FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK

fremsat den 18. september 2008 [1]

1. I den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse ønsker Oberster Patent- und Markensenat (østrigsk domstol, der træffer afgørelse i anden instans i patent- og varemærkesager) en fortolkning af artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [2]. Forelæggelsen sker inden for rammerne af en tvist mellem Verein Radetzky-Orden (herefter »Orden«) og Bundesvereinigung Kameradschaft »Feldmarschall Radetzky« (herefter »BKFR«) vedrørende fortabelse af varemærker, som sidstnævnte almennyttige forening er indehaver af, som følge af manglende reel brug. Den forelæggende ret ønsker oplyst, hvorvidt en almennyttig forenings brug af varemærker på meddelelser om arrangementer, på forretningspapirer og på reklamer og foreningens medlemmers brug på deres beklædning af emblemer, der gengiver varemærket, i forbindelse med indsamling og uddeling af indsamlingsbidrag udgør reel brug i henhold til artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104.

I — Fællesskabsbestemmelser

2. Artikel 12 i direktiv 89/104, der har overskriften »Fortabelsesgrunde«, bestemmer:

»1. Indehaveren af et varemærke kan fortabe sine rettigheder, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke i den pågældende medlemsstat er gjort reel brug af det for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger skellig grund til manglende brug; […]«

II — De nationale bestemmelser

3. I henhold til § 10a i den østrigske lov om varemærkebeskyttelse fra 1970 (Markenschutzgesetz 1970, BGBl 260/1970, herefter

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — EFT 1989 L 40, s. 1.

»MSchG«) omfatter brugen af et tegn til at betegne en vare eller en tjenesteydelse navnlig det forhold

»1. at anbringe tegnet på varerne, på deres emballage eller på de genstande, for hvilke tjenesteydelsen præsteres eller skal præsteres

2. at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

3. at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

4. at anvende tegnet på forretningspapirer, meddelelser og i reklameøjemed«.

4. MSchG's § 33a, stk. 1, er affattet som følger:

»Enhver kan indgive begæring om slettelse af et varemærke, der i mindst fem år har været registreret i Østrig eller i henhold til MSchG's § 2, stk. 2, nyder beskyttelse i Østrig, hvis dette varemærke i løbet af de sidste fem år forud for datoen for indgivelsen af begæringen (lovens § 10a) hverken af varemærkeindehaveren eller af tredjemand med varemærkeindehaverens samtykke reelt er blevet brugt på det østrigske område for de varer eller tjenesteydelser, det er registreret for, når varemærkeindehaveren ikke kan begrunde den manglende brug.«

III — Hovedsagen og den præjudicielle forelæggelse

5. BKFR er en almennyttig forening, som ikke afsætter nogen varer eller præsterer nogen tjenesteydelser mod vederlag. Foreningens virksomhed består dels i videreførelse af soldatertraditioner, såsom organisering af mindeforanstaltninger, mindegudstjenester, kammeratskabstræf og pasning af krigsmindesmærker, dels i velgørende virksomhed, såsom indsamling af penge og andre donationer samt fordeling af disse til værdigt trængende.

6. BKFR er indehaver af figur- og ordmærkerne, der med virkning fra den 22. maj 1995 er registreret i det østrigske patentkontors varemærkeregister som nr. 161.744 — 161.749. Hvert figur- og ordmærke blev i henhold til Nicearrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker (herefter »Nicearrangementet«) [3] registreret for følgende vare- og tjenesteydelsesklasser: 37: Pasning af krigsmindesmærker, 41: Opdragelse, uddannelse, underholdning, sportslige og kulturelle aktiviteter, gennemførelse af soldatertræf, 45 (tidligere 42): Velgørende aktiviteter for værdigt trængende. Med virkning fra den 31. januar 2005 blev alle varemærker i klasse 41 efter anmodning fra varemærkeindehaveren slettet for så vidt angår tjenesteydelserne »opdragelse og uddannelse«.

7. BKFR stiftede en Radetzky-orden, inden for hvis rammer der tildeles ordner og æresbevisninger, der svarer til de som nr. 161.745, 161.746, 161.748 og 161.749 registrerede varemærker. Det æresemblem (»Ehrenschild«), der svarer til det som nr. 161.744 registrerede varemærke, og det kasketemblem (»Kappenemblem«), der svarer til det som nr. 161.746 registrerede varemærke, giver foreningen ligeledes til medlemmer og donatorer. Medlemmerne bærer dekorationerne ved de forskellige arrangementer, ved indsamlinger og ved uddeling af de indsamlede penge og donationer. Varemærkerne er trykt på indbydelser til de forskellige arrangementer, på brevpapir og på foreningens rundskrivelser.

8. Den 17. august 2004 indgav Orden begæring om, at varemærkerne i medfør af MSchG's § 33a slettes som følge af manglende brug, idet BKFR ikke havde gjort erhvervsmæssig brug af varemærkerne inden for de sidste fem år.

9. Det østrigske patentkontor slettede registreringen af varemærkerne med virkning fra den 8. januar 2001. BKFR anlagde ved Oberster Patent- und Markensenat sag til prøvelse af afgørelsen truffet af det østrigske patentkontors annullationsafdeling.

10. Ved afgørelse af 27. juni 2007 har Oberster Patent- und Markensenat besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

3 — Ændret i Stockholm i 1967 og i Genève i 1977.

»Skal […] artikel 12, stk. 1, [i direktiv 89/104] fortolkes således, at der gøres (reel) brug af et varemærke med det formål at adskille en virksomheds varer og tjenesteydelser fra andre virksomheders varer og tjenesteydelser, når en almennyttig forening anvender varemærket på meddelelser om arrangementer, på forretningspapirer og på reklamer, og det anvendes af foreningens medlemmer ved indsamling og uddeling af indsamlingsbidrag i den forstand, at medlemmerne bærer foreningens emblemer?«

IV — Sagen for Domstolen

11. Der er blevet indgivet skriftlige indlæg af Orden, BKFR, Den Italienske Republik samt Kommissionen. Orden, BKFR og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 24. juni 2008.

V — Parternes væsentligste argumenter

12. Orden har gjort gældende, at hvis den forelæggende rets spørgsmål besvares bekræftende, ville det gøre varemærkerettens formål illusorisk og undergrave det med denne ret forbundne krav om retssikkerhed. I henhold til artikel 5 i direktiv 89/104, som fastsætter de rettigheder, der er knyttet til varemærkebeskyttelsen, er denne beskyttelse nært forbundet med erhvervsmæssig levering af varer og præstationen af tjenesteydelser. Formuleringen »reel brug« i henhold til artikel 12 i direktiv 89/104 finder ifølge Orden anvendelse på kommerciel eller økonomisk virksomhed med gevinst for øje. Virksomhed, som alene er almennyttig, falder uden for varemærkebeskyttelsens anvendelsesområde. Varemærkers formål er at garantere oprindelsen af varer eller tjenesteydelser for dermed at sikre, at den pågældende økonomiske ydelse er af en konstant kvalitet. Varemærkebeskyttelsen forudsætter således en ydelse, for hvilken der svares vederlag.

13. Orden har bemærket, at der i det moderne samfund er fremkommet forskellige almennyttige foreninger, såsom foreninger, der præsterer sygepleje eller sygetransport, og som umiddelbart forekommer at gøre det vederlagsfrit. I realiteten overlever sådanne foreninger dog på statslig støtte og bidrag, udfører kommerciel virksomhed og konkurrerer på dette marked som leverandører.

Orden mener, at der er tydeligt, at sådanne foreninger udfører erhvervsmæssig virksomhed, idet de anvender fastansat personale. Princippet om en ydelse, for hvilken der betales vederlag, finder anvendelse selv i tilfælde, hvor vederlaget ikke betales af den person, som faktisk modtog ydelsen, men af en social sikringsordning, hospitaler, offentlige myndigheder, osv. Hvis et varemærke ikke bruges med henblik på at skabe eller bevare en andel af markedet for varer eller tjenesteydelser, som er beskyttet af varemærket, bør en sådan brug alene anses for at tjene til at undgå fortabelse af varemærket.

14. BKFR mener, at velgørenhedsorganisationer (almennyttige foreninger) konkurrerer mod hinanden inden for deres virksomhedsområde og dermed handler erhvervsmæssigt i branchen, selv når de velgørende organisationers varer og tjenesteydelser går til de værdigt trængende. Disse organisationers tegn, såsom mærker, ordener, æresbevisninger og våbenskjolde angiver oprindelsen af varer og tjenesteydelser for at adskille dem fra andre organisationers. Tildelingen af ordener og æresbevisninger, der består af varemærket, til personer uden for organisationen er en slags reklame eller »merchandising«, da det tjener til organisationens fremme.

15. Begrebet reel brug udelukker ikke velgørenhedsorganisationers brug af deres varemærke, når de præsterer tjenesteydelser.

16. I henhold til artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104 har BKFR derfor gjort gældende, at en velgørenhedsorganisations brug af et varemærke for varer og tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, skal anses for reel brug, når disse varer eller tjenesteydelser leveres eller præsteres vederlagsfrit, og/eller det sker spontant.

17. Den Italienske Republik er af den opfattelse, at det af Oberster Patent- und Markensenat forelagte spørgsmål bør besvares bekræftende. Henset til at et varemærke kan registreres af enhver person, som bruger eller har til hensigt at bruge et tegn med særpræg i forbindelse med virksomhed inden for produktion eller handel, men ikke erhvervsmæssigt, anser Den Italienske Republik, at BKFR's brug af varemærket bør anses for reel.

18. Kommissionen mener, at artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104 bør fortolkes således, at der gøres reel brug af et varemærke, når det bruges i forbindelse med tjenesteydelser, som præsteres vederlagsfrit, når det manglende betalingskrav modsvarer beskaffenheden af de

pågældende tjenesteydelser. Det følger af Domstolens retspraksis [4], at der gøres reel brug af et varemærke som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104, hvis det bruges på markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som varemærket beskytter, og det sker på en måde, der er sædvanlig på dette marked, med henblik på at bevare eller skabe en andel på markedet for disse varer eller tjenesteydelser. Der må derfor tages hensyn til alle sagens omstændigheder, navnlig til varernes eller tjenesteydelsernes art, de særlige forhold på det relevante marked samt til omfanget og hyppigheden af brugen af varemærket.

19. Kommissionen har fremhævet den omstændighed, at visse tjenesteydelser, såsom offentlig pleje af traditioner og velgørenhedsarbejde, i deres natur er vederlagsfrie. Det er ubestridt, at et tegn, der har særpræg, vil kunne beskyttes som varemærke for disse tjenesteydelser. I forhold til spørgsmålet om reel brug ville det være selvmodsigende kun at tage højde for varemærker for tjenesteydelser, for hvilke der betales vederlag. Kommissionen er af den opfattelse, at velgørenhedsorganisationer konkurrerer om bidrag. Endvidere er velgørenhedsarbejde udtrykkeligt nævnt blandt de forskellige klasser i Nicearrangementet, navnlig klasse 36, 41 (undervisning af elever med særlige behov) og 43 (husning af hjemløse i velgørenhedsøjemed).

4 — Jf. dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, præmis 35-39, og kendelse af 27.1.2004, sag C-259/02, La Mer Technology, Sml. I, s. 1159, præmis 21-26.

VI — Stillingtagen

20. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at sagen for den forelæggende ret drejer sig om, hvorvidt visse varemærker, som var registreret af BKFR, der er en almennyttig forening, reelt blev brugt i henhold til MSchG's § 33a, stk. 1. Eftersom MSchG's artikel 33a, stk. 1, bygger på artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104, ønsker den forelæggende ret oplyst, hvorvidt forskellige former for brug, som en almennyttig forening gør af et varemærke, udgør en reel brug i henhold til artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104.

21. Henset til at et tegns registrering som varemærke i henhold til artikel 5 i direktiv 89/104 giver varemærkeindehaveren en vidtgående eneret, som forbyder tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug heraf, har fællesskabslovgiver søgt at sikre, at varemærker rent faktisk bruges i overensstemmelse med deres formål [5].

5 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer anførte i punkt 42 i sit forslag til afgørelse fremsat den 2.7.2007 i Ansul-sagen (jf. fodnote 4 ovenfor), at »[v]aremærkeregistrene […] ikke [er] blotte arkiver for tegn, som man venter på, at en uforsigtig person prøver at bruge, og som først på dette tidspunkt bliver påberåbt med en i hvert fald spekulativ hensigt […]«. Ottende betragtning til direktiv 89/104 fastslår således, at det må kræves, at registrerede mærker rent faktisk bruges, idet mærket i modsat fald fortabes.

22. I Ansul-dommen fastslog Domstolen, at den reelle brug er en faktisk brug af varemærket. Reel brug af varemærket forudsætter, at dette bruges på markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som varemærket beskytter [6], og ikke alene inden for den pågældende virksomhed [7]. Reel brug skal være i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion, som er at garantere oprindelsen af en vare eller en tjenesteydelse over for forbrugeren eller den endelige bruger, som dermed sættes i stand til uden risiko for forveksling at adskille varen eller tjenesteydelsen fra varer eller tjenesteydelser med en anden oprindelse [8].

23. Ved bedømmelsen af, om brugen af varemærket er reel, må der tages hensyn til samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig til de former for brug, der i den pågældende branche må anses for begrundet i fastholdelse eller erhvervelse af markedsandele for de varer eller tjenesteydelser, der beskyttes af varemærket. Under hensyn til omstændighederne i de konkrete tilfælde kan det således være berettiget bl.a. at tage hensyn til den pågældende vares eller tjenesteydelses art, de særlige forhold på det relevante marked samt til omfanget og hyppigheden af brugen af mærket. Det kræves således ikke, at brugen af mærket altid har et betydeligt kvantitativt omfang, for at den kan betegnes som reel, da dette afhænger af de særlige forhold ved den pågældende vare eller tjenesteydelse på det relevante marked [9].

24. BKFR synes bl.a. at bruge de i hovedsagen omhandlede varemærker på emblemer, som gives til foreningens medlemmer og donatorer, på meddelelser om arrangementer, på forretningspapirer og kontorartikler og på reklamer. Varemærkerne anvendes også af foreningens medlemmer ved indsamling og uddeling af indsamlingsbidrag, idet medlemmerne bærer emblemer, der viser disse mærker, ved sådanne lejligheder. I henhold til forelæggelseskendelsen leverer eller præsterer BKFR dog ingen varer eller tjenesteydelser, for hvilke der betales vederlag.

25. For at besvare spørgsmålet, om en almennyttig forening [10] gør reel brug af et vare-

6 — Reel brug af et varemærke kræver en efterprøvelse af tegnets brug for de »varer eller tjenesteydelser, *for hvilke det er registreret*« (min fremhævelse), jf. artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104. Varemærkeindehaverens brug af et tegn for varer eller tjenesteydelser, for hvilke det ikke er registreret, udgør derfor ikke efter min opfattelse reel brug af varemærket.

7 — Jf. Ansul-dommen, nævnt i fodnote 4 ovenfor, præmis 35 og 37. I kendelsen i sagen La Mer Technology (nævnt i fodnote 4 ovenfor) fastslog Domstolen, at »bevarelsen af varemærkeindehaverens rettigheder er betinget af, at der er gjort reel erhvervsmæssig brug af mærket på markedet for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er blevet registreret i den pågældende medlemsstat« (jf. præmis 20).

8 — Jf. Ansul-dommen, nævnt i fodnote 4 ovenfor, præmis 36.

9 — Jf. Ansul-dommen, nævnt i fodnote 4 ovenfor, præmis 38 og 39.

10 — Almennyttige foreningers retlige status kan variere fra medlemsstat til medlemsstat. Profit, som sådanne foreninger skaber, fordeles i princippet — med visse undtagelser — ikke blandt medlemmerne. Sådanne foreninger kan omfatte, men er ikke nødvendigvis ensbetydende med velgørenhedsorganisationer.

mærke, mener jeg, at der skal tages hensyn til formålet [11] og karakteren af sådanne foreningers aktiviteter samt til, hvordan varer og tjenesteydelser leveres og præsteres. Denne tilgang er i overensstemmelse med afgørelserne i Ansul-dommen og i kendelsen i sagen La Mer Technology, som reelt fastslår, at spørgsmålet om reel brug af et varemærke skal efterprøves fra sag til sag under hensyntagen til alle relevante omstændigheder, og navnlig til beskaffenheden af og de særlige forhold på markedet, hvor varemærket bruges [12].

26. Hvad angår den omstændighed, at medlemmerne af en almennyttig forening ved indsamling og uddeling af indsamlingsbidrag bærer emblemer, der viser et varemærke, har den nationale ret tilkendegivet, at den anser en sådan brug for at være reel brug som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104. Ifølge den nationale ret præsteres der ved indsamling og fordeling af bidrag og donationer en tjenesteydelse på et »marked«, hvor der er flere »udbydere«, der er i indbyrdes konkurrence.

27. Det synspunkt, at almennyttige foreninger kan konkurrere med hinanden om at tiltrække donationer fra offentligheden og således ved indsamling og fordeling af bidrag og donationer i vid forstand driver forretning eller udfører erhvervsmæssig virksomhed, forekommer mig principielt at være korrekt. Endvidere mener jeg, at almennyttige foreninger principielt er aktører på markedet, som erhverver, leverer og præsterer varer og tjenesteydelser [13]. Om end visse almennyttige foreningers indplacering i en handels- og forretningsmæssig kontekst muligvis kan stride mod vores opfattelse af sådanne organisationer, mener jeg, at det ville være urealistisk [14], og at det eventuelt kunne skade deres virksomhed, hvis man helt skulle ignorere den handels- og forretningsmæssige kontekst, de indgår i.

28. Ordenens anbringende om, at den almennyttige indsamling og fordeling af bidrag og donationer ikke kan beskyttes af varemærkeretten, mener jeg således ikke kan tiltrædes. I denne henseende vil jeg bl.a. påpege, at

11 — Om end en abstrakt og udtømmende definition af almennyttige foreningers formål ikke er mulig, er mange sådanne foreninger oprettet med henblik på enten vederlagsfrit eller med prisreduktion at levere varer eller præstere tjenesteydelser til privatpersoner, som udvælges på grundlag af forudbestemte kriterier. (Formålet med en almennyttig forening kan også være beskyttelse af dyr, bevarelse af miljøet, kulturfremme osv. Endvidere kan det ikke udelukkes, at sådanne foreninger under visse omstændigheder også leverer varer eller præsterer tjenesteydelser til den fulde markedspris). Med henblik på at opfylde deres formål er det muligt, at nogle almennyttige foreninger søger at tiltrække donationer f.eks. fra offentligheden. Ydermere kan det ikke udelukkes, at privatpersoner, der tidligere har modtaget vederlagsfrie eller prisreducerede varer eller tjenesteydelser fra en almennyttig forening — for det tilfælde, at leveringen eller præstationen heraf indstilles — selv vil erhverve dem på markedet, i hvert fald i begrænset omfang. Alternativt vil staten kunne intervenere med henblik på bl.a. — i hvert fald delvis — at erhverve sådanne varer eller tjenesteydelser på vegne af den ovennævnte modtagergruppe.

12 — »Spørgsmålet, om en brug er kvantitativ tilstrækkelig til at fastholde eller erhverve markedsandele for de pågældende varer eller tjenesteydelser, afhænger af flere forhold samt af en konkret vurdering, der i hvert enkelt tilfælde påhviler den nationale ret […] [D]et relevante markeds egenskaber, der har en direkte betydning for varemærkeindehaverens markedsføringsstrategi, […] kan [ligeledes] tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger reel brug.« Jf. kendelsen i sagen La Mer Technology, nævnt i fodnote 4 ovenfor, præmis 22 og 23.

13 — Jf. fodnote 11 ovenfor.

14 — Man behøver blot tænke på begrebet »bidragslede« for at forstå, at en lang række almennyttige foreninger behøver at konkurrere om den begrænsede mængde donationer fra offentligheden.

»indsamling til velgørenhedsformål« udtrykkeligt er nævnt i klasse 36 [15] i Nicearrangementet [16]. I modsætning til det, Orden har gjort gældende, mener jeg endvidere ikke, at formuleringen »erhvervsmæssig brug« som omhandlet i artikel 5 i direktiv 89/104, der opregner rettigheder, som er knyttet til et varemærke, kræver, at varer og tjenesteydelser leveres eller præsteres med henblik på fortjeneste — eller mod et vederlag, om man vil. Spørgsmålet om, hvorvidt varemærkeindehaveren bruger dette tegn for egen vindings skyld, har således ingen relevans i forhold til efterprøvelsen af, hvorvidt der gøres reel brug af et varemærke i henhold til artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104.

29. Jeg mener i denne henseende, at en almennyttig forenings brug af et varemærke ved indsamlinger fra offentligheden og ved uddeling af sådanne indsamlede penge [17], hvis varemærket er blevet registreret i forbindelse med sådan virksomhed, tjener til over for donatorer eller potentielle donatorer at identificere den pågældende forening og formålet, de indsamlede midler skal bruges til, og at det derfor udgør reel brug af et varemærke som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104.

30. På baggrund af Domstolens afgørelse i Ansul-dommen mener jeg imidlertid, at en almennyttig forenings brug af et varemærke i forbindelse med annoncering af eller meddelelse om strengt private ceremonier eller arrangementer, hvori de eksisterende medlemmer af denne forening deltager, udgør en intern brug af dette varemærke og dermed ikke vil udgøre reel brug af varemærket som omhandlet i artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104. Efter min opfattelse forekommer tildeling af emblemer, som indeholder et varemærke, til eksisterende medlemmer af en almennyttig forening, når det sker i forsamlinger, hvor offentligheden ikke har adgang, at være en intern brug af varemærket [18]. Endvidere mener jeg, at brugen af et varemærke på forretningspapirer, der stiles til eksisterende medlemmer af en almennyttig forening, i princippet er en intern brug af varemærket, som ikke vil udgøre en reel brug af varemærket [19]. Under sådanne omstændigheder synes det registrerede varemærke at blive brugt helt privat og ikke erhvervsmæssigt.

15 — Det bør bemærkes, at henvisningen til denne klasse alene tjener til eksemplificering, da BKFR's omhandlede varemærker ikke synes at have været registreret i denne klasse. Jf. punkt 6 ovenfor.

16 — Det bør bemærkes, at på trods af at Det Europæiske Fællesskab ikke er part i Nicearrangementet, følger det af Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13. december 1995 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 om EF-varemærker (EFT L 303, s. 1), at Nicearrangementets system til klassificering af varer og tjenesteydelser skal finde anvendelse, bl.a. når der ansøges om et EF-varemærke. I henhold til artikel 5 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde — protokol 28 om intellektuel ejendomsret (EFT 1994 L 1, s. 194) følger det endvidere, at de kontraherende parter inden den 1.1.1995 skulle træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at tiltræde Nicearrangementet. I denne henseende forekommer alle Fællesskabets medlemsstater med undtagelse af Malta og Cypern at være parter i Nicearrangementet. Ikke desto mindre er Malta og Cypern opført på Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsrets officielle hjemmeside over lande, der bruger Niceklassificeringen. Niceklassificeringen er derfor et system, der reelt anvendes i alle medlemsstater og derfor har stor betydning, når bestemmelserne i direktiv 89/104 fortolkes.

17 — Hvad enten det er på emblemer til donatorer, på opslag om indsamlingsarrangementer, på forretningspapirer, som f.eks. anmoder offentligheden om donationer, eller i form af emblemer, som foreningens medlemmer bærer i forbindelse med offentlige indsamlinger og uddeling af indsamlingsbidrag, osv.

18 — Jeg mener, at uddeling af forskellige emblemer eller tegn, som indeholder et varemærke, til eksisterende medlemmer af en almennyttig forening, når det sker under offentlige arrangementer, kan udgøre en reel brug af varemærket, hvis det f.eks. tjener til at reklamere for denne forenings aktiviteter og til at tiltrække donationer fra offentligheden.

19 — Under sådanne omstændigheder bruges det registrerede tegn ikke som varemærke, da det ikke er stilet til den brede offentlighed.

VII — Forslag til afgørelse

31. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»Artikel 12, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at der gøres reel brug af et varemærke, når en almennyttig forening anvender varemærket på bl.a. meddelelser om offentlige indsamlingsarrangementer, ved offentlig indsamling og uddeling af indsamlingsbidrag, på forretningspapirer stilet til offentligheden og på reklamer, der anmoder om offentlighedens bidrag, når varemærket er blevet registreret for sådanne aktiviteter. På grundlag af disse retningslinjer påhviler det Oberster Patent- und Markensenat at tage stilling til de faktiske omstændigheder i hovedsagen.«