

# Aktuella frågor

## ”Oavsättlighet och avtalsfrihet”

Enligt 11 kap. 5 § RF får den som utnämns till domare, dvs. tillsatts med fullmakt, och enligt 4 § lagen (1994:261) om fullmaktsanställning (LFA) får andra arbetstagare än domare, som tillsatts med fullmakt, skiljas från tjänsten bara med stöd av föreskrifter i lag, dvs. för domares del grundlagen och för övrigas del lagen om fullmaktsanställning. Petrén-Ragnemalm skriver i Sveriges grundlag s. 274 att ordinarie domare sålunda åtnjuter en längre gående anställningstrygghet än andra statstjänstemän med fullmakt i det avseendet att den är grundlagsfäst och således inte kan inskränkas genom vanlig lag. Det som sägs om skiljande från tjänsten i RF och LFA är i princip av samma innehåll. Skiljande från tjänsten (anställningen) får ske endast genom ålderspensionering, förtidspensionering på grund av nedsättning av arbetsförmågan eller genom avsked. Inom polisen och försvaret får en fullmaktshavare dock skiljas från tjänsten också genom att skiljas från sina arbetsuppgifter.

Föreskrifterna skall läsas i belysning av att det i 11 kap. 10 § RF är stadgat att grundläggande bestämmelser om statstjänstemäns — domares och andras — rättsställning skall meddelas i lag. Skäl härtill har varit att en viss offentligrättslig, i stället för avtalsmässig, reglering krävs med hänsyn till samhällsintresset även självständig och oväldig kår av domare och förvaltningstjänstemän. Vilka bestämmelser, som lagstiftaren bedömt vara grundläggande, framgår främst av lagen (1994:290) om offentlig anställning (LOA). Bestämmelserna i LOA om skiljande från anställ-

ningen skiljer sig från bestämmelserna i LFA bl.a. genom att de medger ett skiljande från anställningen också genom uppsägning. Som kommer att framgå av det följande representerar bestämmelserna i LOA inte en uttömmande uppräkningslista av vad som skall regleras genom lag och vad som får regleras genom avtal. På det i princip avtalsbara området finns moment, som det inte går att träffa bindande avtal om, utan som skall betraktas som förbehållna för reglering i lag.

Vid 1965 års reform av statstjänstemäns förhandlingsrätt ersattes den gamla termen oavsättlighet med termen skiljande från tjänsten. Det skedde inte genom någon ändring i 1809 års RF utan genom att termen introducerades i statstjänstemannalagen (1965:274). I 1974 års RF användes sedan följande enligt den termen också. I kommentarer brukar i förtydligande syfte talas om tvångsentledigande. Det mest typiska exemplet är ett avskedande.

SOU 1963:51 ”De offentliga tjänstemännens förhandlingsrätt” förmedlar en illustrativ bild av innebörden av oavsättlighet vid tidpunkten för systemskiftet. Det framhölls (s. 40) att oavsättligheten grundade sig på ett allmänt intresse av att offentliga tjänstemän i följd även tryggad position kan arbeta självständigt och på lång sikt. Grunden ansågs med andra ord vara statsnyttan. Den med oavsättligheten förenade anställningstryggheten för den enskilde tjänstemannen framkom härvid som en viktig biprodukt. Det ströks under att oavsättligheten bör bibehållas som en ensidig reglering från sta-

tens sida och inte användas som spelbricka vid överenskommelser av privaträttslig natur. Den grundsynen är densamma som ledde till föreskriften i 1974 års RF om att grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning skall meddelas i lag och den går som en röd tråd (non plus ultra) genom alla reformer på den offentliga tjänstens område.

I betänkandet konstaterades också att med oavsätligheten följde en garanti för i princip livsvarig försörjning av tjänstemannen och hans familj, vilken garanti gällde även för fall, då hans tjänst ändras eller dras in. Det förklarades att man torde kunna beskriva det hela så att det i oavsätligheten inneslutna entledigandeskyddet väl tillförsäkrade den oavsätlige tjänstemannen tjänsteinnehavet och därmed ur detta innehav härflytande ekonomiska förmåner men att dessa förmånens storlek kunde påverkas av hur lönebestämmelserna utformas. Det tillades (s. 42) att oavsett detta förhållande det alltfort syntes fullt klart, att i den oavsätlige tjänstemannens tjänsteinnehav låg innesluten en lönegaranti, som inte kan avhändas tjänstemannen. Såvitt jag kunnat finna håller detta streck fortfarande. Inga officiella ändringar har förändrat det rättsliga läget, sedan uttalandet gjordes. Kontinuitet råder. Anna Ekström sammanfattar för sin del i "Skiljande från statlig tjänst" (Juristförlaget 1989) s. 13 det hela genom slutsatsen att oavsätligheten inte innebar en rätt till arbetsuppgifterna eller att tjänsten måste behålla sin funktion. Den gav tjänstemannen en rätt till avlöningen snarare än till tjänsten. Däremot garanterade oavsätligheten, att en tjänsteman inte ålades att utföra annat arbete än det som ingick i den tjänst han hade. Undantag gjordes för förflyttningsskyldighet och skyldighet att utöva annan

tjänst. Själv anförde jag i min bok I statens tjänst (femte uppl. 1990) s. 136 att någon "rätt till arbetsplatsen" som det heter på den privata arbetsmarknaden inte är garanterad vid tjänstens borttagande ur organisationen. Slutligt visar sig anställningsskyddet bestå av en lönegaranti. Lönens oantastbarhet utgör den innersta kärnan. Sedan detta skrevs, har 1994 års LOA och LFA sett dagen. Jag har inte kunnat återfinna något däri som skulle kunna uppfattas som en ändring av "oavsätlighetens" grunder.

Före grundlagsreformen 1974 brukade man skriva "oavsätlighet i RF:s mening". När jag fortsätter att skriva "oavsätlighet" tillåter jag mig att göra det i betydelsen "oavsätlighet i den mening skiljande från tjänsten (anställningen) har i RF och LFA". Jag införstår då att domare med fullmaktstjänst och andra statstjänstemän med fullmaktstjänst är garanterade ett särskilt anställningsskydd i det allmännas intresse, vilket förhindrar varje tvångsentledigande som inte är lagfäst. Och jag utgår från att med tvångsentledigande bör förstås varje form av avlägsnande från tjänst och lön mot den anställdes vilja, oberoende av vilken form som väljs för hans avlägsnande annan än de former som legaliserats av RF respektive LFA. Här ligger att ingen avtalsmässig eller kvasiavtalsmässig form får tillgripas. Vid tillämpningen blir det då av särskild vikt att noga identifiera vad som är att första med uttrycket "mot sin vilja". En analys härav aktualiserar den klassiska samtyckesproblematiken med dess bedömningar av "form och verklig innebörd". Ett entledigande som sker med ett endast skenbart samtycke är ett tvångsentledigande och som sådant rättsstridigt, såvida det inte faller under de legaliserade formerna.

Fr.o.m. 1974 är efter en lagändring tjänstemans rätt till tjänstledighet en avtalsbar fråga (prop. 1973:177 s. 38). Det framhölls emellertid före ändringen att det råder ett nära samband mellan en myndighets möjligheter att förfoga över sina personalresurser och dess möjligheter att lösa sina arbetsuppgifter. Det måste därför vara en angelägenhet som angår verksamheten och som inte är avtalsbar, att bestämma huruvida ledighet kan beredas en tjänsteman enligt hans önskemål i det enskilda fallet. En sådan ambivalent innebörd framstår milt sagt som sofistikerad. I prop. 1975/76:105 s. 149 framfördes nya tankar. Avtalsförbudet i fråga om myndighets verksamhet var avsett att träffa bl.a. sådana avtalsklausuler som inte gör det möjligt att driva den offentliga verksamheten på ett sätt som tillgodoser de intressen som verksamheten är avsedd att trygga (jfr prop. 1973:177 s. 32). I nyssnämnda proposition (s. 153) uttalades att frågan var i vad mån det är nödvändigt och ändamålsenligt att i lagstiftningen behålla förbudet mot att träffa avtal om ”verksamheten”. Drog man en teoretiskt bestämd gräns mellan området för den politiska demokratin och det område där kollektivavtal kan träffas, kunde det knappast undvikas att utrymmet för avtalsreglering på en del punkter bestäms snävt. En sådan metod skulle också vara ägnad att skapa onödiga tillämpningstvister mellan förhandlingsparterna. Frågan om ett särskilt avtalsförbud kunde f.ö. sägas befinna sig i ett annat läge än tidigare genom det nya betraktelsesätt som ligger till grund för förslaget till medbestämmandelag. Det hade kunnat läggas till att läget förändrats också genom 1974 års nya grundlag och dess syn på lag och avtal inom offentlig verksamhet. I fortsättningen framhölls att frågan

huruvida avtal skall slutas eller inte borde i varje fall bedömas mot bakgrund av principen att den politiska demokratin inte får kränkas. Det hade i det föregående (s. 150) erinrats om att alla röstberättigade kan med sin röst påverka besluten om vilken verksamhet som de statliga och kommunala myndigheterna skall bedriva och att det skulle strida mot vår demokratiska ordning — som den kommer till uttryck främst i AF resp. dåvarande kommunallagen och landstingslagen — att låta de offentliganställda genom kollektivavtal få ett annat och, mer omedelbart inflytande över beslut som bestämmer myndigheters verksamhet i fråga om mål, inriktning, omfattning och kvalitet än medborgarna i övrigt. Intet nämndes här om enskilda avtal och om det skulle strida mot vår demokratiska ordning att låta offentliganställda och myndigheter genom enskilda avtal få ett inflytande över myndigheters verksamhetsbeslut än medborgarna i övrigt. För mig är det uppenbart att något sådant under alla förhållanden skulle vara grundlagsstridigt. Det som är föreskrivet i lag på ett undantagslöst sätt kan inte ändras genom ett avtal och det som bara går att lagreglera går det inte att med rättslig verkan avtala om.

Arbetsdomstolen har i dom den 28 augusti 2002 prövat frågan om vilket anställningsskydd en professor med fullmaktstjänst har. Från domen kan inledningsvis följande citeras: ”LH innehar sedan 1989 en anställning vid Göteborgs universitet förenad med en anställning som överläkare vid Sahlgrenska Universitetssjukhuset. LH:s kombinationsanställning utgör en fullmaktsanställning och regleras bl.a. i 3 kap. 8 § högskolelagen (1992:1443). Den 21 januari 2000 träffades mellan universitetet och LH ett avtal om tjänstledighet för LH att gälla från och med den 1 fe-

bruari 2000 (till dagen för skyldighet att avgå med pension). Sedan LH vid upprepade tillfällen begärt att få avbryta sin tjänstledighet och återgå i tjänst, har tvist uppkommit mellan parterna om LH:s rätt att återinträda i anställningen." Arbetsdomstolen fann att LH var bunden av föreskrifterna i tjänstledighetsavtalet och att han på grund härav inte hade rätt att återinträda i anställningen.

Vid sin prövning av tvisten i fråga uppehöll Arbetsdomstolen sig i sin dom uteslutande vid frågan om det avtal, som den 21 januari 2000 träffats mellan universitetet och LH om tjänstledighet, inneburit ett för LH civilrättsligt bindande avtal. LFA och andra offentligrättsliga författningar hölls utanför. Enligt min mening hade Arbetsdomstolen, oavsett parternas yrkanden, varit skyldig att också göra en offentligrättslig prövning (*iura novit curia*). Genom sin snäva prövning kom Arbetsdomstolen alls inte in på t.ex. om tjänstledighetsavtalet skulle kunna anses innehålla moment, som inte är avtalsbara, och inte heller på om en tjänsteman med fullmaktsanställning och en myndighet kan avtala bort en "oavsättlighet" som bärs upp av det allmänna intresset av statstjänstemäns självständiga ställning. Än mindre gick Arbetsdomstolen in på frågan om hans fullmaktsanställning gav honom en rätt att återinträda i tjänst, dvs. ytterst sin professorslön, utan hänsyn tagen till innehållet i tjänstledighetsavtalet. Jag tvekar inte att beteckna Arbetsdomstolens dom som en domvilla och finner det högst anmärkningsvärt att Arbetsdomstolen över huvud taget inte beaktade de offentligrättsliga regler som gäller i fråga om statstjänstemäns fullmaktsanställning och "oavsättlighet". Sedan jag i en intervju i DN gjort gällande att Arbetsdomstolen var ute och cyklade,

ett uttryck som är lättare att förstå än domvilla, har Göteborgs universitet tagit ett steg bakåt och börjat förhandla. Leder inte förhandlingarna till något konstruktivt, återstår inget annat än en ansökan om resning hos HD. Med tanke på frågans allmänna betydelse skulle det faktiskt vara synd om HD inte fick tillfälle att, förhoppningsvis, sjunga ut till "oavsättlighetens" försvar.

Fallet torde tyvärr inte vara unikt. Officerare med fullmakt har tex. "i syfte att åstadkomma en för krigsorganisationens krav anpassad personalstruktur" stimulerats (!) till förtida avgång mot avgångsvederlag. Arbetsdomstolen har godkänt en sådan träffad överenskommelse men precis som i professorsfallet inte gjort någon som helst offentligrättslig prövning. Det är som de värden som ligger inneslutna i de särskilda reglerna till skydd för allmänna intressen i AF och LFA skymts bort helt av civilrätten. Enligt min mening borde Arbetsdomstolen åtminstone ha övervägt om det var förenligt med oavsättlighetsgrundsatsen och den däri ingående livsvariga lönegarantin att staten förhandlade och avtalade sig fri från dessa för det allmänna så fundamentala skyldigheter. Arbetsdomstolens domar i professors- och officersmålen är illavarslande och det förtjänar att kraftigt understrykas att "oavsättlighetens" stränga regler måste hållas vid makt med hänsyn till de allmänna intressen som bär upp dem. Varje försök att undergräva skyddet eller att kringgå det måste slås ner. Särskilt viktigt är det naturligtvis när det gäller domare med fullmakts-tjänst och särskilt självständiga och oberoende ställning. Andra fullmaktsanställda statstjänstemäns självständighet och oberoende är visserligen inte grundlagsskyddade utan "bara" lagskyddade men måste likafullt upprätthållas. Det ver-

kar ibland som om synen på domare, verkschefer och andra stats-tjänstemän i ansvarsfull ställning är under en smygande omvandling och detsamma kan sägas om förhållandet mellan politiskt valda förtroendemän visavi domare och förvaltningstjänstemän. Men så

länge vår grundlag inte ändrats, har vi att rätta oss efter den. Det är oansvarigt att tumma på den och försöka att med kringgående manövrer eller skenmanövrer sätta den ur spel.

*Bertil Wennergren*

### **Domännamn och tungomålstal**

Under senare år har rättstillämpare ställts inför svåra prov när känneteckensrätten, varumärken och firmor, skall appliceras på företeelser i cyberrymden.

Så många avtryck i form av nordiska domar har vi ännu inte sett. Men det finns tre som är rapporterade. Dessa domar är nämnda i Richard Wessmans färskas doktorsavhandling, *Varumärkeskonflikter*, Norstedts Juridik, 2002, s. 374 f: Volvo-tuning målet, Stenungssunds tingsrätt (mål T 202-00) 2001-01-07, Melitta-målet, NIR 2001 s. 242 och Rolex.dk-målet, NIR 2001 s. 256. Wessman ger svarandeparterna i dessa mål epitetet snyltare och (domännamns-) pirater. Det är hårda ord. Frågan är om de är berättigade. Med den erfarenhet jag har är i åtminstone två av de angivna fallen (Melitta-fallet känner jag inte till) dessa benämningar inte bara felaktiga, utan dessutom kränkande mot seriösa näringsidkare, som efter bästa förmåga vill agera på en öppen marknad med fri konkurrens. Bortsett från det finns nog all anledning att anlägga ett mer nyanserat synsätt på de aktuella frågorna. En färsk dom från USA ger otvetydigt stöd för ett sådant betendesätt. Men låt mig först kort ange kärnfrågan i de två fall jag känner till.

Rolex-domen, från Danmark, innehåller ett förbud mot en näringsidkare som sålde begagnade Rolex-klockor på sin webbsajt, på vilken angavs att han inte hade nå-

gon affärsförbindelse med klocktillverkaren. Han hade adressen [www.rolex.dk](http://www.rolex.dk). Domstolen förbjöd svaranden att överhuvudtaget använda ordet Rolex i sin domänadress. Inte ens [www.buysecondhandrolex.dk](http://www.buysecondhandrolex.dk) var alltså tillåtet enligt domen<sup>1</sup>. Det var således ett mycket brett formulerat förbud som valdes i detta fall. Frågan är om det verkligen finns skäl för detta.

Vid huvudförhandlingen i volvo-tuning-målet, där undertecknad företrädde svaranden,<sup>2</sup> gav käranden, Volvo, in den just meddelade Rolex-domen, vilken dom den svenska domstolen lät sig bli imponerad av. Trots att tingsrätten erkände svarandens rätt att använda varumärket Volvo, då denne agerade på Volvos s.k. eftermarknad, ålade tingsrätten dock svaranden (den orimliga) bevisbördan att styrka att risk för förväxling *inte* var för handen. Notera att svaranden klart och tydligt angav på sajten, att han inte hade någon affärsförbindelse med Volvo. Tingsrätten förbjöd svaranden även här att i princip använda varumärket i sin domänadress.

I de två nordiska fall jag närmare känner till har domstolarna allt-

<sup>1</sup> Jfr professor Mads Bryde Andersen: ”Tivlsomt er det derimod, om sagsøgte også var blevet dømt, hvis han havde taget domænenavnet ’salgafbrugterolexure.dk’ i brug”, se <http://www.itretten.dk/bog/11/01/>, besøkt 9.10. 02.

<sup>2</sup> Som hade registrerat adressen [volvo-tuning.com](http://volvo-tuning.com).

så formulerat omfattande förbud, ja man kan säga att det rör sig om totalförbud. Är det verkligen för- enligt med vad som gäller på detta område. Mot bakgrund av dessa nordiska avgöranden kan det vara av intresse att lyfta blicken över den vida världen och se om det nordiska synsättet har anammats på andra håll. Av särskilt intresse är då en dom av den 4 oktober 2002 (No. 02-1771), meddelad av United States Court of Appeals For the Seventh Circuit, som givit sin syn på oberoende näringsidkares, som agerar på en eftermarknad, rätt att använda aktuellt varumärke i sin domänadress. Vad som gör denna dom extra intressant är att domstolens sammansättning består av USA:s kanske främsta domare och rättsvetenskapsmän, nämligen Richard Posner och Frank Easterbrook.

Twisten gällde om Ty Inc., tillverkare av en välkänd leksak med varumärket Beanie Babies eller Beanie, kunde med stöd av sin varumärkesrätt hindra Ruth Perryman, som sålde bl.a. begagnade Ty-leksaker på Internet, att använda domänadressen [www.bargainbeanies.com](http://www.bargainbeanies.com). Målet är således snarlikt volvo-tuning- och Rolex-målen.

Domstolen inleder med att förklara syftet med varumärken:

”Det grundläggande skälet med varumärken är att begränsa sökkostnaderna för konsumenter, genom att erbjuda en koncis och otvetydig hänvisning till ett speciellt ursprung för varorna. Konsumenten, som vid en anblick vet vems märke han erbjuds att köpa, får härigenom kunskap om vem som skall hållas ansvarig om märket gör honom besviken och vems produkter han skall köpa i framtiden om han blir nöjd. Detta gör i sin tur att producenter får ett incitament att hålla en hög och enhetlig kvalitet, då hans investeringar i varumärket annars kan förloras, genom att konsumenterna i sin besvikelse tar avstånd från märket. Ett lyckat märke skapar, å andra sidan, ett incitament hos mindre framgångsrika konkurrenter att falske-

ligen utge sitt underlägsna märke för att vara det framgångsrika, genom att använda ett förväxlingsbart kännetecken, som får till effekt en tilläggelse av den goodwill som skapats av producenten till det framgångsrika märket. Den traditionella och fortfarande mest centrala frågan i varumärkesrätten är att tillhandhålla rättsliga medel mot ett sådant förfaringssätt”.

Court of Appeals fortsätter med att konstatera att i princip var det inte fråga om i målet huruvida domänadressen var förväxlingsbar med varumärket, då Perryman inte var en konkurrent som tillverkade egna leksaker av samma typ och då hon på sin sajt klart angav att hon inte hade någon affärsförbindelse med käranden Ty. Denna argumentation har ingen motsvarighet i de nordiska domarna, där s.k. disclaimers av någon utgrundlig anledning inte bedömts ha någon relevans.

Men, skriver den amerikanska domstolen,

”... detta gör inte att hon kommer loss från kroken. Skälet för det är att delstatliga och nu federala lagar också tillhandahåller rättsliga medel mot urvattning (‘dilution’) av ett varumärke ... Men dessa regler kan bara komma till användning för välkända (‘famous’) märken och urvattning som orsakats i näringsverksamhet ... som korsar delstats- och nationsgränser. ‘Beanie Babies’, och kortformen ‘Beanies’, är välkända märken: de är ‘truly prominent and renowned’, för att tala med Professor McCarthy, 4 McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 24:109, p. 24-234 (2001)...”.

Alltså kan välkända varumärken i USA, liksom enligt europeisk rätt, gå segrande fram även om en förväxlingsrisk inte föreligger.

Domstolen kommer nu in på frågan om risken för urvattning av det i målet välkända märket:

”Men vad är då ‘urvattning’ (dilution)? Det finns åtminstone tre möjliga varianter i detta fall, varje fall grundat på underliggande skäl. Det första är bekymret

att konsumenternas sökkostnader kommer att stiga om ett varumärke associeras till ett flertal orelaterade produkter. Antag att en finare restaurang kallas 'Tiffany'. Det är här en liten risk att konsumenterna kommer att tänka, att man har att göra med en avdelning till en av Tiffanys juveleraraffärer ... Men nästa gång konsumenten ser namnet 'Tiffany' kommer han att tänka på både restaurangen och juvelerbutiken, och om så sker kommer kännetecknets effektivitet som en 'identifier' av butikerna att förminska. Konsumenter måste tänka mer — incur as it were a higher imagination cost — för att kunna känna igen kännetecknet som ett namn för butikerna ... Därför är denna otydlighet ('blurring') en form av urvattning. Antag nu att restaurangen som använder namnet 'Tiffany' egentligen är en stripteaseklubb. Igen, ingen konsument, och än mer säkert än i det förra fallet, kommer att tro att klubben har något att göra med juvelerbutikerna. Men genom den inrotade tendensen i mänskligt beteende att handla genom associationer, blir effekten att varje gång de tänker på ordet 'Tiffany' blir deras bild av de lyxiga juvelerbutikerna skamfilad (tarnished) genom att ordet associeras till striptease. Därför är 'tarnishment' en andra form av urvattning ... Det tredje, och mest långtgående fallet, är ... den tänkta situationen, där inte 'blurring' eller 'tarnishment' är för handen, med det ändå finns någon som tar en 'free ride on the investment of the trademark owner'. Antag att 'Tiffany'-restaurangen i vårt första hypotetiska exempel finns i Kuala Lumpur, och att de som besöker den har hört talas om Tiffanys juvelerbutiker, men ingen av gästerna någonsin kommer att handla där, varför varumärket som en 'identifier' inte kommer till skada. Om 'appropriation of Tiffany's aura' trots det är förbjudet, genom en expansiv tolkning av urvattningsprinciperna, kommer fördelarna av juvelerbutikernas investeringar i det välkända märket att bli, som ekonomerna säger, 'internalized', vilket betyder att Tiffany kommer att skörda alla frukterna av sin investering, utan att dela med sig till andra. Det får till följd att kostnaderna för att skapa ett prestigefullt märke kommer att öka..." (mina markeringar).

Domstolen, som inte kan se några rationella skäl för att utvidga ur-

vattningsprinciperna till det tredje fallet, finner därför att kåranden Ty inte här kan ges någon rättsgrund för sitt krav mot Ruth Perryman. Man slår fast det självklara: "You can't sell a branded product without using its brand name, that is, its trademark". Märk att i Rolex-målet var det fråga om äkta Rolex-klockor, i volvo-tuning-målet förädling av Volvo-bilar.

Domskälen fortsätter:

"Självklart kan det inte finnas en eftermarknad utan en primärmarknad, och på ett sätt tar en säljare av märkta varor en 'free riding' på varumärket. Men i den trängre meningen av begreppet 'free riding', ägnar sig nära på alla på marknaden åt 'free riding'... Perryman är en mellanhand på denna andrahandsmarknad, en marknad ... som existerar som ett resultat, antingen avsiktlig eller förutsebar, av en medveten marknadsstrategi. Den marknaden kommer sannolikt inte att fungera effektivt om säljare, som är specialiserade att verka där, inte kan använda 'Beanies' för att identifiera sin 'business'. Perrymans huvudsakliga handelsvara är Beanie Babies, så om man förbjuder henne att använda 'Beanies' som kännetecken och i reklam (på Internet eller annorstädes) vore det som att förbjuda en försäljare av begagnade bilar, som är specialiserad att sälja Chevrolets, att nämna detta namn i reklamen. Det är sant att sökmotorer på Internet inte stannar vid domänadressen; om Perrymans webbadress hade varit [www.perryman.com](http://www.perryman.com), och Beanies hade nämnts på hennes sajt, så skulle en sökning på ordet 'Beanies' lett till hennes webbsidor. Men vi vet ... att många näringsidkare värderar högt att ha ett domännamn eller domänadress som talar om vilka produkter som marknadsförs. ('Cybersquatters' är individer eller bolag som registrerar domännamn i syfte att sälja dem till bolag som vill ha ett domännamn som är liktydigt med deras firma eller kännetecknet på deras huvudsakliga produkter.) Det är trots allt så att många konsumenter hellre söker på Internet genom att skriva namnet på kännetecknet i adressfältet på webbläsaren än att använda en sökmotor. Vi tror inte att varumärkesrättens grunder ger vid handen att producenter äger sin eftermarknad och kan hindra säljare på denna

*marknad från att marknadsföra sina märkta produkter*"(mina markeringar)<sup>3</sup>.

Domstolen anför vidare angående frågan om inte Ty kan få skydd mot risken för att kännetecknet blir generiskt:

"Trots att det uppstår en social kostnad när ett varumärke blir generiskt – innehavaren måste investera i ett nytt kännetecken för att "identify his brand" — uppstår också en *social fördel*, nämligen genom att ett tillägg till det normala språket skapas. Ett stort antal ord som normalt används började sina liv som varumärken. Se t.ex. Shawn M. Clankie, 'Brand Name Use in Creative Writing: Genericide or Language Right?' in *Perspectives on Plagiarism and Intellectual Property in a Postmodern World* 253 (Lisa Buranen and Alice M. Roy eds. 1999); Monroe Friedman, 'The Changing Language of a Consumer Society: Brand Name Usage in Popular American Novels in the Postwar Era,' 11 *Journal of Consumer Research* 927 (1985). En tolkning av urvattningsprinciperna så att varumärkesinnehavarna utrustas med en möjlighet att förbjuda andra att använda deras kännetecken, trots att förväxlingsrisk inte föreligger, men då kännetecknet hotas av att bli generiskt, *ligger därför inte i allmänhetens intresse*. Därutöver, det framtidsperspektiv av rättegångar en sådan teori skulle öppna upp för inget tvekan (are staggering)... Vi avvisar Tys begäran om att vi skall extensivt tillämpa urvattningsprinciperna" (mina markeringar).

Genom att svaranden sålde till 20 % andra produkter än sådana som var tillverkade av Ty, förbjöd domstolen Perryman att använda varumärket i förbindelse med andra produkter än Tys. Domstolen kallade en sådan användning

<sup>3</sup> Jfr Carlén, *Brand News* 07/2002, s. 49: "Ett problem ... är att underleverantörer och återförsäljare registrerar domännamn där varumärket ingår och lägger upp sajter som inte kommunicerar varumärket på rätt sätt. Risken är stor att problemen ökar i Sverige när det blir enklare att registrera domännamn på .se" Att Carlén här har ett helt annat perspektiv än den amerikanska domstolen är uppenbart.

av varumärket som "misdescription" och "false advertising".

Det kan noteras att i både Rolex- och Volvo-tuning-målen fanns inte denna senare komplikation. Mot denna bakgrund kan man svårligen acceptera Wessmans åsatta epitet på svarandena i dessa mål.

Enligt min mening kom denna övertygande dom i grevens tid. Även om den har sitt ursprung i USA, är principerna och argumentationen inom varumärkesrätten rätt lika här som där. (I t.ex. Volvo-tuning-målet åberopade Volvo mycket rättsligt material från USA). Denna dom, som helst bör avnjutas på originalspråket,<sup>4</sup> visar med all önskvärd tydlighet, att den nordiska praxis som jag inledningsvis refererade till, vilar på en ur rättsekonomisk synvinkel ohållbar grund. Detta är ingen — bortsett från en och annan varumärkesinnehavare — betjänt av. Förhoppningsvis kommer argumentationen i domen att inspirera till att höja nivån i nordisk rätt på detta område, både i domstolar och hos rättsvetenskapsmän, så att fortsatt tungomålstalande (enl. NE: automatiskt tal med huvudsakligen obegripliga ord) kan undvikas.

*Mats Björkenfeldt*

<sup>4</sup> Sök på <http://caselaw.findlaw.com/data2/circs/7th>.