CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. MAZÁK
van 18 september 2008 [1]

1. Met zijn verzoek om een prejudiciële beslissing verzoekt de Oberste Patent- und Markensenat om uitlegging van artikel 12, lid 1, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. [2] Dit verzoek is gedaan in het kader van een geding tussen de Verein Radetzky-Orden en de Bundesvereinigung Kameradschaft „Feldmarschall Radetzky" (hierna: „BKFR") betreffende de vervallenverklaring van merken waarvan laatstgenoemde vereniging zonder winstoogmerk houdster was, wegens gebrek aan normaal gebruik ervan. De verwijzende rechter wenst te vernemen of het gebruik van merken door een vereniging zonder winstoogmerk in aankondigingen van manifestaties, op stukken voor zakelijk gebruik en op reclamemateriaal en het dragen van sierspelden in de vorm van de merken door de leden van de vereniging bij het inzamelen en het uitdelen van giften, een normaal gebruik als bedoeld in artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 is.

I — Toepasselijk gemeenschapsrecht

2. Artikel 12 van richtlijn 89/104 („Gronden voor vervallenverklaring") bepaalt:

„1. Een merk kan vervallen worden verklaard wanneer het gedurende een ononderbroken periode van vijf jaar niet normaal in de betrokken lidstaat is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het ingeschreven is en er geen geldige reden is voor het niet gebruiken; […]"

II — Toepasselijk nationaal recht

3. Volgens § 10a van het Markenschutzgesetz 1970 (Oostenrijkse merkenwet) (BGBl.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.
2 — PB 1989, L 40, blz. 1.

260/1970; hierna: „MSchG") omvat het gebruik van een teken ter onderscheiding van een goed of dienst met name:

„1. het aanbrengen van het teken op waren of op hun verpakking of op voorwerpen waarvoor de dienst wordt of zou moeten worden verricht;

2. het aanbieden, in de handel brengen of daartoe opslaan van waren of het aanbieden of verrichten van diensten onder het teken;

3. het invoeren of uitvoeren van waren onder het teken;

4. het gebruik van het teken in stukken voor zakelijk gebruik, in aankondigingen of in reclame".

4. § 33a, lid 1, MSchG luidt als volgt:

„Eenieder kan de doorhaling vorderen van een merk dat sinds minstens vijf jaar in het nationale register is ingeschreven of overeenkomstig § 2, lid 2, in Oostenrijk is beschermd, voor zover dit merk tijdens de laatste vijf jaar vóór de datum van de vordering noch door de houder van het merk noch met diens instemming door een derde in Oostenrijk normaal als merk is gebruikt voor de waren of diensten waarvoor het is ingeschreven (§ 10a), tenzij de houder van het merk het niet-gebruiken kan rechtvaardigen."

III — Hoofdgeding en verwijzingsbeslissing

5. De BKFR is een vereniging zonder winstoogmerk die noch waren verkoopt, noch diensten verricht tegen vergoeding. Zij wijdt zich enerzijds aan de instandhouding van militaire tradities — zoals de organisatie van herdenkingsdiensten voor gesneuvelde soldaten, van gedenkdagen en van bijeenkomsten van soldaten — en aan het onderhoud van oorlogsmonumenten. Anderzijds doet zij aan liefdadigheidswerk, zoals het inzamelen van geld en giften in natura en het uitdelen daarvan aan hulpbehoevenden.

6. De BKFR is houdster van woord- en beeldmerken die in het merkenregister van het Oostenrijkse Patentamt onder de nrs. 161 744 tot en met 161 749 zijn ingeschreven met rangorde 22 mei 1995. Elk woord- en beeldmerk was ingeschreven voor de volgende klassen van waren en diensten in de zin van de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, ingevoerd bij de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 [3] (hierna: „Overeenkomst van Nice"): 37: Instandhouding van oorlogsmonumenten; 41: Opvoeding; opleiding; ontspanning; sportieve en culturele activiteiten; organisatie van militaire bijeenkomsten; 45 (voordien 42): charitatieve hulp aan sociaal behoeftigen. Op verzoek van de merkhoudster zijn in klasse 41 de diensten „opvoeding; opleiding" met ingang van 31 januari 2005 voor alle betwiste merken doorgehaald.

7. De BKFR heeft een Radetzky-Orden opgericht, in het kader waarvan ordes en eretekens worden uitgereikt waarvoor onder de nrs. 161 745, 161 746, 161 748 en 161 749 merken zijn ingeschreven. Ook het ereteken waarvoor onder nr. 161 744 een merk is ingeschreven en het mutsembleem dat beantwoordt aan het onder nr. 161 746 ingeschreven merk, worden door de vereniging aan leden en aan weldoeners verleend. De leden dragen deze eretekens tijdens de verschillende bijeenkomsten en bij het inzamelen en het uitdelen van giften en geld. De merken worden op uitnodigingen voor manifestaties, op het briefpapier en op reclamemateriaal van de vereniging afgedrukt.

8. Bij verzoekschriften van 17 augustus 2004 vorderde de Verein Radetzky-Orden overeenkomstig § 33a MSchG de doorhaling van de merken wegens niet-gebruik ervan. Daartoe stelde hij dat de BKFR de merken tijdens de afgelopen vijf jaar niet commercieel had gebruikt.

9. Op 21 april 2006 heeft het Oostenrijkse Patentamt de merken per 8 januari 2001 doorgehaald. Tegen de beslissing van de nietigheidsafdeling van het Oostenrijkse Patentamt heeft de BKFR beroep aangetekend bij de Oberste Patent- und Markensenat.

10. Bij beslissing van 27 juni 2007, ingekomen ter griffie van het Hof op 27 september 2007, heeft de Oberste Patent- und Markensenat

3 — Herzien te Stockholm in 1967 en te Genève in 1977.

beslist, de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Dient artikel 12, lid 1, van [richtlijn 89/104] aldus te worden uitgelegd dat een merk (normaal) wordt gebruikt om waren en diensten van een onderneming te onderscheiden van die van een andere onderneming, wanneer een vereniging zonder winstoogmerk het merk gebruikt in aankondigingen van manifestaties, op stukken voor zakelijk gebruik en op reclamemateriaal en dit merk bij het inzamelen en het uitdelen van giften aldus door de leden wordt gebruikt, dat zij sierspelden in de vorm van het merk dragen?"

IV — Procesverloop voor het Hof

11. De Verein Radetzky-Orden, de BKFR, de Italiaanse Republiek en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. De Verein Radetzky-Orden, de BKFR en de Commissie hebben ter terechtzitting van 24 juni 2008 mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Voornaamste argumenten van partijen

12. De Verein Radetzky-Orden stelt dat een bevestigend antwoord op de door de verwijzende rechter voorgelegde vraag het merkenrecht zou uithollen en het aan dit recht inherente vereiste van rechtszekerheid zou ondermijnen. Overeenkomstig artikel 5 van richtlijn 89/104, dat de aan het merk verbonden rechten vaststelt, staat de merkenrechtelijke bescherming in nauw verband met het aanbieden van waren en het verrichten van diensten in het economische verkeer. Volgens de Verein Radetzky-Orden verwijst „normaal gebruik" in de zin van artikel 12 van richtlijn 89/104 naar een commerciële activiteit of een ondernemersactiviteit met winstoogmerk. Activiteiten waarmee absoluut geen winst wordt nagestreefd, vallen buiten de werkingssfeer van de merkenrechtelijke bescherming. Merken strekken ertoe de herkomst van waren of diensten te garanderen, waardoor wordt verzekerd dat de betrokken economische verrichting een constante kwaliteit heeft. Merkenrechtelijke bescherming veronderstelt dus een verrichting onder bezwarende titel.

13. De Verein Radetzky-Orden voert aan dat in de hedendaagse maatschappij verschillende charitatieve verenigingen zijn ontstaan, zoals verenigingen die medische hulp verlenen of zieken vervoeren en die op het eerste gezicht hun diensten zonder tegenprestatie lijken aan te bieden. In werkelijkheid worden deze verenigingen echter door de overheid middels subsidies en betalingen gefinancierd, zijn zij commercieel actief en beconcurreren

zij elkaar als aanbieders op de betrokken markt. De Verein Radetzky-Orden stelt dat dergelijke verenigingen onmiskenbaar een ondernemersactiviteit uitoefenen, waarvoor zij personeel in vaste dienst inzetten. In dergelijke gevallen is er sprake van verrichtingen onder bezwarende titel, ook al wordt de tegenprestatie niet betaald door de personen die er daadwerkelijk voordeel uit hebben gehaald, maar door het socialezekerheidsstelsel, ziekenhuizen, overheidsinstanties, enzovoort. Indien een merk anders wordt gebruikt dan voor het verwerven of het beschermen van een marktaandeel voor de door dit merk beschermde waren of diensten, moet worden aangenomen dat dergelijk gebruik er enkel toe strekt de vervallenverklaring van het merk te voorkomen.

14. De BKFR stelt dat charitatieve organisaties (verenigingen zonder winstoogmerk) elkaar beconcurreren in de sector waarin zij actief zijn en derhalve als ondernemers optreden, zelfs indien de waren en diensten van deze charitatieve organisaties aan hulpbehoevenden ter beschikking worden gesteld. De tekens van dergelijke organisaties, zoals merken, eretekens, ordetekens en wapenschilden, geven de plaats van herkomst van de waren en diensten aan teneinde deze van die van andere organisaties te onderscheiden. Daarenboven moet de toekenning aan nietleden van eretekens en onderscheidingen waarvoor het merk is ingeschreven, worden beschouwd als het maken van reclame of als „merchandising", aangezien dit ertoe strekt de organisatie bekendheid te geven.

15. Het begrip „normaal gebruik" van merken sluit het gebruik ervan door charitatieve organisaties bij het aanbieden van hun diensten niet uit.

16. De BKFR stelt derhalve dat een merk normaal wordt gebruikt in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104, wanneer een charitatieve organisatie het merk gebruikt voor de waren en diensten waarvoor het is ingeschreven en deze waren of diensten gratis en/of spontaan worden geleverd.

17. De Italiaanse Republiek is van mening dat de door de Oberste Patent- und Markensenat voorgelegde vraag bevestigend moet worden beantwoord. Aangezien eenieder die een onderscheidend teken in het kader van een productieve of commerciële activiteit, maar niet als ondernemer, gebruikt of wenst te gebruiken, dit teken als merk kan laten inschrijven, stelt de Italiaanse Republiek dat het gebruik van het merk door de BKFR als een normaal gebruik moet worden aangemerkt.

18. Volgens de Commissie moet artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 aldus worden uitgelegd, dat een merk ook normaal wordt gebruikt wanneer het wordt gebruikt voor diensten die gratis worden verricht, voor zover het ontbreken van een tegenprestatie

beantwoordt aan de aard van de betrokken diensten. Volgens de rechtspraak van het Hof [4] is er sprake van een normaal gebruik van een merk in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104, indien het op de markt van de door dit merk beschermde waren of diensten wordt gebruikt op een wijze die op die markt normaal is om voor deze waren of diensten marktaandelen te behouden of te verkrijgen. Derhalve moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval en in het bijzonder met het soort waren of diensten, de kenmerken van de betrokken markt en de omvang en frequentie van het gebruik van het merk.

19. De Commissie beklemtoont dat bepaalde diensten, zoals de openbare instandhouding van tradities en liefdadigheidswerk, op grond van hun aard gratis worden verricht. Een onderscheidend teken kan ook voor deze diensten als merk worden beschermd. Het zou niet consequent zijn indien voor de beantwoording van de vraag naar het normale gebruik enkel rekening werd gehouden met het gebruik van het merk voor diensten die onder bezwarende titel worden verricht. De Commissie stelt dat charitatieve organisaties met elkaar om giften wedijveren. Daarenboven worden charitatieve activiteiten uitdrukkelijk vermeld in verschillende klassen van de Overeenkomst van Nice, met name in de klassen 36, 41 (opleiding van behoeftige leerlingen) en 43 (verschaffen van onderdak aan daklozen).

4 — Zie arrest van 11 maart 2003, Ansul (C-40/01, Jurispr. blz. I-2439, punten 35-39), en beschikking van 27 januari 2004, La Mer Technology (C-259/02, Jurispr. blz. I-1159, punten 21-26).

VI — Beoordeling

20. Blijkens de verwijzingsbeslissing staat in het hoofdgeding de vraag centraal of bepaalde merken die de BKFR — een vereniging zonder winstoogmerk — heeft laten inschrijven, normaal zijn gebruikt in de zin van § 33a, lid 1, MSchG. Daar § 33a, lid 1, MSchG op artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 is gebaseerd, vraagt de verwijzende rechter aan het Hof of bepaalde vormen van gebruik van een merk door een vereniging zonder winstoogmerk een normaal gebruik in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 uitmaken.

21. Aangezien de inschrijving van een teken als merk de houder ervan overeenkomstig artikel 5 van richtlijn 89/104 omvangrijke uitsluitende rechten verleent die eraan in de weg staan dat derden dit teken zonder zijn toestemming in het economisch verkeer gebruiken, heeft de gemeenschapswetgever ervoor willen zorgen dat merken ook daadwerkelijk overeenkomstig hun bestemming worden gebruikt. [5]

5 — In zijn conclusie in de zaak Ansul merkt advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer op dat „[m]erkenregisters […] niet loutere depots [kunnen] zijn waar tekens in een hinderlaag liggen te wachten tot iemand deze nietsvermoedend wil gebruiken en eerst dan op zijn minst uit winstbejag daarmee wordt aangevallen. […]" (zie punt 42 van de conclusie in de in voetnoot 4 aangehaalde zaak). Luidens de achtste overweging van de considerans van richtlijn 89/104 moeten merken werkelijk worden gebruikt en kunnen zij bij gebreke daarvan vervallen worden verklaard.

22. In de zaak Ansul heeft het Hof vastgesteld dat onder normaal gebruik een daadwerkelijk gebruik van het merk dient te worden verstaan. Normaal gebruik van het merk veronderstelt dat dit wordt gebruikt op de markt van de door het merk beschermde waren of diensten [6] en niet enkel binnen de betrokken onderneming. [7] Normaal gebruik moet overeenstemmen met de voornaamste functie van het merk, die erin bestaat de consument of eindverbruiker de identiteit van de oorsprong van een waar of dienst te waarborgen, door hem in staat te stellen die waar of dienst zonder gevaar voor verwarring te onderscheiden van waren of diensten die een andere oorsprong hebben. [8]

23. Bij de beoordeling of het merk normaal is gebruikt, moet rekening worden gehouden met alle feiten en omstandigheden die relevant zijn voor de vaststelling of de commerciële exploitatie ervan reëel is, inzonderheid gebruik dat in de betrokken economische sector gerechtvaardigd wordt geacht om voor de door het merk beschermde waren of diensten marktaandelen te behouden of te verkrijgen. De beoordeling van de betrokken omstandigheden kan derhalve rechtvaardigen dat onder meer de aard van de betrokken waar of dienst, de kenmerken van de betrokken markt en de omvang en de frequentie van het gebruik van het merk in aanmerking worden genomen. Zo hoeft het gebruik van het merk niet altijd kwantitatief gezien omvangrijk te zijn om als normaal te kunnen worden beschouwd, aangezien daartoe de kenmerken van de betrokken waar of dienst op de overeenkomstige markt in aanmerking moeten worden genomen. [9]

24. Blijkbaar gebruikt de BKFR de in het hoofdgeding ter discussie staande merken onder andere op sierspelden die aan leden van deze vereniging en aan weldoeners worden uitgereikt, voor het aankondigen van manifestaties, op stukken voor zakelijk gebruik en op reclamemateriaal van de vereniging. Bij het inzamelen en het uitdelen van giften worden de merken eveneens gebruikt door de leden van de vereniging, aangezien zij daarbij sierspelden dragen die beantwoorden aan het merk. Volgens de verwijzingsbeslissing biedt de BKFR evenwel noch waren noch diensten onder bezwarende titel aan.

25. Bij het onderzoek van de vraag naar het normale gebruik van een merk door een vereniging zonder winstoogmerk [10] moet

6 — Normaal gebruik van een merk vereist een onderzoek van het gebruik van het teken met betrekking tot de „waren of diensten *waarvoor het is ingeschreven*" (cursivering van mij) (zie artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104). Het gebruik van een als merk ingeschreven teken door de houder ervan voor waren of diensten waarvoor het niet is ingeschreven, vormt volgens mij geen normaal gebruik van het merk.

7 — Zie arrest Ansul, aangehaald in voetnoot 4, punten 35 en 37. In het arrest La Mer Technology (aangehaald in voetnoot 4, punt 20) stelt het Hof vast dat „het behoud van de rechten van de merkhouder een normaal gebruik van het merk vereist in het zakenleven op de markt van de producten en diensten waarvoor het in de betrokken lidstaat is ingeschreven".

8 — Zie arrest Ansul, aangehaald in voetnoot 4, punt 36.

9 — Zie arrest Ansul, aangehaald in voetnoot 4, punten 38 en 39.

10 — De rechtsvorm vereniging zonder winstoogmerk kan van lidstaat tot lidstaat verschillen. Eventuele winst die deze verenigingen maken wordt in beginsel, behoudens uitzonderingen, niet aan de leden uitgekeerd. Verenigingen zonder winstoogmerk kunnen charitatieve organisaties zijn, maar deze begrippen zijn niet noodzakelijkerwijze synoniemen.

volgens mij rekening worden gehouden met het doel [11] en de aard van de activiteiten van dergelijke verenigingen en met de wijze waarop zij waren en diensten leveren. Deze zienswijze strookt met de arresten Ansul en La Mer Technology, waarin wordt vastgesteld dat de vraag naar het normale gebruik van een merk van geval tot geval moet worden onderzocht, rekening houdend met alle relevante omstandigheden en in het bijzonder met de aard en de kenmerken van de markt waarop het merk wordt gebruikt. [12]

26. Wat betreft het dragen van sierspelden die het merk voorstellen door de leden van een vereniging zonder winstoogmerk bij het inzamelen en het uitdelen van giften, heeft de verwijzende rechter aangegeven dat dit volgens hem een normaal gebruik als bedoeld in artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104 uitmaakt. Volgens de verwijzende rechter wordt door het inzamelen en uitdelen van giften een dienst verricht, waarbij talrijke „aanbieders van diensten" elkaar beconcurreren.

27. De stelling dat verenigingen zonder winstoogmerk voor het verkrijgen van giften van de bevolking met elkaar wedijveren en op die wijze een zakelijke of commerciële activiteit — in de ruime zin van het woord — aan de dag leggen bij het inzamelen en uitdelen van giften, is mijns inziens principieel juist. Volgens mij zijn verenigingen zonder winstoogmerk daarenboven in beginsel marktdeelnemers die waren en diensten verwerven en leveren. [13] Ofschoon het algemene beeld dat wij van bepaalde verenigingen zonder winstoogmerk hebben zich er eventueel tegen verzet dat deze verenigingen in een commerciële of zakelijke context worden geplaatst, meen ik dat het niet realistisch [14] zou zijn de commerciële of zakelijke omgeving waarin zij actief zijn, volledig te negeren en dat dit hun activiteiten mogelijkerwijze zelfs zou kunnen ondermijnen.

28. Derhalve is de stelling van de Verein Radetzky-Orden dat de zonder enig winstbejag uitgeoefende activiteit van het inzamelen en uitdelen van giften, niet kan worden beschermd door het merkenrecht, mijns inziens ongegrond. In dit verband zij er onder andere op gewezen dat „charitatieve

11 — Ofschoon de doelstellingen van verenigingen zonder winstoogmerk onmogelijk op een abstracte en uitputtende wijze kunnen worden omschreven, worden dergelijke verenigingen vaak opgericht om waren en diensten gratis of met korting te leveren aan particulieren die op basis van vooraf bepaalde criteria worden uitgezocht. (Het doel van een vereniging zonder winstoogmerk kan eveneens bestaan in de bescherming van dieren of het behoud van het milieu, de bevordering van cultuur, enz. Bovendien kan niet worden uitgesloten dat dergelijke verenigingen in bepaalde omstandigheden waren en diensten tegen de marktprijs aanbieden.) Het is mogelijk dat verenigingen zonder winstoogmerk, om hun doel te bereiken, een beroep doen op giften, bijvoorbeeld van de bevolking. In het geval dat de waren en diensten niet meer gratis of met korting aan particulieren worden geleverd, is het daarenboven niet uitgesloten dat de vroegere ontvangers ervan deze op de markt verwerven, althans in beperkte omvang. Het is echter ook mogelijk dat de staat intervenieert, onder andere om op zijn minst een gedeelte van deze waren en diensten ten behoeve van de voormelde ontvangers te verwerven.

12 — „De vraag of een gebruik kwantitatief voldoende is om marktaandelen voor deze waren of diensten te behouden of te verkrijgen, hangt af van verschillende factoren en van een beoordeling van het concrete geval waartoe de nationale rechter bevoegd is. […] [M]et de kenmerken van de betrokken markt die een rechtstreekse invloed hebben op de commerciële strategie van de merkhouder, [kan ook] rekening worden gehouden om te beoordelen of het gebruik normaal is." Zie arrest La Mer Technology, aangehaald in voetnoot 4, punten 22 en 23.

13 — Zie voetnoot 11.

14 — Men dient enkel naar het begrip „schenkingsmoeheid" te verwijzen om eraan te herinneren dat het kan gebeuren dat een groot aantal verenigingen zonder winstoogmerk wedijvert om het beperkte aantal giften van de bevolking.

geldinzameling" uitdrukkelijk wordt vermeld in klasse 36 [15] van de Overeenkomst van Nice. [16] Anders dan de Verein Radetzky-Orden meen ik dat „gebruik in het economisch verkeer" als bedoeld in artikel 5 van richtlijn 89/104 — dat de aan een merk verbonden rechten opsomt — niet vereist dat waren en diensten met winstoogmerk of onder bezwarende titel worden geleverd. De vraag of de houder van een merk dit gebruikt om zich persoonlijk te verrijken, is dus irrelevant voor de beoordeling of een merk normaal wordt gebruikt in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104.

29. Mijns inziens strekt het gebruik van een merk door een vereniging zonder winstoogmerk bij het inzamelen van geld bij de bevolking en bij het verdelen ervan [17], voor zover het merk voor dergelijke diensten is ingeschreven, tot het kenbaar maken aan weldoeners of potentiële weldoeners van de identiteit van de betrokken vereniging en van de doelen waarvoor het geld wordt gebruikt, zodat er in een dergelijk geval sprake is van normaal gebruik van een merk in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104.

30. Het gebruik van een merk door een vereniging zonder winstoogmerk tijdens louter privéceremoniën of evenementen voor leden van die vereniging dan wel voor de aankondiging van of reclame voor deze ceremoniën of evenementen, vormt volgens mij — in het licht van het arrest van het Hof in de zaak Ansul — intern gebruik dat derhalve niet kan worden beschouwd als een normaal gebruik van het merk in de zin van artikel 12, lid 1, van richtlijn 89/104. Zo vormt het uitreiken van sierspelden die het merk voorstellen, aan leden van een vereniging zonder winstoogmerk tijdens bijeenkomsten die niet openstaan voor het publiek, volgens mij intern gebruik van het merk. [18] Daarenboven vormt naar mijn oordeel het gebruik van een merk op stukken voor zakelijk gebruik die naar de leden van een vereniging zonder winstoogmerk worden gezonden, in beginsel intern gebruik van het merk, dat niet als normaal gebruik ervan kan worden beschouwd. [19] In een dergelijk geval wordt het ingeschreven merk zuiver privé en niet in het economische verkeer gebruikt.

15 — De verwijzing naar deze klasse geschiedt enkel als voorbeeld, daar de kwestieuze merken van de BKFR blijkbaar niet voor die klasse zijn ingeschreven.

16 — Ofschoon de Europese Gemeenschap geen partij is bij de Overeenkomst van Nice, moet het daarin neergelegde systeem van classificatie van waren en diensten krachtens verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 tot uitvoering van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk (PB L 303, blz. 1), onder andere worden toegepast bij de aanvraag van een gemeenschapsmerk. Overeenkomstig artikel 5 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte — Protocol 28 betreffende intellectuele eigendom (PB 1994 L 1, blz. 194) hebben de overeenkomstsluitende partijen er zich daarenboven toe verbonden om vóór 1 januari 1995 toe te treden tot de Overeenkomst van Nice. Derhalve zijn blijkbaar alle lidstaten van de Europese Gemeenschap behalve Malta en Cyprus partij bij deze overeenkomst. Daarenboven staan Malta en Cyprus op de officiële website van de World Intellectual Property Organisation vermeld als staten die het in deze overeenkomst neergelegde systeem van classificatie van waren en diensten gebruiken. Dit systeem van classificatie is derhalve een systeem dat in alle lidstaten daadwerkelijk wordt gebruikt en het heeft dus groot gezag bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 89/104.

17 — Ongeacht of dit geschiedt in de vorm van sierspelden die aan weldoeners worden uitgereikt, op reclamemateriaal voor geldinzamelacties, op stukken voor zakelijk gebruik waarbij de mensen bijvoorbeeld tot het doen van giften worden uitgenodigd, dan wel in de vorm van sierspelden die de leden van de vereniging dragen tijdens publieke geldinzamelacties, bij het verdelen van giften, enz.

18 — Het uitreiken van sierspelden of eretekens die een merk voorstellen, aan leden van een vereniging zonder winstoogmerk tijdens publieke evenementen kan volgens mij een normaal gebruik van het merk uitmaken indien dat er bijvoorbeeld toe strekt reclame te maken voor de activiteiten van die vereniging en de mensen over te halen tot het doen van giften.

19 — In dergelijke omstandigheden wordt het ingeschreven teken niet als merk gebruikt, daar het brede publiek wordt uitgesloten.

VII — Conclusie

31. Mitsdien geef ik het Hof in overweging te oordelen als volgt:

„Artikel 12, lid 1, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, moet aldus worden uitgelegd dat een merk normaal wordt gebruikt wanneer een vereniging zonder winstoogmerk het merk onder andere gebruikt in aankondigingen van openbare geldinzamelacties, bij het inzamelen van giften van de bevolking en het verdelen van giften, op stukken voor zakelijk gebruik die naar niet-leden worden verstuurd en op reclamemateriaal waarmee de mensen worden aangezet tot het doen van giften, voor zover het merk voor dergelijke diensten is ingeschreven. Het staat aan de Oberste Patent- und Markensenat, de feiten van het hoofdgeding tegen de achtergrond van deze aanwijzingen te beoordelen."