.264; MEMİŞOĞLU, Özgür: Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları, Seçkin, Ankara 2020, s.185.

²⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK, Temel Yenilikler, s.267.

²⁵ SMK m.58/1’in gerekçesine bakıldığında; “Maddenin birinci fıkrasında tasarım hakkıyla sağlanan korumanın kapsamı ve bu kapsamın belirlenmesinde nasıl bir yolun takip edileceği ifade edilmektedir. Korumanın kapsamı ayırt edicilik kriteri göz önünde bulundurularak yapılacaktır” şeklinde bir belirlemede bulunulmuş, neden dolaylı bir ifade tercih edildiğine ilişkin ise bir açıklamaya yer verilmemiştir.

A. Kavramı Oluşturan Unsurların İncelenmesi

1. Bilgilenmiş Olmak

Tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesi, kaynak AB düzenlemelerinde belirtildiği şekliyle; “*informed user*” tarafından gerçekleştirilir²⁶. Bu kavram Türkçe’ye “bilgilenmiş kullanıcı” olarak çevrilmiştir. Zira “*informed*” kelime anlamı itibarıyla; bilgili, bilgilendirilmiş veya haberdar olmaya karşılık gelmektedir²⁷. Bu doğrultuda “bilgilenmiş” nitelemesinin, ayırt edicilik incelemesini yapacak kişinin tasarımlara ilişkin belli bir bilgi düzeyine sahip olması gerektiğini belirtme amacıyla kullanıldığı söylenebilecektir²⁸.

Uygulamaya yansıyan uyumsuzluklara bakıldığında ise bu kavrama daha geniş bir anlam yüklendiği görülmektedir. ABAD’ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) birden çok kararında bu husus; “*Bilgilenmiş nitelemesi; tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip ve tüm bunların sonucu olarak da kullanımı sırasında yüksek dikkat seviyesi gösterme halini ifade eder*” şeklinde belirtilmiştir²⁹. Buna göre bilgilenmiş sıfatı; ilgili tasarım ve bulunduğu sektör hakkında geniş bilgi sahibi olmanın yanında, belli bir deneyim ve bu doğrultuda kazanılan dikkat ve özeni de ifade etmektedir.

2. Kullanıcı Olmak

Bilgilenmiş kullanıcı kavramının bir diğer unsuru olan; “kullanıcı” (*user*) olma hali, birden çok anlam ifade edebilmektedir. Buna göre kullanıcı, tasarımın uygulandığı ürünün alıcısı ya da son kullanıcı olan tüketicisi midir veya bu terim ilgili sektörde faaliyet gösteren bir kişiyi mi işaret etmektedir? Bu hususta ilgili mevzuatta herhangi bir açıklık bulunmamasından ötürü uygulama ve doktrinde farklı görüş ve yaklaşımlar ileri sürülmüştür³⁰.

AB Genel Mahkemesi, “kullanıcı”yı; “*söz konusu tasarımın uygulandığı ürünü, tasarlanma amacına uygun olarak kullanan kişi*” olarak tanımlamıştır³¹. Bu doğrultuda kavram, birden fazla kararda ürünün son kullanıcısı şeklinde somutlaştırılmıştır³². Bununla birlikte kullanıcının

²⁶ 6/2002 sayılı Tüzük m.6/1, 10/1; 98/71 sayılı Yönerge m.5/1, 9/1.

²⁷ <https://dictionary.cambridge.org/tr/informed>. (Erişim Tarihi: 18.12.2020).

²⁸ Suluk ise bilgilenmiş kullanıcının, marka ve haksız rekabet hukukunda esas alınan ortalama tüketici kavramına yakın bir yerde konumlandırılması gerektiğini, bu nedenle “bilgilenmiş” yerine “ilgili” kullanıcı kavramının tercih edilmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmüştür; SULUK, Cahit: “Tasarım Hukukunda “Bilgilenmiş Kullanıcı” ve Uygulamada Bazı Sorunlar”, Ünal Tekinalp’e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk, C. II, s.393, 395.

²⁹ CJEU, 20.10.2011, C-281/10 P, PepsiCo v Grupo Promer Mon Graphic, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-281/10>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 59 (Karar kısaca “PepsiCo” olarak anılacaktır); GCEU, 20.06.2010, T-153/08, Shenzhen Taiden v OHMI Bosch Security Systems (Équipement de communication), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-153/08>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 47 (Karar kısaca “Shenzhen” olarak anılacaktır); GCEU, 16.06.2011, T-68/10, Sphere Time v OHMI - Punch (Montre attachée à une lanlière), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-68/10>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 51 (Karar kısaca “Sphere Time” olarak anılacaktır); GCEU, 21.11.2013, T-337/12, El Hogar Perfecto del Siglo XXI v OHMI - Wenf International Advisers (Tire-bouchon), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-337/12&language=EN>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 23 (Karar kısaca “El Hogar” olarak anılacaktır).

³⁰ AB üye ülkelerinin ulusal düzenleme ve uygulamalarına bakıldığında da kullanıcı kavramının farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda bilgilenmiş kullanıcı kavramına karşılık ‘observateur averti’, bilgilenmiş “gözlemci” terimi tercih edilmiştir. Bu kapsamda hüküm uygulayan bir Fransız Yüksek Mahkemesi kararı, bilgilenmiş gözlemcinin, ürünü kullanması amaçlanan müşteri değil, kişisel deneyimi veya sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir gözlemci olduğuna karar vermiştir; (C Cass, com, April 3 2013, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027282289/>, (Erişim Tarihi: 06.11.2020); ayrıntılı bilgi için bkz. Legal Review on Industrial Design Protection in Europe: Under the Contract with the Directorate General Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (MARKT2014/083/D), Final Report, 15 April 2016, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/en> (Erişim Tarihi: 10.11.2020), s.63. İngiliz içtihat hukukuna bakıldığında ise kullanıcının; tasarımcı, üretici veya satıcı olmadığı, ancak bunları satın alan, seçen veya profesyonel olarak kullanan kişilerden biriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak yorumlandığı görülmektedir; EWPC, Case No: CC11P03061, 01.11.2012, Louver-Lite Limited v Harris Parts Limited (trading as Harris Engineering), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWPC/2012/53.html>, (Erişim Tarihi: 06.11.2020), para. 27.

³¹ GCEU, T-153/08, Shenzhen, para. 46; GCEU, T-68/10, Sphere Time, para. 51; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 23.

³² Örneğin konferanslarda kullanılan mikrofon tasarımının ayırt ediciliğinin uyumsuzluk konusu yapıldığı Genel Mahkeme’nin Shenzhen kararında, Mahkeme, bilgilenmiş kullanıcıyı; mikrofon önünde konuşma yapılan konferans veya bilimsel toplantılara düzenli olarak katılım gösteren kişi olarak belirlemiştir; para. 49. Bilgilenmiş kullanıcı olarak belirlenen kişinin ilgili tasarımı kullanmaya ilişkin deneyimin ötesinde teknik özelliklerine ilişkin kapsamlı bilgi sahibi olmayacağı göz önüne alındığında kullanıcı kavramını dar ve lafzi yorumlamanın bir takım sakinler doğurabileceği görülmüştür; bu yönde CORNWELL, Jane: “Under-referred, Under-reasoned, Under-resourced? Re-examining EU Design Law before the Court of Justice and the General Court”, https://www.research.ed.ac.uk/portal/files/26504726/Jane_Cornwell_Re_examining_design_law.pdf, (Erişim Tarihi: 03.11.2020), s.14-18. Kur ise Genel Mahkeme’nin bu karar özetindeki yaklaşımını eleştiriye açık ancak uygulanacak

belirlenmesinde alternatifli (ikili) bir yaklaşımın benimsendiği kararlar da bulunmaktadır³³. Bunlardan ilki Genel Mahkeme'nin 2010 tarihli, alkolstüz içecek ve cipslerde hediye olarak verilen taso tasarımlarına ilişkin uyumsuzluğu konu alan, *Grupo Promer* kararıdır³⁴. Burada bilgilendirilmiş kullanıcının, ilgili ürünlerin son tüketicisi olan 5-15 yaş aralığında bir çocuk ya da ürün alımında promosyon stratejilerini belirleyen satış yöneticisi olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir³⁵. Buna göre önemli olan; her iki grubun da uzman seviyesine erişmeden ilgili sektörde bulunan ürünler, ambalajlamaları ve promosyonları hakkında farkındalık, bilgi ve dikkat sahibi kişilerden oluşuyor olmasıdır³⁶.

Konuya ilişkin doktrindeki görüşlere bakıldığında; *Cornwell*, kullanıcı olarak ifade edilen kişinin “alıcı” (*purchaser*) olduğunu belirtmiştir. Yazara göre aksi bir yaklaşım, özellikle bu kişinin son tüketici olarak kabulü, tasarım yaklaşımının kabulüyle amaçlanana aykırı sonuçlar doğuracaktır³⁷. *Kür*, alıcı ve kullanıcıyı esas almanın uygulamada sonuca ilişkin kayda değer bir farklılık oluşturmayacağını ve kavram kargaşasından da kaçınılması gerektiğine dikkat çekmiştir³⁸. *Lausten*'e göre; kullanıcı kavramının alıcı, son kullanıcı, satış yöneticisini vb. içerisine alacak şekilde geniş yorumlanması, kavramın soyut niteliğiyle uyumlu olacaktır³⁹. *Suluk* ise kullanıcı kavramı yerine alıcı, kullanıcı ve tüketiciyi de kapsar şekilde “tasarımın hitap ettiği kişi veya çevre” ifadesine yer verilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir⁴⁰.

Uygulama ve doktrindeki tüm bu görüşler çerçevesinde; kullanıcı kavramının; uzmanlık seviyesine erişmeden ilgili sektör bakımından karar verici sayılabilecek ve tasarımın piyasada kullanılması noktasında aktif kişi gruplarının tümünü karşılar nitelikte kullanıldığı görülmektedir. Buna göre bu kişi; alıcı, son kullanıcı, tüketici veya ilgili alanda yönetici olabilecektir. Nitekim Komisyon'un 1993 tarihli Tüzük ve Yönerge'ye ilişkin teklifinde de bu husus; “bilgilenmiş kullanıcı; son tüketici olabileceği gibi ürünün nihai görünüşünden tamamen habersiz bir kişi de olabilir. Örneğin, bir makinenin dahili bir parçasıysa veya bir onarım sırasında değiştirilen mekanik bir cihaza ilişkin tasarımda; “bilgilenmiş kullanıcı”, parçayı değiştiren kişidir” denilmek suretiyle ortaya koyulmuştur⁴¹.

B. Uygulama ve Doktrinde Yapılan Bilgilenmiş Kullanıcı Tanımları

AB hukukunda bilgilendirilmiş kullanıcıya ilişkin ilk kapsamlı tanım, ABAD'ın *PepsiCo* kararında yapılmıştır⁴². Buna göre; “Bilgilenmiş kullanıcı kavramı marka hukukundaki belirli bir düzeyde bilgi sahibi olması beklenmeyen ve kural olarak çatışan markalar arasında doğrudan karşılaştırma yapmayan ortalama tüketici ile patent hukukundaki ayrıntılı teknik uzmanlığa sahip sektörel uzman arasında bir yerde durmaktadır. Bu nedenle, bilgili kullanıcı kavramı, ortalama bilgiye sahip bir kullanıcıyı değil, kişisel deneyimi veya söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcıya karşılık gelmektedir”⁴³. Bilgilenmiş kullanıcıyı kim olmadığı üzerinden; benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak tanımlayan bu ifade, bunu izleyen birçok kararda,

hukuki koşullarda netliğin sağlanması adına kabul edilebilir bulmuştur; KUR, Annette: “The Design Approach and Procedural Practice – Mismatch or Smooth Transposition?”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.182.

³³GCEU, T-68/10, *Sphere Time*, para. 53; GCEU, T-337/12, *El Hogar*, para. 29; GCEU, 4.02.2014, T-339/12, *Gandia Blasco v OHMI - Sachi Premium-Outdoor Furniture (Fauteuil cubique)*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-339/12&language=EN>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 13.

³⁴ GCEU, 18.03.2010, T-9/07, *Grupo Promer Mon Graphic v OHMI - PepsiCo*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-9/07>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), (Karar kısaca “Grupo Promer” olarak anılacaktır).

³⁵ GCEU, T-9/07, *Grupo Promer*, para. 64.

³⁶ Yargıtay 11.HD., 1.10.2019, E. 2018/1204, K. 2019/6012 kararında da benzer şekilde; “..endüstriyel tasarım tescili kapsamında yer alan araba yan basamağı ürünü için bilgilendirilmiş kullanıcı olarak nitelendirilebilecek kişinin, dava konusu ürünün satıldığı bir araç aksesuar dükkanında çalışan satış temsilcisi, bir galeride çalışan satış elemanı veya bizzat bu tür ürünlerin monte edildiği yerden yüksekliği nispeten fazla olan, servis aracı, arazi aracı v.s. kullanan bir sürücü olabileceği” belirtilmiştir. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD., 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421; Yargıtay 11.HD., 7.10.2019, E. 2018/5466, K. 2019/6248; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

³⁷ CORNWELL, s.14-18.

³⁸ KUR, s.180-181.

³⁹ LAUSTSEN, s.154.

⁴⁰ SULUK, s.393, dn.29.

⁴¹ 1993 EC Commission Proposal, s.12.

⁴² Esasen AB hukukunda bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı, ilk olarak Genel Mahkeme'nin *Grupo Promer* kararında inceleme konusu yapılmıştır. Bu kararda bilgilendirilmiş kullanıcı “...mevcut tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi ve özellikle dikkatli kişi” olarak ifade edilmiştir Ne var ki bilgilendirilmiş kullanıcının özelliklerine işaret eden bu belirleme kavramın içerik ve kapsamının tespiti ve dolayısıyla tanımı noktasında yetersizdir; GCEU, T-9/07, *Grupo Promer*, para. 64.

⁴³ CJEU, C-281/10 P, *PepsiCo*, para. 53.

bugüne dek, tekrar edilmeye devam edilmiştir⁴⁴.

Bilgilenmiş kullanıcının tanımı noktasında yerleşik hale gelen bu belirleme Türk hukuku uygulamasında da benimsenmiştir⁴⁵.

SMK'nın 56. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin gerekçede bilgilenmiş kullanıcı benzer esaslarla; "Ayırt edici niteliğin belirlenmesinde ve tasarımların karşılaştırılmasında, ne sıradan tüketicisi gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar değerlendirme gerektirmeyecek şekilde, ürün hakkında temel bilgilere sahip bir kişinin yapacağı değerlendirme anlaşılmalıdır. Söz konusu değerlendirmeyi yapabilecek kişi Kamunda "bilgilenmiş kullanıcı" olarak yer almıştır" şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrindeki tanımlara bakıldığında, uygulamanın da etkisiyle, bilgilenmiş kullanıcının benzer esaslarla tanımlanmaya devam edildiği görülmektedir⁴⁶. Kur, bu durumu; anılan tanımın tasarım yaklaşımıyla uyum içinde olmasına bağlamaktadır. Nitekim bilgilenmiş kullanıcı kavramının yorumuna ilişkin bir talep veya uygulamaya yansıyan bir herhangi bir uyumsuzluk bulunmaması, bu tanımın pratikte de yerleştiğinin bir kanıtı olarak değerlendirilmektedir⁴⁷.

C. Değerlendirme

Bilgilenmiş kullanıcı kavramını oluşturan unsurlar ile uygulama ve doktrinde yapılan tanımlar dikkate alındığında birkaç hususun açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır. Öncelikle bilgilenmiş kullanıcı farazi (fiktif) bir kişidir⁴⁸. Uygulamaya yansıyan kararların çoğunda⁴⁹ somutlaştırılmaya çalışılan bu kavram belli bir kişi veya kişi grubuna karşılık kullanılmamalıdır. Zira bilgilenmiş kullanıcı, somut belirli bir kişiden ziyade, ilgili alan bakımından görüşleri araştırılabilir ve kanıtlarla desteklenebilir; uzman olmadan kapsamlı bilgi sahibi olan soyut bir kişiyi ifade etmektedir.

Bu doğrultuda örneğin otomobil tasarımlarına ilişkin bir uyumsuzluğun bilgilenmiş kullanıcı ile çanta tasarımına ilişkin bir uyumsuzluğun bilgilenmiş kullanıcı farklı kişi gruplarından seçilecektir. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı; ilgili tasarım veya tasarımlar bakımından belli düzeyde bilgi, deneyim ve dikkate sahip olması beklenen ve her bir somut olay kapsamında değişebilen farazi bir kişidir.

Bununla birlikte kavramı oluşturan "bilgilenmiş" ve "kullanıcı" olma unsurları lafzi anlamlarının ötesinde geniş yorumlanması gereken ifadelerdir. Bilgilenmiş olma; belli düzeyde bilgi sahibi olmanın yanında ilgili alanda kazanılan deneyim ve bu doğrultuda oluşan dikkat düzeyine de işaret etmektedir. Aynı şekilde kullanıcı kavramı; tasarımın uygulandığı ürünün kullanılması noktasında aktif ve karar verici konumda bulunan kişi gruplarının tümüne karşılık kullanılmaktadır. Buna göre bilgilenmiş kullanıcı; ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcıdır.

⁴⁴ GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 21; CJEU, 18.11.2012, C-101/11 P, Neuman and Galdeano del Sel v José Manuel Baena Grupo, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-101/11&language=EN>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 53 (Karar kısaca "Neuman" olarak anılacaktır); GCEU, 21.05.2015, T-22/13, Senz Technologies v OHMI - Impliva (Parapluies), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-22/13&language=en>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 50 (Karar kısaca "Senz" olarak anılacaktır); GCEU, 15.10.2020, T-818/19, Dvectis CZ v EUIPO - Yado (Coussin de soutien), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=T-818/19>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 41.

⁴⁵ Yargıtay HGK. 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay 11.HD. 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁴⁶ LEVIN, s.57-58; SEVILLE, Catherine: EU Intellectual Property Law and Policy, Edward Elgar, Cheltenham 2009, s.195; ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.15; SULUK, s.390-391; MEMİŞOĞLU, s.149-150.

⁴⁷ KUR, s.180. Uygulama ile gelişen bilgilenmiş kullanıcı tanımının büyük ölçüde yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz. EU Comission Legal Review, s.68; Joint Paper of ECTA, INTA and MARQUES on the Legal Review on Industrial Design Protection in Europe, July 2018, <https://ecta.org/ECTA/documents/ECTAINTAMARQUESJointPaper20182578.pdf> (Erişim Tarihi: 12.11.2020), s.17.

Moore ise ilgili tanımın, bilgilenmiş kullanıcının tasarımların farklı nitelikteki ürünlere uygulandığı hallerde yapacağı incelemeye ilişkin bir belirleme de içermesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre tanım, bu haliyle, tasarımın koruma kapsamı ve hükümsüzlüğün tespiti noktaları bakımından yetersiz kalmaktadır; MOORE, Kathryn: "Anatomy of a Design Regime", Indiana Journal of Global Legal Studies, 22(2), 2015, s.800-803.

⁴⁸ KUR, s.182; LAUSTSEN, s.159, CORNWELL, s.11; ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.15; SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2019, s.317; MEMİŞOĞLU, s.151-152. Bu yönde Yargıtay 11.HD. 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁴⁹ CJEU, C-281/10 P, PepsiCo, para. 54; GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 64; GCEU, T-68/10, Sphere Time, para. 53; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 29; GCEU, T-153/08, Shenzhen, para. 49.

IV. ÖZELLİKLERİ

Bilgilenmiş kullanıcının tasarım hukukundaki işlevi; uyumsuzluk konusu tasarım veya tasarımların ayırt edici niteliklerinin değerlendirilmesidir. Bir tasarımın ayırt ediciliği; bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim bakımından mevcut tasarımlardan farklı olup olmasına göre belirlenmektedir. Bu karşılaştırmada, ilgili tasarımın genel izleniminin yanında, uygulandığı ürün ve niteliği, kullanıldığı sektör, mevcut tasarım külliyatı (*design corpus*) ile tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğü gibi hususlar da dikkate alınmalıdır⁵⁰. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcının, tasarımlar arası basit bir kıyastan ziyade, belirli ilkeler çerçevesinde kapsamlı bir inceleme yapması beklenmektedir. Bu karşılaştırmaların eksiksiz ve doğru şekilde gerçekleştirilebilmesi, bilgilenmiş kullanıcının belli başlı özelliklere sahip olmasına bağlıdır. Bu başlık altında; ayırt edicilik değerlendirmesinde etkili unsurlar çerçevesinde, bilgilenmiş kullanıcının, hangi kapsam ve ölçüde bilgi, deneyim ve dikkat sahibi olması gerektiği inceleme konusu yapılmıştır.

A. Belli Düzey ve Kapsamda Bilgi Sahibi Olmak

Bilgilenmiş kullanıcının en temel özelliği; ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Zira tasarım hukukunda ayırt edicilik değerlendirmesi bakımından bilgilenmiş kullanıcının görüşüne iki halde başvurulmaktadır. Bunlardan ilki tasarımın tescil edilebilirliğinin tespiti bakımından yapılan inceleme⁵¹, ikincisi de tescilli tasarımın koruma kapsamının belirlenmesinde yapılan değerlendirmedir⁵². İlk halde; tescilli istenen tasarım, ilgili alana ilişkin tescilli veya tescilsiz, benzer nitelikteki önceki tasarım ya da tasarımlarla karşılaştırmaktadır. İkinci halde ise söz konusu tasarımın tescilinden sonraki bir tarihte doğan tasarımların, bu tasarıma kıyasla, ayırt ediciliği belirlenmeye çalışılmaktadır⁵³. Buna göre her iki halde de, ayırt edicilik değerlendirmesinin yapılabilmesi için, ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında belli düzey ve kapsamda bilgi sahibi olmak gerekir⁵⁴.

Ne var ki, ilgili hukuki düzenlemelerde, hangi düzey veya kapsamda bilginin yeterli sayılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hususlar uygulamaya yansıyan uyumsuzluklar çerçevesinde ele alınmıştır. ABAD'ın *PepsiCo* kararında bu konuya ilişkin olarak; “tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip olma” şeklinde bir belirleme yapılmıştır⁵⁵. Buna göre tasarımın bulunduğu sektöre ilişkin bilgi sahibi olma; ilgili alandaki tüm tasarımlardan veya bunların özelliklerinden eksiksiz haberdar olma anlamına gelmemektedir. Burada tasarım külliyatına ilişkin ortalamanın üzerinde ancak bu alanda uzman olarak da nitelendirelemesine gerek olmayacak derecede bilgi sahibi olunması aranmaktadır⁵⁶. Diğer bir deyişle olağan piyasa koşullarında bilinmesi gereken tasarımlar ve bunlara ilişkin özellikler hakkında belirli bir düzeyde bilgi sahibi olma yeterli sayılmalıdır.

Bununla birlikte bilgilenmiş kullanıcının ayırt edicilik değerlendirmesini tüm yönleriyle yapabilecek düzeyde bilgi sahibi olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu doğrultuda bilgilenmiş kullanıcının tasarımcının seçenek özgürlüğünü de değerlendirebilecek kapsamda bilgi sahibi olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Objektif bir inceleme gerektiren bu hususun tespitinde; teknik zorunluluklar,

⁵⁰ Bkz. 6/2002 sayılı Tüzük dibace no: 14, 98/71 sayılı Yönerge dibace no:13.

⁵¹ 6/2002 sayılı Tüzük m.6/1, 98/71 sayılı Yönerge m.5/1, 6769 sayılı SMK m.56/5.

⁵² 6/2002 sayılı Tüzük m.10/1, 98/71 sayılı Yönerge m.9/1, 6769 sayılı SMK m.58/1.

⁵³ ŞEHİRALİ ÇELİK, *Ayırt Edicilik*, s.8-9.

⁵⁴ Bilgilenmiş kullanıcının ilgili ürün görünümüne ilişkin bilgisi ne kadar fazlaysa, sonraki tarihl bir tasarımın ayırt edici bulunma ve dolayısıyla tescil edilebilme olasılığı o denli fazladır. Aynı denklem koruma kapsamının belirlenmesi ve tecavüzün tespitinde de geçerlidir. Her iki halde de bilgilenmiş kullanıcı, sahip olduğu geniş bilgi ve deneyim sayesinde aradaki küçük farklılıkları tespit ederek bunların genel izlenime katkısını değerlendirebilecektir; STONE, s.29; LAUSTSEN, s.158.

⁵⁵ CJEU, C-281/10P, *PepsiCo* para. 59. Aynı yönde GCEU, T-153/08, *Shenzhen* para. 47; GCEU, T-68/10, *Sphere Time*, para. 51; GCEU, T-337/12, *El Hogar*, para. 23. SMK'nın 56. maddesinin gerekçesinde de bilgilenmiş kullanıcının “...ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde ürün hakkında temel bilgilere sahip” bilgi düzeyine sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

⁵⁶ Bu kapsamda tasarım külliyatı; ilgili tasarımın uygulandığı ürün sınıfının yanında bu tasarımın uygulandığı farklı ürün sınıflarını da kapsar şekilde geniş değerlendirilmelidir; EU Commission Legal Review, s.64, 66-67, 70; MEMİŞOĞLU, s.174. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

Bilgilenmiş kullanıcının özellikle ilgili alanda piyasada halihazırda mevcut tasarımlar bakımından geniş bilgi ve tecrübeye sahip olması beklenmektedir. Zira böylelikle uyumsuzluk konusu tasarımın önceki tasarımdan farklı veya ortak özelliklerini ve bunların genel izlenime etkisini isabetli bir biçimde tespit edebilecektir; ŞEHİRALİ ÇELİK, *Ayırt Edicilik*, s.15.

⁵⁷ Ayırt ediciliğin belirlenmesinde bilgilenmiş kullanıcının, tasarımcının seçenek özgürlüğünü de dikkate alması gerektiği; ilgili hukuki düzenlemelerde, hem tescil başvurusunun değerlendirmesi hem de tasarımın koruma kapsamının tespiti

ürün özellikleri gibi birden fazla unsurun birlikte ele alınması gerekmektedir⁵⁸. Genel Mahkeme'nin birden çok kararında da belirttiği üzere; bilgilendirilmiş kullanıcının mevcut tasarım külliyyatıyla birlikte ilgili tasarımların hangi özelliklerinin teknik işlev sonucu oluştuğunu bildiği varsayılır⁵⁹. Dolayısıyla bilgilendirilmiş kullanıcı bakımından aranan “normal piyasaya koşullarında bilinmesi gereken tasarımlar ve bunlara ilişkin özellikler hakkında belirli bir düzeyde bilgi sahibi olma” hali bu konularda, uzman seviyesine erişmeden, geniş bir bilgiye sahip olmayı da kapsar.

B. Deneyimli ve Dikkatli Olmak

Bilgilendirilmiş kullanıcı tasarımın uygulandığı ürünün potansiyel kullanıcısıdır. Dolayısıyla bu kavram ürünün herhangi bir şekilde kullanımı ile kazanılan deneyimden ayrıştırılamaz. Bu nedendir ki; bilgilendirilmiş kullanıcının, tasarım konusu ürünün kullanımında deneyim sahibi olduğu kabul edilmektedir.

Bilgilendirilmiş kullanıcının bilgi düzeyi dikkate alındığında, bu deneyimin, sıradan bir kullanıcınıninkine kıyasla, yüksek bir dikkat seviyesinde gerçekleştiği varsayılır⁶⁰. ABAD'ın *PepsiCo* kararında bu husus; “Bilgili kullanıcı kavramı, ortalama dikkate sahip bir kullanıcıya değil, kişisel deneyimi ve söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcı olarak anlaşılmalıdır....Bilgilendirilmiş kullanıcının dikkat seviyesi; tasarımı bir bütün olarak algılayan ve çeşitli ayrıntılarını değerlendirmeyen, makul ölçüde bilgili ve dikkatli ortalama tüketiciden fazladır. Bununla birlikte ilgili alanda uzman olan kişi kadar da yüksek değildir” şeklinde belirtilmiştir⁶¹.

Buna göre bilgilendirilmiş kullanıcının, ayırt edicilik değerlendirmesini de, belli bir dikkat düzeyinde gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Zira bilgilendirilmiş kullanıcının dikkat düzeyi, gözlem ve algı kapasitesiyle doğru orantılı belirlenmektedir⁶². Bu kapsamda bilgilendirilmiş kullanıcı; uzman seviyesine erişmeden, ortalamanın üzerinde dikkat gösteren kişidir⁶³. Örneğin Genel Mahkeme'nin, bir çanta tasarımının ayırt ediciliğine ilişkin uyuşmazlığı konu aldığı *H&M* kararında, bilgilendirilmiş kullanıcı; çantaları ilgiyle kullanan, bu konuda bilgili bir kadın olarak belirlenmiş ve bu kişinin dikkat düzeyinin ortalama bir çanta alıcısı ile bu konuda özellikle dikkatli uzman arasında bir yerde seyretmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁴. Böylelikle bilgilendirilmiş kullanıcının, tasarıma ilişkin ayrıntıları fark etmesi beklenmemekte; ancak ziyade ayırt ediciliğinin doğru şekilde tespitinde kilit rol oynayan önemli ayrıntıları fark edebileceği kabul edilmektedir.

V. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Bilgilendirilmiş kullanıcı, uygulama ve doktrinde, ortalama tüketicisi ile teknik uzmana eşit uzaklıkta; bunlar arasında yer alan bir kavram olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcının

bakımından açıkça belirtilmiştir; 2002/6 sayılı Tüzük m.6/2, 10/2; 98/71 sayılı Yönerge m.5/2, 9/2; 6769 sayılı SMK m.56/6, m.58/2. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

Tasarımcının seçenek özgürlüğünün dikkate alınması ile amaçlanan; böyle bir serbestinin kısıtlı olduğu hallerde küçük farklılıklar içeren tasarımların da ayırt edici sayılarak korunabilmesidir. Teknik kısıtlamalar tasarımcının özgürlük derecesini büyük ölçüde sınırladığında, sonraki tasarımların korunan tasarıma fazlaca benzemesi normal sayılabilecektir. Tasarımcının yüksek seçenek özgürlüğe sahip olduğu hallerde ise tasarımın koruma kapsamı genişlemekte ve benzerlerinin varlığını engelleyebilmektedir; DU MONT, Jason J./JANİS, Mark D.: “Functionality in Design Protection Systems”, *Journal of Intellectual Property Law*, 19(2), 2012, s.297-300.

⁵⁸ Bu yönde GCEU, 09.09.2011, T-11/08, Kwang Yang Motor v OHMI - Honda Giken Kogyo (Moteur à combustion interne), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-11/08>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 32 (Karar kısaca Kwang Yang olarak anılacaktır); GCEU, 10.09.2015, T-525/13, H&M Hennes & Mauritz v OHMI - Yves Saint Laurent (Sacs à main), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-525/13>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 28 (Karar kısaca H&M olarak anılacaktır). Cornwell böyle bir değerlendirmenin doğru şekilde yapılabilmesi için bilgilendirilmiş kullanıcının teknik bilgisinin, Genel Mahkeme'nin Shenzen kararında belirttiğinin aksine, kullanım ile kazanılanın ötesinde olması gerektiğini belirtmiştir, CORNWELL, s.14.

⁵⁹ GCEU, T-11/08, Kwang Yang, para. 32; GCEU, T-525/13, H&M, para. 28.

⁶⁰ EU Commission Legal Review, s.64.

⁶¹ CJEU, C-281/10P, *PepsiCo* para. 53, 59. Aynı yönde GCEU, 13.06.2017, T-9/15, *Ball Europe v EUIPO - Crown Hellas Can (Canettes)*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-9/15&language=EN>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 81.

⁶² LEVIN, s.59; SULUK, s.390.

⁶³ Bu yönde Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay 11.HD., 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020). Ne var ki Y. 11.HD., 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421 kararında bilgilendirilmiş kullanıcıyı “daha ziyade, tasarım konusu ürünü kullanarak tasarım konusunda bilgi sahibi olmuş, başkalarına nazaran ürünlerin dış görünümüne nispeten daha çok önem veren, ortalama dikkat ve deneyim sahibi kişi” olarak tanımlanmıştır; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁶⁴ GCEU, T-525/13, H&M, para. 23, 26.

⁶⁵ Ayrıca bkz. SMK m.56/5'in gerekçesi.

ABAD'ın bilgilendirilmiş kullanıcıyı, marka ve patent hukukunda yerleşik kavramları esas alarak tanımlamasının tüm bu kavramların birbirinden etkilenmeden uygulanmasını zorlaştırdığı yönündeki eleştiriler için bkz. LEVIN/KUR, s.17.

özellikleri de, marka ve patent hukukunda yerleşik bu iki kavram çerçevesinde belirlenmiştir. Dolayısıyla bilgilendirilmiş kullanıcının, bu kavramlarla karşılaştırmalı olarak ele alınması, kapsam ve sınırlarının tespiti bakımından önemli bir etken oluşturmakta olup bu doğrultuda aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

A. Ortalama Tüketici

1. Marka Hukukundaki İşlevi

Bir markanın tescil edilmesi ve koruma kapsamının belirlenmesinde etkili unsurlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimalidir. Buna göre tescilli veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir (SMK m.6/1). Böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı ise önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup; marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir (SMK m.7/2, SMK m.29/1)⁶⁶. İşte tüm bu hallerde karıştırılma ihtimalinin tespitinde algısı esas alınan kişi; “ortalama tüketici” (*average consumer*)dir⁶⁷.

2. Bilgilendirilmiş Kullanıcı Kavramı ile Temel Farklılıkları

Ortalama tüketicinin, bir sınai mülkiyet hakkının tescili ve koruma kapsamının belirlenmesinde oynadığı rol bakımından, bilgilendirilmiş kullanıcı ile benzer bir konumda bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte bu iki kavram temelde büyük farklılıklar içermektedir.

Öncelikle ortalama tüketici kavramı uyumsuzluk konusu alanda makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı bir kişiyi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır⁶⁸. Buna göre ortalama tüketicinin markanın üzerinde bulunduğu ürün veya hizmete ilişkin özel bir bilgi, deneyim veya yüksek bir dikkat sahibi olması aranmaz. Ortalama tüketici; iki ayırt edici işareti ayrıntılarına yoğunlaşmadan bir bütün olarak ve aklında kaldığı kusurlu izlenimleri esasında karşılaştıran kişidir⁶⁹. Dolayısıyla ortalama tüketicinin, bilgilendirilmiş tüketicinin aksine, uyumsuzluk konusu alanda tescilli diğer markalar ve bu doğrultuda marka olarak seçilebilecek işaretlere ilişkin bilgi sahibi olması ya da söz konusu karşılaştırmayı markaların üzerinde bulunduğu ürünleri yan yana koyarak ve önemli ayrıntıları da dikkate alarak gerçekleştirmesi beklenmez.

Bilgilendirilmiş kullanıcı, ortalama tüketiciye kıyasla daha yüksek düzeyde bilgi, deneyim ve dikkat sahibidir. Ayrıca bilgilendirilmiş kullanıcı, tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesini, ortalama tüketicinin aksine, doğrudan karşılaştırmak yapmak suretiyle gerçekleştirmektedir⁷⁰. Bununla birlikte doğrudan karşılaştırmaların imkansız veya elverişsiz olduğu hallerde, bu karşılaştırmaların dolaylı olarak bilgilendirilmiş kullanıcının zihninde kalan imaj esas alınarak yapılması da olanaklıdır⁷¹. Ancak tasarım

⁶⁶ Bu hükümlerin kaynağı için bkz. 2017/1001 sayılı ve 14 Haziran 2017 tarihli Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017) m.9/2(b) ile 2015/2424 sayılı ve 16 Aralık 2015 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015, OJ L 341/12, 24.12.2015) m.10/2(b).

⁶⁷ LAUSTSEN, s.266-288, 281; BERESKİN QC, Daniel R.: “Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection”, JIPL&P, 14(3), 2019, s.228; EUIPO: Double Identity and Likelihood of Confusion: Relevant Public and Degree of Attention, Guidelines for Examination in the EU Trade Marks, Part C, Opposition, s.4-5. Yargıtay’ın karıştırma ihtimalinin tespitinde “ortalama tüketici”yi esas aldığı örnek kararlar için bkz. Yargıtay 11.HD., 23.10.2019, E. 2018/2020, K. 2019/6599; Yargıtay 11.HD., 5.12.2019, E. 2018/2839, K. 2019/7894; Yargıtay 11.HD., 4.12.2019, E. 2019/1055, K. 2019/7828; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 25.01.2020). Bununla birlikte Yargıtay HGK., 11.4.2019, E. 2017/11-67, K. 2019/444 ile Yargıtay 11.HD., 22.10.2018, E. 2017/934, K. 2018/6544 kararlarında olduğu gibi “ilgili halk” kıstasını da belirleyici kabul edebilmektedir; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 25.01.2020).

⁶⁸ CJEU, C-342/97, 22.06.1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v Klijsen Handel BV, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/97> (et. 11.11.2020), para. 26 (Karar kısaca “Lloyd Schuhfabrik” olarak anılacaktır); CJEU, C-498/07 P, 03.09.2009, Aceites del Sur-Coosur SA v Koipe – OHIM, (Aceites), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-498/07P&td=ALL> (Erişim Tarihi: 11.11.2020), para. 74.

AB ve Türk marka hukukunda ortalama tüketici kavramının yorumuna ilişkin bkz. KOŞER, Nihal: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli “Swemac” Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-“, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, ÇÜHFD, 5(1-2), 2020, s.2166-2169.

⁶⁹ Bu yönde CJEU, C-324/97, Lloyd Schuhfabrik, para. 26; GCEU, T-443/12, 21.11.2013, Equinix (Germany) v OHMI - Acotel (ancotel), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-443/12&language=EN> (Erişim Tarihi: 11.11.2020), para. 54.

⁷⁰ GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 41; CJEU, C-281/10, PepsiCo, para. 55; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 21; CJEU, C-101/11 P, Neuman, para. 54-56.

⁷¹ CJEU, C-281/10, PepsiCo, para. 55. Böylelikle tasarım korumasının amacı da gözetilerek potansiyel tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesi doğrudan karşılaştırılabilir olma ile sınırlı tutulmadığı yönünde bkz. LEVIN, s.58. Bu

hukukunda bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının getirilmesi ile ayırt ediciliğe ilişkin somut verilere dayalı, kanıtlanabilir bir değerlendirme yapılabilmesinin hedeflenmesi karşısında, dolaylı karşılaştırmaya yalnız zorunluluk halinde başvurulabileceği kabul edilmelidir⁷².

Tüm bu hususlar göstermektedir ki; ortalama tüketicinin bir tasarımı değerlendirmesi ile bilgilendirilmiş kullanıcının aynı tasarıma ilişkin incelemesi çok farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bilgilendirilmiş kullanıcının bilgi ve dikkat düzeyine ilişkin değerlendirme; tasarımın hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasına neden olabilecektir⁷³. Örneğin ABAD'ın *Neuman* kararında aynı çizgi film karakterlerinin farklı yüz ifadelerini (mutlu, üzgün, şaşkın vb.) içeren tasarımlar, benzer türlerde uygulanmış olmasına karşın ayırt edici bulunmuştur⁷⁴. Aynı değerlendirme ortalama tüketici tarafından gerçekleştirilse idi aksi yönde bir sonuca ulaşılabilirdi. Sonuç olarak; ortalama tüketici ve bilgilendirilmiş kullanıcı arasındaki sınır, bu kavramların temelini oluşturan özelliklerin doğru biçimde yorumlanması ve uygulanması halinde korunabilir niteliktedir.

B. Teknik Alanda Uzman

1. Patent Hukukundaki İşlevi

Patent hukukunda buluş basamağına ilişkin inceleme “teknik alanda uzman kişi”⁷⁵ tarafından gerçekleştirilmektedir⁷⁶. SMK m.83/4 uyarınca; “*Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir*”. Buna göre buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir faaliyet sonucu gerçekleşmişse, patentlenebilirliğin diğer bir koşulu olan buluş basamağı kriteri sağlanmış kabul edilmektedir. Bu doğrultuda teknik alandaki uzman ile “*teknik alanda genel bilgiye sahip ve tekniğin bilinen durumundaki her şeye erişebilen, rutin araştırma ve uygulamaları yapabilme kapasitesine sahip, buluş yapma yeteneği olmayan dikkatli bir uygulayıcı*” kastedilmektedir⁷⁷.

2. Bilgilendirilmiş Kullanıcı Kavramı ile Temel Farklılıkları

Patent korumasının kazanılması bakımından belirleyici konumda bulunan “teknik alanda uzman”, özellikleri itibarıyla birden fazla noktada bilgilendirilmiş kullanıcıdan farklılaşmaktadır. Öncelikle teknik alanda uzman kişinin bilgi düzeyi bilgilendirilmiş kullanıcıdan beklenenin çok üzerindedir. Zira buluş basamağına ilişkin değerlendirme “teknik alanda uzman” esasında gerçekleştirilmektedir. Bu kavram da patent başvurusu tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir şekilde açıklanmış ve toplumca erişilebilir olan bilgilerin tümünü ifade etmektedir⁷⁸.

kabulün, dolaylı karşılaştırma yapabilmek için hangi durumların zorunluluk kapsamında sayılacağı ve ortalama tüketici kavramına yakınlığı gibi istenmeyen sonuçlar doğurabileceği yönündeki eleştiriler için bkz. KUR, s.182.

⁷² KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.419.

⁷³ Buna karşın kek tasarımının ayırt ediciliğine ilişkin bir uyumsuzluğun bilgilendirilmiş kullanıcısının sıradan tüketici olarak belirlenebileceği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 6.11.2019, E. 2018/5567, K. 2019/6899; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 05.12.2020).

⁷⁴ CJEU, C-101/11 P, *Neuman*, para. 78-83. Bu konuya Genel Mahkeme'nin asimetric şemsiye tasarımlarına ilişkin *Senz* kararı da örnek gösterilebilir. Zira müdahilin uyumsuzluk konusu şemsiye tasarımının genel izleniminin bilgilendirilmiş kullanıcı nezdinde ayırt edici olamayacağı yönündeki iddiası, Mahkeme'nin; “...hiç uçak görmemiş biri bakımından Airbus ve Concorde uçak tiplerini gördüğünde ikisinin de büyük ölçüde benzer olduğunu söylemesi mümkün iken bilgilendirilmiş kullanıcının yaptığı değerlendirmenin bunun çok ötesinde olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir; GCEU, T-22/13, *Senz*, para. 84.

⁷⁵ Kaynak düzenlemelerde ilgili alanda teknik uzmanlığı bulan kişiyi belirtmek amacıyla yetenekli, ve vasıflı kişi anlamına gelen “skilled person” teriminin kullanıldığı görülmektedir; bkz. Avrupa Patent Anlaşması (Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention -EPC), https://www.epo.org/lawpractice/legaltexts/html/epc/2016/e/EPC_conv_20200701_en_20200620.pdf)m.56. Türk hukukunda ise İngilizce karşılığı “expert” olan “uzman” kavramı tercih edilmiştir. Bunun isabetli olmadığı ve kaynak düzenlemeleri de karşılarda şekilde “meslek erbabı” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği yönünde görüş ve eleştiriler için bkz. SULUK/KARASU/NAL, s.246.

⁷⁶ Bununla birlikte “teknik alanda uzman kişi” buluşların açıklanması ve ilgili istemlerin yorumunda da referans alınan bir kavramdır; bkz. EPC m.83; SMK m.89/2, 92/1.

⁷⁷ Bkz. SMK m.83/4'ün gerekçesi. AB hukukunda “teknik alanda uzman” (person skilled in art); ilgili teknik alanda ortalama bilgi ve beceriye sahip, söz konusu tarih itibarıyla alanda mevcut bilgi ve teknikten haberdar bir uygulamacı olarak tanımlanmaktadır; EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII-, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html> (Erişim Tarihi: 20.11.2020).

⁷⁸ SMK m.83/2 uyarınca; “*Tekniğin bilinen durumu, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar*”.

Teknik alanda uzmanın en son teknolojiye ve bilgiye erişiminin bulunduğu varsayılmaktadır. Bu doğrultuda uzmanın özellikle araştırma raporunda belirtilen belgeler ile söz konusu teknoloji alanı için rutin çalışma ya da deney yapma araç

Dolayısıyla teknik alanda uzmanın genel bilgi ve dikkat düzeyi, ilgili alana ilişkin tasarımları eksiksiz olarak bilmesi veya tüm ayrıntılarıyla incelemesi beklenmeyen, bilgilendirilmiş kullanıcıdan fazladır.

Teknik alanda uzman bakımından özellik gösteren bir diğer husus; bu kişinin, patent hukukundaki işlevi itibarıyla, başarılı bir uygulayıcı da olmasıdır⁷⁹. Zira bir buluşun “aşikar” niteliği; tekniğin bilinen durumu esasında yapılan uygulama ile aynı çözüme kolaylıkla ulaşılabileceği ulaşılamayacağına göre belirlenmektedir. Bilgilendirilmiş kullanıcı ise tasarımın uygulandığı ürünün potansiyel kullanıcı olup, tasarımın yaratım sürecine ilişkin bilgi ve deneyime sahip değildir. Son olarak; uzman kişi ilgili buluşu bir bütün olarak değerlendirmekle birlikte; oluşumunda etkili unsurları da ayrıca inceleme konusu yapmaktadır⁸⁰. Bilgilendirilmiş kullanıcının ise tasarımların genel izlenimi esasında değerlendirme yapması yeterlidir⁸¹.

Sonuç olarak; teknik alanda uzman, bilgilendirilmiş kullanıcı ile işlevi itibarıyla benzer kabul edilebilecekse de, sahip olması beklenen özellikler noktasında ayrılmaktadır. Bilgilendirilmiş kullanıcının bu kavrama yaklaştırılması, tasarım tescil ve koruma kapsamının oldukça daralması ile sonuçlanabilir. Bu noktada Türk hukuku uygulamasına ayrıca değinmekte yarar vardır. Zira tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesinin “bilgilendirilmiş kullanıcıdan” ziyade uzman niteliğinde sayılabilecek bilirkişiler tarafından gerçekleştirildiği kararlar bulunmaktadır⁸². Bu uygulama farklılık veya benzerliklere gereğinden fazla odaklanılması ve korunması mümkün tasarımların korunmadan mahrum kalmasına neden olmaktadır⁸³. Dolayısıyla tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesini gerçekleştirecek bilgilendirilmiş kullanıcının, uzman seviyesine erişmesi gereksiz bilgili, deneyimli ve dikkatli olması yeterli sayılmalıdır.

VI. SONUÇ

Bilgilendirilmiş kullanıcı, 6769 sayılı SMK ya da bu Kanun’un kaynağı niteliğindeki 6/2002 sayılı Tüzük ve 98/71 sayılı Yönerge’de tanımlanmamıştır. Tüm bu hukuki düzenlemelerde, doğrudan veya dolaylı olarak tasarımın ayırt edici niteliği ile koruma kapsamının tespitinde görüşü esas alınacak kişinin bilgilendirilmiş kullanıcı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bu kavramı oluşturan unsurlar ile uygulama ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bilgilendirilmiş kullanıcı; ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcı olarak tanımlanabilecektir.

Bilgilendirilmiş kullanıcının en temel özelliği; ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Buna göre tasarımın bulunduğu sektöre ilişkin bilgi sahibi olma; ilgili alandaki tüm tasarımlardan veya bunların özelliklerinden eksiksiz haberdar olma anlamına gelmemektedir. Burada tasarım külliyatına ilişkin ortalamanın üzerinde, ancak bu alanda uzman olarak da nitelendirilemeyecek derecede bilgi sahibi olunması yeterli görünmektedir. Bilgilendirilmiş kullanıcının bilgi düzeyi dikkate alındığında, tasarımın uygulandığı ürün kullanımına ilişkin deneyimin de, sıradan bir kullanıcınıninkine kıyasla, yüksek bir dikkat seviyesinde gerçekleştiği varsayılmaktadır. Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcı tasarıma ilişkin ayrıntılardan ziyade ayırt ediciliğinin doğru şekilde tespitinde kilit rol oynayan önemli unsurları fark edebilecek dikkat düzeyine sahiptir.

Bilgilendirilmiş kullanıcının tanım ve özelliklerinin belirlenmesinde, uygulama ve doktrinde sıklıkla, marka hukukunda yerleşik “ortalama tüketici” ile patent hukukundaki “uzman” kavramlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Bu iki kavram ilgili hususlar bakımından bir ölçüt teşkil etmekle birlikte, birden çok noktada bilgilendirilmiş kullanıcıdan farklılaşmaktadır. Tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesi uzman sıfatına sahip kişilerce gerçekleştirilirse; tasarımlar arası çok küçük ayrıntılar dahi genel izlenim bakımından farklı olarak nitelendirilebilir. Bu durum da çok fazla tasarım tescilinin

ve kapasitesine sahip olması beklenmektedir; EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII. Ayrıca bkz. KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.165-167.

⁷⁹ EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII; KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.165-166.

⁸⁰ SULUK/KARASU/NAL, s.247.

⁸¹ Kur, bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının temelini uzman olması aranmadan bilgi sahibi olan kişi olduğunu kabul etmekle birlikte; bu durumun, tasarımın genel izlenimine ilişkin değerlendirilmenin yapılması noktasında bazı sıkıntılar doğurabileceğini belirtmiştir. Buna göre bilgilendirilmiş kullanıcı genel izlenime tasarımların genel görüntülerini karşılaştırarak yaptığı değerlendirme sonucu oluşturur. Böyle bir imkanın tasarımın uygulandığı ürünün yapısı, özellikleri gibi durumlar nedeniyle bulunmadığı hallerde uzman niteliğine sahip olmayan kullanıcı karşılaştırma imkanı da bulunmayacaktır. Dolayısıyla bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının kapsamının somut olay özelinde değişiklik gösterebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir; KUR, s.183.

⁸² Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay HGK., 16.9.2015, E. 2013/11-2376, K. 2015/1762; Yargıtay 11 HD. 16.12.2019, E. 2019/1766, K. 2019/8164; Yargıtay 11.HD, 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 08.12.2020).

⁸³ SULUK, s.394-395.

gerçekleşmesine karşın, çok azının tecavüz gerekçesiyle korunabilme hakkına sahip olmasına neden olur. Bir diğer ihtimal olan; bu değerlendirmenin ortalama tüketiciler tarafından yapılması ihtimalinde ise tasarımlar arası bazı farklılıklar gözden kaçırılabilir ve çoğu tasarım benzer olarak nitelendirilebilir. Böylelikle çok az sayıda tasarım tesciline karşın, belli başlı tasarımlar bakımından tekel niteliğinde bir hak oluşumu mümkün hale gelir. Bu nedenledir ki; bilgilennmiş kullanıcının ortalama tüketici veya uzmana yaklaştırılması, tasarım korumasıyla hedeflenenin aksine sonuçlar doğurur.

KAYNAKÇA

- BEEBE, Barton: “Design Protection”, in Dreyfuss, Rochelle/Pila, Justine (ed.), The Oxford Handbook of Intellectual Property Law, Oxford University Press, Oxford 2018.
- BERESKIN QC, Daniel R.: “Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection”, *JIP&P*, 14(3), 2019, s.223-229.
- CORNWELL, Jane: “Under-referred, Under-reasoned, Under-resourced? Re-examining EU Design Law before the Court of Justice and General Court”, https://www.research.ed.ac.uk/portal/files/26504726/Jane_Cornwell_Re_examining_desi_gn_law.pdf, (Erişim tarihi: 03.11.2020).
- DU MONT, Jason J./JANİS, Mark D.: “Functionality in Design Protection Systems”, *Journal of Intellectual Property Law*, 19(2), 2012, s.261-304.
- KOŞER, Nihal: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli “Swemac” Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-“, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, ÇÜHFD*, 5(1-2), 2020, s.2151-2178.
- KUR, Annette: “The Design Approach and Procedural Practice – Mismatch or Smooth Transposition?”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.172-190.
- KUR, Annette/DREIER, Thomas/LUGINBUEHL, Stefan: *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2019.
- KUR, Annette/LEVIN, Marianne: “The Design Approach Revisited: Background and Meaning”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.1-27.
- LAUSTSEN, Rasmus Dalgaard: *The Average Consumer in Confusion-Based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, Cham 2019.
- LEVIN, Marianne: “The Harmonising Decisions from Luxembourg”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.49-80.
- MEMİŞOĞLU, Özgür: *Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları*, Seçkin, Ankara 2020.
- MOORE, Kathryn: “Anatomy of a Design Regime”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 22(2), 2015, s. 789-808.
- SEVILLE, Catherine: *EU Intellectual Property Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham 2009.
- STONE, David: “EU Design Cases Looking Up”, *Managing Intellectual Property*, 259, 2016, s.28-31.
- SULUK, Cahit: “Tasarım Hukukunda “Bilgilenmiş Kullanıcı” ve Uygulamada Bazı Sorunlar”, *Ünal Tekinalp’e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk, C. II*, s.387-395.
- SULUK, Cahit/ORHAN, Ali: *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar, C. 3*, Seçkin, Ankara 2008.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler” (Temel Yenilikler), in Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (ed.), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, BTHAE, Ankara 2017, s.255-302.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü” (Ayırt Edicilik), *Batider*, 28(1), 2012, s.5-40.
- TEKİNALP, Ünal: “Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerine Etkileri”, *İÜHFM*, 55(1-2), s.27-86.