FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JÁN MAZÁK

föredraget den 18 september 2008 [1]

1. Oberster Patent- und Markensenat (högsta instans för patent- och varumärkesärenden) har i sin begäran om förhandsavgörande bett domstolen tolka artikel 12.1 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar [2]. Begäran gjordes i en tvist mellan Verein Radetzky-Orden (nedan kallad Orden) och den ideella föreningen Bundesvereinigung Kameradschaft ”Feldmarschall Radetzky” (nedan kallad BKFR) angående upphävande av varumärken som nämnda ideella förening innehade, varvid Orden som grund anförde att verkligt bruk inte förelåg. Den hänskjutande domstolen önskar få klarlagt huruvida det i artikel 12.1 i direktivet uppställda kravet på verkligt bruk är uppfyllt i ett fall då en ideell förening använder varumärken i annonser om evenemang, på affärshandlingar och reklammaterial samt när föreningens medlemmar bär märken, vilkas utformning motsvarar varumärkena, när de samlar in och delar ut gåvor.

I — Relevant gemenskapslagstiftning

2. I artikel 12.1 i direktiv 89/104, som har rubriken ”Grunder för upphävande”, föreskrivs följande:

”Ett varumärke skall kunna upphävas om det inom en sammanhängande femårsperiod utan giltiga skäl inte har tagits i verkligt bruk i medlemsstaten ifråga för de varor eller tjänster för vilka det registrerats…”

II — Relevant nationell lagstiftning

3. Enligt 10a § i 1970 års lag om varumärkesskydd (Markenschutzgesetz 1970, BGBl. 260/1970) (nedan kallad MSchG), ska särskilt följande anses utgöra användning av ett kännetecken:

1 — Originalspråk: engelska.
2 — EGT L 40, 1989, s.1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178.

”(1) att anbringa kännetecknet på varor eller deras förpackning på de föremål i fråga om vilka tjänsten utförs eller ska utföras,

(2) att bjuda ut varor till försäljning, släppa ut dem på marknaden eller lagra dem för dessa ändamål eller bjuda ut eller tillhandahålla tjänster under kännetecknet,

(3) att importera eller exportera varor under kännetecknet och

(4) att använda kännetecknet på affärshandlingar, i annonser och reklam.”

4. I 33a § första stycket MSchG stadgas följande:

”Vem som helst kan begära att registreringen av ett varumärke, som har varit registrerat i Österrike i minst fem år eller som enligt 2 § andra stycket åtnjuter skydd i denna stat, ska hävas, om varken innehavaren eller, med dennes samtycke, tredje man under de senaste fem åren innan denna begäran framställdes gjort verkligt bruk av varumärket för de varor eller tjänster för vilka det registrerats (10a §), såvida varumärkesinnehavaren inte kan anföra giltiga skäl till att varumärket inte har använts.”

III — Förfarandet vid den hänskjutande domstolen och begäran om förhandsavgörande

5. BKFR är en ideell förening som varken säljer varor eller tillhandahåller tjänster mot ersättning. Å ena sidan består dess verksamhet i att bevara militära traditioner genom till exempel sammankomster för att hylla krigshjältar, minnessammankomster, kamratträffar samt underhåll av krigsmonument. Å andra sidan består den i välgörenhetsarbete, till exempel insamling av pengar och andra gåvor samt utdelning härav till behövande.

6. BKFR är innehavare av ord- och figurmärken som registrerats i det österrikiska patentverkets varumärkesregister under nummer 161.744–161.749, med prioritet från den 22 maj 1995. Vart och ett av ord- och figurmärkena registrerades för varor och tjänster i följande klasser i enlighet med den internationella klassificeringen av varor och tjänster vid varumärkesregistrering som fastställts i Niceöverenskommelsen av den 15 juni 1957 [3] (Niceöverenskommelsen): klass 37: Underhåll av krigsmonument, klass 41: Undervisning/utbildning, underhållning, sport och kulturella aktiviteter, anordnande av militära kamratträffar och klass 45 (tidigare 42): Välgörenhetsarbete. På begäran av innehavaren hävdes registreringen med avseende på samtliga omtvistade varumärken för tjänsterna Utbildning/undervisning med verkan från den 31 januari 2005.

7. BKFR har grundat en Radetzky-orden, inom vilken man delar ut ordnar och utmärkelser, vilkas utformning motsvarar de varumärken som registrerats under nr 161.745, 161.746, 161.748 och 161.749. Vidare belönar föreningen medlemmar och donatorer med en hedersutmärkelse och ett mössmärke, vilkas utformning motsvarar de varumärken som registrerats under nr 161.744 respektive nr 161.746. Medlemmarna bär utmärkelserna vid olika evenemang och när de samlar in och delar ut pengar och andra gåvor. Varumärkena är också tryckta på inbjudningar till evenemang, på brevpapper och kuvert samt på föreningens reklammaterial.

8. I ansökningar av den 17 augusti 2004 begärde Orden att registreringarna av varumärkena skulle hävas enligt 33a § MSchG på grund av att det inte förelåg något verkligt bruk av dem. Orden gjorde därvid gällande att BKFR inte hade använt varumärkena i näringsverksamhet under de föregående fem åren.

9. Genom beslut av den 21 april 2006 hävde det österrikiska patentverket registreringen av varumärkena med verkan från och med den 8 januari 2001. BKFR överklagade det beslut som fattats av det österrikiska patentverkets avdelning för hävande till Oberster Patent- und Markensenat.

10. Oberster Patent- und Markensenat beslutade genom beslut av den 27 juni 2007, vilket inkom till domstolens kansli den 27 september 2007, att förklara målet vilan-

3 — Reviderad i Stockholm år 1967 och i Genève år 1977.

de samt att hänskjuta följande fråga till domstolen för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG:

”Ska artikel 12.1 i [direktiv 89/104] tolkas så, att ett varumärke har tagits i (verkligt) bruk för att särskilja ett företags varor och tjänster från andra företags varor och tjänster när en ideell förening använder varumärket i evenemangsannonser, på affärshandlingar och i reklammaterial och föreningens medlemmar bär märken, vilkas utformning motsvarar varumärkena, när de samlar in och delar ut gåvor?”

IV — Förfarandet vid domstolen

11. Skriftliga yttranden har inkommit från Orden, BKFR, den italienska regeringen och kommissionen. Orden, BKFR och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 24 juni 2008.

V — Parternas huvudsakliga argument

12. Orden har gjort gällande att ett jakande svar på den hänskjutande domstolens fråga skulle leda till att varumärkeslagstiftningens syfte förlorade sitt innehåll och till att det i denna lagstiftning inneboende kravet på rättssäkerhet urholkades. Enligt artikel 5 i direktiv 89/104, i vilken fastslås de rättigheter som är knutna till varumärkesskyddet, är skyddet nära knutet till ett tillhandahållande av varor och tjänster i näringsverksamhet. Enligt Orden hänför sig termen verkligt bruk enligt artikel 12 i direktiv 89/104 till kommersiell verksamhet eller annan näringsverksamhet i vinstsyfte. Verksamhet som är uteslutande ideell omfattas inte av varumärkesskyddet. Varumärkenas funktion är att garantera varors och tjänsters ursprung och därigenom säkerställa att det ekonomiska utbudet har konstant kvalité. Varumärkesskydd förutsätter således att det är fråga om ett utbud mot ersättning.

13. Orden har påpekat att olika välgörenhetsorganisationer har växt fram i det moderna samhället, till exempel organisationer som tillhandahåller medicinsk vård eller som transporterar sjuka och som *prima facie* tycks tillhandahålla sina tjänster utan avgift. I själva verket överlever emellertid sådana organisationer på statliga stöd och ersättningar och är kommersiellt verksamma och

konkurrerar på den marknaden som leverantörer. Orden anser att dessa organisationer, som använder fast personal, otvetydigt utför kommersiell verksamhet. Principen om prestation mot ersättning gäller i dessa fall, även om avgiften inte erläggs av de personer som faktiskt drar nytta av tjänsten utan av till exempel socialförsäkringssystemet, sjukhus eller myndigheter. När ett varumärke inte används i syfte att skapa eller bibehålla marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av detsamma, bör användningen endast anses ha som syfte att hindra ett upphävande av varumärket.

14. BKFR har anfört att välgörenhetsorganisationer (ideella föreningar) konkurrerar med varandra på sina verksamhetsområden och således agerar som näringsidkare i affärsvärlden också när gåvor och tjänster genom välgörenhetsarbete tillhandahålls behövande. Kännetecken som sådana organisationer använder, till exempel märken, ordnar och andra utmärkelser samt armbindlar, visar varornas och tjänsternas ursprung och särskiljer dem från andra organisationers varor och tjänster. Dessutom utgör utdelningen av ordnar och andra utmärkelser, vilkas utformning motsvarar varumärkena, till personer utanför organisationen ett slags reklam eller ”marknadsföring”, eftersom den bidrar till att främja organisationen.

15. Det ska inte uteslutas att det föreligger verkligt bruk när välgörenhetsorganisationer använder varumärken då de erbjuder sina tjänster.

16. BKFR har därför hävdat att kravet på verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104 ska anses uppfyllt när ett varumärke används av en välgörenhetsorganisation för de varor och tjänster för vilka varumärket har registrerats och dessa varor och tjänster tillhandahålls utan ersättning och/eller på eget initiativ.

17. Republiken Italien anser att den fråga som hänskjutits till domstolen av Oberster Patent- und Markensenat bör besvaras jakande. Eftersom ett varumärke kan registreras av den som använder eller avser att använda det särskiljande kännetecknet inom ramen för en produktiv eller kommersiell verksamhet, men inte i näringsverksamhet, bör användningen av varumärket betraktas som verkligt bruk enligt den italienska regeringens mening.

18. Kommissionen anser att artikel 12.1 i direktiv 89/104 ska tolkas så att ett varumärke har tagits i verkligt bruk när det används i samband med tjänster som tillhandahålls utan avgift om frånvaron av en avgift motsvarar den ifrågavarande tjänstens

karaktär. Enligt domstolens rättspraxis [4] har ett varumärke tagits i verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104, om det används på marknaden för de varor och tjänster som skyddas av varumärket på ett sätt som på denna marknad är sedvanligt för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för dessa varor och tjänster. Hänsyn måste därför tas till samtliga omständigheter i fallet, särskilt till typen av varor och tjänster, till vad som kännetecknar den ifrågavarande marknaden samt till i vilken omfattning och hur ofta varumärket används.

19. Kommissionen har framhållit att vissa tjänster, till exempel arbete för att bevara gemensamma traditioner och välgörenhetsarbete, till följd av sin karaktär tillhandahålls utan avgift. Ett särskiljande kännetecken kan obestridligen skyddas som ett varumärke vad gäller sådana tjänster. Det skulle vara motsägelsefullt att endast ta hänsyn till användning av ett varumärke för tjänster som tillhandahålls mot ersättning vid bedömningen av om verkligt bruk föreligger. Kommissionen anser att välgörenhetsorganisationer konkurrerar om donationer. Välgörenhetsarbete omnämns dessutom uttryckligen bland de olika klasserna i Niceöverenskommelsen, särskilt klasserna 36, 41 (undervisning för behövande elever) och 43 (upplåtande av tillfälligt boende för hemlösa).

4 — Se dom av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, Ansul (REG 2003, s. I-2439), punkterna 35-39, och beslut av den 24 januari 2004 i mål C-259/02, La Mer Technology (REG 2004, s. I-1159), punkterna 21-26.

VI — Bedömning

20. Enligt beslutet om hänskjutande gäller målet vid den hänskjutande domstolen frågan huruvida vissa varumärken som BKFR, en ideell förening, har registrerat har tagits i verkligt bruk enligt 33a första stycket § MSchG. Eftersom denna bestämmelse baseras på artikel 12.1 i direktiv 89/104 ställer den hänskjutande domstolen frågan huruvida en ideell förenings användning av ett varumärke utgör verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104.

21. Artikel 5 i direktiv 89/104 ger innehavaren av ett registrerat varumärke en omfattande ensamrätt, vilken innebär att han har rätt att förhindra tredje man, som inte har hans tillstånd, att använda varumärket i näringsverksamhet. Lagstiftaren har således eftersträvat att säkerställa att varumärken faktiskt används i enlighet med deras syfte. [5]

5 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer anförde i sin bedömning i målet Ansul (ovan fotnot 4) att ”[v]arumärkesregistren bör inte fungera som upplag för kännetecken som man tillskansat sig i väntan på att någon blåögd person försöker använda sig av dem, och då enbart i spekulationssyfte… ” (punkt 42). I direktivets åttonde skäl anges sålunda att det är av vikt att registrerade varumärken faktiskt används och att de upphävs om så inte är fallet.

22. Domstolen fastslog genom domen i målet Ansul att verkligt bruk betyder faktisk användning av varumärket. Verkligt bruk innebär användning av varumärket på marknaden för de varor och tjänster som skyddas av varumärket [6] och inte endast intern användning i den aktuella verksamheten. [7] Verkligt bruk måste vara förenligt med varumärkets grundläggande funktion, som är att garantera konsumenten eller slutanvändaren en varas eller tjänsts ursprung, så att det är möjligt att utan risk för förväxling särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung. [8]

23. Slutligen ska det vid bedömningen av huruvida kravet på verkligt bruk av varumärket är uppfyllt tas hänsyn till samtliga omständigheter och förhållanden som kan styrka att varumärket faktiskt utnyttjas kommersiellt, i synnerhet till sådan användning som anses vara berättigad i den berörda ekonomiska sektorn för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av varumärket. Vid bedömningen av omständigheterna i det enskilda fallet kan det således vara motiverat att ta hänsyn särskilt till vilken slags vara eller tjänst det är fråga om och vad som kännetecknar den aktuella marknaden. Det kan härvid även vara motiverat att beakta i vilken omfattning och hur ofta märket har använts. Det är således inte alltid nödvändigt att användningen är kvantitativt betydande för att kravet på verkligt bruk ska anses vara uppfyllt, eftersom detta beror på den berörda varans eller tjänstens egenskaper på marknaden. [9]

24. Det förefaller som om de varumärken som är aktuella i målet vid den hänskjutande domstolen används av BKFR bland annat på märken som delas ut till föreningens medlemmar och till donatorer, i evenemangsannonser samt på affärshandlingar eller på brevpapper och i reklammaterial. Vidare använder föreningens medlemmar varumärkena när de i samband med insamling och utdelning av gåvor bär märken vilkas utformning motsvarar varumärkena. Enligt vad som framgår av begäran om förhandsavgörande tillhandahåller BKFR emellertid inte några varor eller tjänster mot ersättning.

25. Vid prövning av frågan huruvida en ideell förenings [10] användning av ett varumärke

6 — Frågan huruvida kravet på verkligt bruk av varumärket är uppfyllt ska besvaras utifrån en bedömning av varumärkets användning i förhållande till de ”varor och tjänster *för vilka det registrerats*” (kursiv här), se artikel 12.1 i direktiv 89/104. Innehavarens användning av varumärke i samband med varor och tjänster för vilka varumärket inte har blivit registrerat utgör således, enligt min mening, inte verkligt bruk.

7 — Se domen i målet Ansul (ovan fotnot 4), punkterna 35 och 37. I beslutet i målet La Mer Technology (ovan fotnot 4), anförde domstolen att det ”för att varumärkesinnehavaren skall behålla sina rättigheter krävs … att varumärket tagits i verkligt bruk i näringsverksamhet på marknaden för de varor och tjänster för vilka det har registrerats i den berörda medlemsstaten”. Se punkt 20.

8 — Se domen i målet Ansul (ovan fotnot 4) punkt 36.

9 — Se domen i målet Ansul (ovan fotnot 4) punkterna 38 och 39.

10 — Ideella föreningars rättsliga ställning kan variera från medlemsstat till medlemsstat. Om det uppkommer några vinster i sådana föreningar delas dessa i princip, men undantag kan förekomma, inte ut till medlemmarna. Ideella föreningar kan vara välgörenhetsorganisationer men behöver nödvändigtvis inte vara det.

utgör verkligt bruk ska, enligt min uppfattning, hänsyn tas till syftet med [11] och arten av sådana föreningars verksamhet, samt det sätt på vilket de tillhandahåller varor och tjänster. Detta synsätt överensstämmer med avgörandena i de ovannämnda målen Ansul och La Mer Technology, i vilka domstolen slog fast att frågan om verkligt bruk av ett varumärke måste bedömas utifrån samtliga relevanta omständigheter i det enskilda fallet, särskilt de egenskaper som utmärker den marknad på vilken varumärket används. [12]

26. Den hänskjutande domstolen anser att kravet på verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104 är uppfyllt när en ideell förenings medlemmar bär märken vilkas utformning motsvarar varumärkena, då de samlar in och delar ut gåvor. Enligt den hänskjutande domstolen utgör insamling och utdelning av gåvor tillhandahållande av en tjänst, i fråga om vilken det finns ett stort antal ”tjänsteleverantörer” som konkurrerar med varandra.

27. Uppfattningen att ideella föreningar kan konkurrera i syfte att erhålla donationer från allmänheten och således, i vid mening, ägna sig åt affärsverksamhet eller näringsverksamhet när de samlar in och delar ut gåvor är enligt min mening i princip riktig. Jag anser vidare att ideella föreningar i princip är marknadsaktörer som förvärvar och tillhandahåller varor och tjänster. [13] Det kan kanske utifrån vår uppfattning om ideella föreningar förefalla främmande att placera dem i ett kommersiellt sammanhang. Att helt bortse ifrån att ideella föreningar verkar i en kommersiell omgivning skulle dock enligt min mening vara orealistiskt [14] och möjligen även kunna underminera de ideella föreningarnas verksamhet.

28. Ordens ståndpunkt att sådan helt ideell verksamhet som består i att samla in och dela ut gåvor inte kan skyddas genom varumärkeslagstiftningen är således, enligt min mening, ogrundad. I detta sammanhang vill jag påpeka att bland annat ”penninginsamlingar för

11 — Även om det är omöjligt att teoretiskt på ett uttömmande sätt ange ideella föreningars olika ändamål, kan dock sägas att många sådana föreningar har bildats för att tillhandahålla varor och tjänster antingen utan avgift eller mot en låg avgift åt privatpersoner, som valts ut efter vissa förutbestämda kriterier. (En ideell förenings syfte skulle även kunna vara att skydda djur eller miljö eller att främja kultur etc. Det kan inte heller uteslutas att sådana föreningar under vissa omständigheter erbjuder varor och tjänster till fullt marknadspris.) För att uppnå sina syften kan vissa ideella föreningar försöka erhålla donationer från till exempel allmänheten. Om en ideell förening skulle upphöra med att utan avgift eller mot låg avgift tillhandahålla varor och tjänster åt privatpersoner, kan det vidare inte uteslutas att dessa personer skulle, åtminstone i begränsad omfattning, förse sig med varorna och tjänsterna på den ordinarie marknaden. Alternativt skulle staten kunna ingripa för att bland annat i någon mån förvärva sådana varor och tjänster åt de ovannämnda hjälpmottagarna.

12 — ”Frågan huruvida ett varumärke används i tillräckligt stor omfattning för att bibehålla eller skapa marknadsandelar för de varor och tjänster som skyddas av märket beror på en rad faktorer och på en bedömning av det enskilda fallet, som det ankommer på den nationella domstolen att göra... [Den] berörda marknadens egenskaper, vilka har ett direkt inflytande på varumärkesinnehavarens affärsstrategi [kan också] beaktas vid bedömningen av huruvida kravet på verkligt bruk är uppfyllt.” Se beslutet i målet La Mer Technology (fotnot 4 ovan), punkterna 22 och 23.

13 — Se ovan fotnot 11.

14 — Man behöver bara erinra sig begreppet donationströtthet för att få klart för sig att många ideella föreningar kan konkurrera om en begränsad mängd donationer från allmänheten.

välgörande ändamål" är särskilt upptaget på listan över tjänster i klass 36 [15] i Niceöverenskommelsen. [16] I motsats till vad Orden har gjort gällande anser jag inte heller att uttrycket "att i näringsverksamhet använda" i artikel 5 i direktiv 89/104, i vilken de rättigheter som är knutna till ett varumärke anges, innebär att varor och tjänster alltid måste tillhandahållas i vinstsyfte eller ens mot ersättning. Frågan om varumärkesinnehavaren använder varumärket i syfte att berika sig saknar således relevans vid bedömningen av om kravet på verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104 är uppfyllt.

29. När en ideell förening vid insamling av medel från allmänheten och vid utdelning av sådana insamlade medel [17] använder ett varumärke som har registrerats för sådana tjänster, anser jag att användningen tjänar till att för givare och potentiella givare ange den aktuella föreningens identitet och de syften för vilka medlen används. Jag anser därför att sådan användning utgör verkligt bruk av varumärket enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104.

30. Mot bakgrund av domstolens bedömning i målet Ansul anser jag emellertid att en ideell förenings användning av ett varumärke under rent privata ceremonier och tilldragelser för medlemmar i föreningen, eller för att tillkännage eller annonsera om sådana tilldragelser, utgör en intern användning av varumärket och således inte innebär verkligt bruk enligt artikel 12.1 i direktiv 89/104. Enligt min uppfattning är det följaktligen fråga om intern användning när en ideell förening vid sammankomster till vilka allmänheten inte har tillträde belönar sina medlemmar med märken som innefattar varumärket. [18] Jag anser vidare att en ideell förenings användning av ett varumärke på affärshandlingar adresserade till medlemmarna i princip utgör intern användning och därmed inte verkligt bruk. [19] Det registrerade varumärket får under sådana omständigheter anses ha använts helt privat och inte i näringsverksamheten.

15 — Det bör anmärkas att hänvisningen till denna klass endast syftar till att ge ett exempel, eftersom BKFR:s verksamhet inte har registrerats i den klassen. Se punkt 6 ovan.

16 — Det bör anmärkas att klassificeringssystemet för varor och tjänster i Niceöverenskommelsen, enligt kommissionens förordning (EG) nr 2868/95 av den 13 december 1995 om genomförande av rådets förordning (EG) nr 40/94 om gemenskapsvarumärke (EGT L 303, s. 1), ska tillämpas bland annat vid ansökan om gemenskapsvarumärke, fastän Europeiska gemenskapen inte är ansluten till överenskommelsen. Enligt artikel 5 i protokoll 28 om immateriell äganderätt till EES-avtalet (EGT L 1, 1994, s. 194; SÖ 1993:24) gäller vidare att de avtalsslutande parterna åtog sig att tillträda Niceöverenskommelsen före den 1 januari 1995. Det förefaller därför som om samtliga Europeiska gemenskapens medlemsstater utom Malta och Cypern är anslutna till Niceöverenskommelsen. World Intellectual Property Organisation (Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten) har dock på sin webbplats tagit upp Malta och Cypern bland de länder som använder Niceöverenskommelsens klassificeringssystem. Niceklassificeringen är således ett system som tillämpas i samtliga medlemsstater och bör följaktligen tillmätas stor vikt vid tolkningen av direktiv 89/104.

17 — Det kan vara på märken som delas ut som belöning till givare, i reklam för välgörenhetstillställningar, på skrivelser som gäller till exempel vädjande om bidrag från allmänheten eller i form av märken som föreningens medlemmar bär på offentliga tillställningar för insamling och utdelning av gåvor etcetera

18 — Utdelning av olika slags märken, vilka innefattar ett varumärke, till medlemmar i en ideell förening vid sammankomster som är öppna för allmänheten kan, enligt min mening, utgöra verkligt bruk av varumärket, om syftet är att sprida kännedom om föreningens verksamhet eller att uppmuntra allmänheten att ge bidrag.

19 — Under sådana omständigheter används det registrerade tecknet inte som ett varumärke, eftersom allmänheten på det stora hela är utesluten.

VII — Förslag till avgörande

31. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens fråga på följande sätt:

Artikel 12.1 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar ska tolkas så att ett varumärke har tagits i verkligt bruk när en ideell förening använder varumärket bland annat i meddelanden om offentliga välgörenhetstillställningar, vid insamling av gåvor från allmänheten och vid utdelning av dessa, på affärshandlingar ställda till allmänheten samt i annonser och reklam med begäran om gåvor från allmänheten, allt under förutsättning att varumärket har registrerats för dessa tjänster. Oberster Patent- und Markensenat har således att bedöma de faktiska omständigheterna i det mål som den domstolen har att avgöra med beaktande härav.