KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JÁN MAZÁK

esitatud 18. septembril 2008 [1]

1. Käesolevas eelotsusetaotluses palub Oberster Patent- und Markensenat (kõrgem patendi- ja kaubamärgikohus) tõlgendada nõukogu 21. detsembri 1988. aasta esimese direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta [2] artikli 12 lõiget 1. Taotlus esitati seoses Verein Radetzky-Ordeni (edaspidi „Orden") ja Bundesvereinigung Kameradschafti „Feldmarschall Radetzky" (edaspidi „BKFR") vahelise vaidlusega, mis puudutab viimati nimetatud mittetulundusühingu kaubamärgi tühistamist tegeliku kasutamise puudumise tõttu. Eelotsusetaotluse esitanud kohus soovib teada, kas kaubamärgi kasutamine mittetulundusühingu ürituste kuulutustel, dokumentidel ja reklaammaterjalil ning kaubamärki kujutavate rinnamärkide kandmine ühingu liikmete poolt annetuste kogumisel ja jagamisel kujutab endast tegelikku kasutamist direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses.

I. Asjakohane ühenduse õigus

2. Direktiivi 89/104 artikkel 12 „Tühistamise põhjused" sätestab:

„1. Kaubamärgi võib tühistada, kui seda ei ole liikmesriigis viie järjestikuse aasta jooksul [tegelikult] kasutatud kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see registreeriti ja kasutamatajätmisel ei ole mõistlikke põhjendusi; […]". [täpsustatud tõlge]

II. Asjakohane siseriiklik õigus

3. 1970. aasta Markenschutzgesetz'i (kaubamärkide kaitse 1970. aasta seadus, *BGBl.* 260/1970; edaspidi „MSchG") § 10a

1 – Algkeel: inglise.

2 – EÜT 1989, L 40, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 92.

kohaselt on tähise kasutamine kauba või teenuse tähistamiseks eelkõige:

„1) tähise kandmine kaupadele või nende pakendile või asjadele, millega seoses teenust osutatakse või peaks osutatama;

2) kõnealuse tähisega kaupade pakkumine, turuleviimine või ladustamine nimetatud otstarbel või kõnealuse tähisega teenuste pakkumine või osutamine;

3) kaupade importimine ja eksportimine kõnealuse tähise all;

4) tähise kasutamine äridokumentidel, kuulutustel või reklaamides."

4. MSchG § 33a lõige 1 on sõnastatud järgmiselt:

„Iga isik võib taotleda sellise kaubamärgi tühistamist, mis on vähemalt viis aastat olnud Austrias registreeritud või mida § 2 lõike 2 alusel Austrias kaitstakse, kui tühistamise taotluse esitamisele eelnenud viie aasta jooksul ei ole omanik ega viimase nõusolekul kolmas isik seda kaubamärki nende kaupade või teenuste puhul, mille jaoks see on registreeritud, Austrias tegelikult kasutanud (§ 10a), välja arvatud juhul, kui kaubamärgi omanik suudab kaubamärgi kasutamatajätmist põhjendada."

III. Põhikohtuasi ning eelotsuse küsimused

5. BKFR on mittetulundusühing, mis ei müü tasu eest kaupu ega osuta tasu eest teenuseid. Tema tegevus seisneb ühelt poolt selliste sõjaväeliste traditsioonide alalhoidmises, nagu lahingus langenud sõjaväelaste mälestusjumalateenistuste, mälestusürituste ja sõjaväelaste kokkutulekute korraldamine ning sõjaohvrite mälestusmärkide hooldamine, ning teiselt poolt heategevuses, nagu raha ja varaliste annetuste kogumine ning nende jagamine abivajajatele.

6. BKFR omab sõna- ja kujutismärke, mis on registreeritud Austria patendiameti kaubamärgiregistris numbrite 161.744–161.749 all prioriteedikuupäevaga 22. mai 1995. Kõik kõnealused sõna- ja kujutismärgid on registreeritud kaupade ja teenuste jaoks, mis vastavalt 15. juuni 1957. aasta märkide registreerimisel kasutatava kaupade ja teenuste rahvusvahelise klassifikatsiooni Nizza kokkuleppele [3] (edaspidi „Nizza kokkulepe") kuuluvad järgmistesse klassidesse: 37: sõjaohvrite mälestusmärkide hooldamine; 41: haridus; väljaõpe; meelelahutus; spordi- ja kultuurialane tegevus; sõjaväelaste kokkutulekute korraldamine; 45 (varem 42): heategevus abivajajate heaks. 31. jaanuaril 2005 tühistati kaubamärgi omaniku taotlusel asjaomane registreering kõikide vaidlustatud kaubamärkide osas klassi 41 kuuluvate teenuste „haridus; väljaõpe" suhtes.

7. BKFR asutas Radetzky Ordu [edaspidi „Orden"], mis annab ordeneid ja tunnuseid, mis vastavad numbrite 161.745, 161.746, 161.748 ja 161.749 all registreeritud kaubamärkidele. Ühing annab kaubamärgile nr 161.744 vastavat teenetemärki ja kaubamärgile nr 161.746 vastavat vormimütsi embleemi ka liikmetele ja annetajatele. Liikmed kannavad tunnuseid erinevatel üritustel ning raha ja varaliste annetuste kogumisel ja jagamisel. Kaubamärgid on trükitud ühingu ürituste kutsetele, kirjapaberile ning ühingu reklaammaterjalidele.

8. Orden palus 17. augusti 2004. aasta taotlustega tühistada MSchG § 33a alusel kaubamärgid nende kasutamatajätmise tõttu. Ta väitis, et BKFR ei olnud kaubamärke viimase viie aasta jooksul kaubandustegevuses kasutanud.

9. Austria patendiamet tühistas kõnealused kaubamärgid 21. aprillil 2006, kusjuures see otsus jõustus 8. jaanuarist 2001. BKFR esitas Austria patendiameti tühistamisosakonna otsuse peale kaebuse Oberster Patent- und Markensenatile.

10. 27. juunil 2007 tegi Oberster Patent- und Markensenat 27. septembril 2007 Euroopa Kohtu kantseleisse saabunud otsuse peatada

3 – Uuesti läbi vaadatud Stockholmis 1967 ja Genfis 1977.

menetlus ja esitada Euroopa Kohtule järgmine eelotsuse küsimus:

„Kas [direktiivi 89/104] artikli 12 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et kaubamärki on ühe ettevõtja kaupade ja teenuste eristamiseks teiste ettevõtja omadest (tegelikult) kasutatud juhul, kui seda kasutab mittetulundusühing oma ürituste kuulutustel, äridokumentidel ja reklaammaterjalil ning kui ühingu liikmed kannavad vastavat kaubamärki kujutavaid rinnamärke annetuste kogumisel ja jagamisel."

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

11. Kirjalikke märkusi esitasid Orden, BKFR, Itaalia Vabariigi valitsus ning komisjon. Suulisi märkusi esitasid 24. juuni 2008. aasta istungil Orden, BKFR ja komisjon.

V. Poolte peamised argumendid

12. Orden väidab, et eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimusele jaatava vastuse andmise korral kaoks kaubamärgiõigusel igasugune eesmärgipärane sisu ning see rikuks sellele õigusharule olemuslikku õiguskindluse nõuet. Vastavalt direktiivi 89/104 artiklile 5, milles sätestatakse kaubamärgiõiguse kaitsest tulenevad õigused, on see kaitse tihedalt seotud kaupade ja teenuste pakkumisega kaubandustegevuse käigus. Ordeni väitel kohaldatakse mõistet „tegelik kasutamine" vastavalt direktiivi 89/104 artiklile 12 äritegevusele või kasumit taotlevale ettevõtlusele. Tegevused, mis on täielikult mittetulundulikud, ei ole kaubamärgiõiguse kaitsega hõlmatud. Kaubamärkide eesmärk on garanteerida kaupade ja teenuste päritolu ning tagada seeläbi, et majanduslikud sooritused on kindla kvaliteediga. Kaubamärgiõiguse kaitse mõistesse kuulub seega kaupade või teenuste pakkumine tasu eest.

13. Orden märgib, et kaasaegses ühiskonnas on mitmesuguseid heategevaid ühinguid, nagu näiteks ühingud, mis pakuvad meditsiinilist hooldust või transpordivad haigeid ja mis näivad *prima facie* pakkuvat oma teenuseid tasuta. Tegelikult aga tulevad sellised ühingud toime tänu riigi toetusele ja abile ning on sellel turul aktiivsed ja konkureerivad

tarnijatena omavahel. Orden on seisukohal, et sellised ühingud tegelevad selgelt ettevõtlusega, kasutades selleks palgatud töötajaid. Asjaomasel juhul kohaldub tasu eest kaupade või teenuste pakkumise põhimõte, isegi kui tasu ei maksa tegelikud kasusaajad, vaid sotsiaalkindlustussüsteem, haiglad, ametiasutused jne. Kui kaubamärki ei kasutata selleks, et saavutada või säilitada turuosa kõnealuse kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste turul, tuleb asuda seisukohale, et sellise kasutamise ainus eesmärk on vältida kaubamärgi tühistamist.

14. BKFR leiab, et heategevad organisatsioonid (mittetulundusühingud) konkureerivad omavahel oma tegevusvaldkonnas ning seega tegutsevad nad nagu ettevõtjad ärivaldkonnas, isegi kui heategevate organisatsioonide kaupu ja teenuseid antakse abivajajatele. Selliste organisatsioonide tähised, nagu märgid, tunnused, aumärgid või vapid, tähistavad kõnealuste kaupade ja teenuste päritolu, eristades neid teiste organisatsioonide vastavatest kaupadest ja teenustest. Lisaks on organisatsiooni mittekuuluvatele isikutele kaubamärki kujutavate tunnuste ja eristusmärkide andmine teatavat liiki reklaam või „turundus", kuna selle eesmärk on organisatsiooni tuntuse suurendamine.

15. Tegeliku kasutamise kontseptsioon ei välista seda, et heategevad organisatsioonid kasutavad oma kaubamärke enda teenuste pakkumisel.

16. Seega väidab BKFR, et kooskõlas direktiivi 89/104 artikli 12 lõikega 1 on kaubamärki tegelikult kasutatud, kui seda kasutab heategev organisatsioon tähistamaks kaupu ja teenuseid, mille jaoks see kaubamärk on registreeritud, ja kui neid kaupu või teenuseid jagatakse tasuta ja/või spontaanselt.

17. Itaalia Vabariik leiab, et Oberster Patent- und Markensenati küsimusele tuleb vastata jaatavalt. Arvestades seda, et kaubamärgi võib registreerida iga isik, kes kasutab või kavatseb seda eristavat märki kasutada seoses tootmise või kaubandustegevusega, mis ei ole ettevõtlus, leiab Itaalia Vabariik, et kõnealuse kaubamärgi kasutamist BKFR-i poolt tuleb pidada tegelikuks.

18. Komisjon leiab, et direktiivi 89/104 artikli 12 lõiget 1 tuleb tõlgendada selliselt, et tasuta osutatavate teenuste puhul on kaubamärgi kasutamine tegelik, kui tasu puudumine vastab kõnealuste teenuste

laadile. Vastavalt Euroopa Kohtu praktikale [4] on kaubamärgi kasutamine direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses tegelik, kui seda kasutatakse kõnealuse kaubamärgiga kaitstavate kaupade ja teenuste turul viisil, mis on sellel turul tavaline, selleks et nende kaupade või teenuste turuosa säilitada või saavutada. Seega tuleb arvesse võtta kohtuasja kõiki asjaolusid, sealhulgas kaupade või teenuste liiki, kõnealuse turu omadusi ning kaubamärgi kasutamise ulatust ja sagedust.

19. Komisjon rõhutab asjaolu, et teatavaid teenuseid, nagu traditsioonide ühiskondlik alahoidmine ja heategevus, osutatakse nende laadist tulenevalt tasuta. On vaieldamatu, et nende teenustega seoses võib eristavat tähist kaubamärgina kaitsta. Tegeliku kasutamise küsimusega seoses oleks vastuolus see, kui arvesse võetaks ainult kaubamärgi kasutamist tasu eest osutatavate teenuste puhul. Komisjon leiab, et heategevad organisatsioonid konkureerivad annetuste pärast. Lisaks nimetatakse heategevust sõnaselgelt Nizza kokkuleppe erinevates klassides, sealhulgas klassides 36, 41 (abi vajavate õpilaste õpetamine) ja 43 (kodutute heategev majutamine).

4 – Vt 11. märtsi 2003. aasta otsus kohtuasjas C-40/01: Ansul (EKL 2003, lk I-2439, punktid 35–39) ja 27. jaanuari 2004. aasta määrus kohtuasjas C-259/02: La Mer Technology (EKL 2004, lk I-1159, punktid 21–26).

VI. Hinnang

20. Vastavalt eelotsusetaotlusele keskendub eelotsusetaotluse esitanud kohtu menetluses olev kohtuasi sellele, kas teatavaid mittetulundusühingu BKFR registreeritud kaubamärke vastavalt MSchG § 33a lõikele 1 tegelikult kasutati. Kuna MSchG § 33a lõike 1 aluseks on direktiivi 89/104 artikli 12 lõige 1, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult, kas kaubamärgi teatavad mittetulundusühingu poolt kasutamise viisid kujutavad endast tegelikku kasutamist direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses.

21. Arvestades seda, et tähise registreerimine kaubamärgina annab omanikule vastavalt direktiivi 89/104 artiklile 5 selle kasutamise ainuõiguse, mis takistab kõiki kolmandaid isikuid kasutamast seda kaubandustegevuse käigus ilma tema loata, on ühenduse seadusandja eesmärk olnud tagada, et kaubamärke kasutatakse tegelikult sihtotstarbeliselt. [5]

5 – Kohtuasjas Ansul esitatud ettepanekus märkis kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer, et „[…] kaubamärgiregistrid ei või olla lihtsalt hoidlad, kuhu on peidetud kaubamärgid, mis ootavad hetke, mil pahaaimamatu isik püüab neid kasutada, et nad alles siis välja tõmmata kavatsusega, mis on parimal juhul spekulatiivne […]” (vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus, punkt 42). Direktiivi 89/104 põhjenduses 8 on seetõttu sätestatud, et kaubamärke tuleb tegelikult kasutada, või kui neid ei kasutata, siis tuleb nad tühistada.

22. Euroopa Kohus märkis kohtuasjas Ansul, et tegelik kasutamine tähendab kaubamärgi reaalset kasutamist. Kaubamärgi tegelik kasutamine tähendab kaubamärgi kasutamist selle kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste turul [6] ning mitte ainult kasutamist asjaomase ettevõtte piires. [7] Tegelik kasutamine peab olema vastavuses kaubamärgi peamise ülesandega, milleks on tagada lõpptarbijale või -kasutajale kaupade või teenuste teatud päritolu, võimaldades ilma võimaliku segiajamiseta eristada kaupu või teenuseid nendest, millel on teine päritolu. [8]

23. Kaubamärgi tegelikku kasutamist hinnates peab tuginema kõigile faktidele ja asjaoludele, mille abil on võimalik kindlaks teha, kas kaubamärgi kaubanduslik kasutamine on reaalne, milleks on eelkõige kasutamine, mida vastavas majandussektoris võib pidada põhjendatuks kaubamärgiga kaitstud kaupade või teenuste jaoks turuosa säilitamises või saavutamises. Kohtuasja asjaolude hindamisel võib seega võtta muu hulgas arvesse vaidlusaluste kaupade või teenuste olemust, kõnealuse turu omadusi ning kaubamärgi kasutamise ulatust ja sagedust. Selleks et lugeda kaubamärgi kasutamist tegelikuks, ei pea kasutamine seega alati olema kvantitatiivselt märkimisväärne, kuna see sõltub nende kaupade või teenuste omadustest vastaval turul. [9]

24. Eelotsusetaotluse kohaselt kasutab BKFR põhikohtuasjas vaidluse all olevaid kaubamärke muu hulgas rinnamärkidel, mis antakse selle ühingu liikmetele ja annetajatele, ürituste kuulutustel, dokumentidel või kirjapaberil ning ühingu reklaammaterjalidel. Samuti kasutatavad kaubamärke ühingu liikmed annetuste kogumisel ja jagamisel, kuivõrd nad kannavad sellistel puhkudel seda kaubamärki kujutavaid rinnamärke. Samas ei paku BKFR eelotsusetaotluse kohaselt kaupu ega teenuseid tasu eest.

25. Kui kaalutakse, mida tähendab kaubamärgi tegelik kasutamine mittetulundusühingu [10] poolt, tuleb minu arvates arvesse

6 – Kaubamärgi tegeliku kasutamise hindamiseks tuleb uurida tähise kasutamist „kaupade või teenuste puhul, *mille jaoks see registreeriti*" (kohtujuristi kursiiv). Vt direktiivi 89/104 artikli 12 lõige 1. Seetõttu ei kujuta minu hinnangul endast kaubamärgi tegelikku kasutamist kaubamärgiks oleva tähise kasutamine selle omaniku poolt seoses kaupade ja teenustega, mille jaoks see kaubamärk ei ole registreeritud.

7 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ansul, punktid 35 ja 37. Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtumääruses La Mer Technology märkis Euroopa Kohus, et „[…] kaubamärgi omaniku õiguste säilimise eelduseks on kaubamärgi tegelik kasutamine kaubandustegevuses nende kaupade või teenuste turul, mille jaoks see registreeriti vastavas liikmesriigis." Vt punkt 20.

8 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ansul, punkt 36.

9 – Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ansul, punktid 38 ja 39.

10 – Mittetulundusühingu õiguslik staatus võib liikmesriigiti erineda. Põhimõtteliselt ning v.a erandjuhtudel ei jagata selliste ühingute saadud kasumit nende liikmete vahel. Sellised ühingud võivad olla muu hulgas heategevad organisatsioonid, kuid tegemist ei ole ilmtingimata sünonüümidega.

võtta selliste ühingute eesmärki [11] ja tegevuste laadi ning viisi, kuidas nad tarnivad kaupu ja osutavad teenuseid. See lähenemine on kooskõlas kohtuotsusega Ansul ning kohtumäärusega La Mer Technology, milles Euroopa Kohus sisuliselt leidis, et kaubamärgi tegeliku kasutamise küsimust tuleb kaaluda üksikjuhtude kaupa, võttes arvesse kõiki asjaolusid ning eelkõige selle turu laadi ja omadusi, kus vastavat kaubamärki kasutatakse. [12]

26. Siseriiklik kohus märkis seoses küsimusega kaubamärki kujutavate rinnamärkide kandmise kohta mittetulundusühingu liikmete poolt annetuste kogumisel ja jagamisel, et tema hinnangul on see tegelik kasutamine direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses. Nimetatud kohtu arvates osutatakse annetuste kogumise ja jagamisega teenust, mille puhul on palju üksteisega konkureerivaid „teenusepakkujaid".

27. Arusaam, et mittetulundusühingud võivad konkureerida üldsuselt annetuste saamisel ning nende poolt annetuste kogumine ja jagamine tähendab seega äri- või kaubandustegevust nende mõistete laiemas tähenduses, näib mulle põhimõtteliselt õige. Lisaks pean ma mittetulundusühinguid turuosalisteks, kes omandavad ja pakuvad kaupu ja teenuseid. [13] Kuigi teatavate mittetulundusühingute käsitlemine kaubandusliku või ärilises kontekstis võib mitte väga hästi sobida meie arusaamaga nimetatud ühingutest, leian ma, et nende tegevuskeskkonna kaubandusliku või ärilise iseloomu täielik eitamine oleks ebarealistlik [14] ning kahjustaks potentsiaalselt nende tegevust.

28. Seega on minu hinnangul alusetu Ordeni väide, et annetuste kogumist ja jagamist kui puhtalt mittetulunduslikku tegevust ei saa kaitsta kaubamärgiõigusega. Selles suhtes märgiksin muu hulgas, et Nizza kokkuleppe

11 – Kuigi on võimatu määratleda abstraktselt ammendaval viisil mittetulundusühingute eesmärke, on paljud sellised ühingud asutatud selleks, et pakkuda kaupu ja teenuseid eelnevalt määratletud tunnustega üksikisikutele kas siis tasuta või alandatud hinnaga. (Mittetulundusühingu eesmärk võib olla ka loomakaitse, keskkonnakaitse, kultuuri edendamine, jne. Lisaks ei saa välistada, et sellised ühingud pakuvad teatavatel tingimustel kaupu ja teenuseid täieliku turuhinnaga.) Oma eesmärkide täitmiseks võivad mõned mittetulundusühingud püüda saada annetusi näiteks üldsuselt. Lisaks, juhul kui mittetulundusühing ei paku enam eraisikutele kaupu ja teenuseid tasuta või alandatud hinnaga, ei saa välistada, et nende kaupade ja teenuste senised kasusaajad hangivad neid vähemalt teataval piiratud määral turult ise. Teise võimalusena võib sekkuda riik, selleks et muu hulgas vähemalt osaliselt hankida neid kaupu ja teenuseid eelnimetatud kasusaajate tarvis.

12 – „Küsimus, kas kasutamine on piisav, et säilitada või saavutada nende toodete või teenuste turuosa, sõltub mitmest asjaolust ning vajab igal juhtumil eraldi hindamist, mis on siseriikliku kohtu ülesanne. […] [T]uru omadusi, mis otseselt mõjutavad kaubamärgiomaniku turundusstrateegiat, võib samuti arvesse võtta, hinnates kaubamärgi tegelikku kasutamist." Vt eespool 4. joonealuses märkuses viidatud kohtumäärus La Mer Technology, punktid 22 ja 23.

13 – Vt eespool 11. joonealune märkus.

14 – Tuleb ainult meenutada sõna „annetusväsimus" mõistmaks, et ilmselt konkureerib suur hulk mittetulundusühinguid üldsuselt saadava annetuste piiratud summa pärast.

klassis 36 [15] on eraldi nimetatud „heategevuskorjandused". [16] Lisaks leian ma vastupidi Ordeni esitatud seisukohale, et direktiivi 89/104 artiklis 5, milles loetletakse kaubamärgiga antavad õigused, kasutatud väljend „kasutamast kaubandustegevuse käigus" ei nõua kaupade tarnimist või teenuste osutamist kasumi saamise eesmärgil ega isegi tasu eest. Niisiis küsimus, kas kaubamärgi omanik kasutab seda märki isikliku rikastumise eesmärgil, ei ole asjakohane selle hindamisel, kas kaubamärki vastavalt direktiivi 89/104 artikli 12 lõikele 1 kasutatakse tegelikult.

29. Seda arvestades leian ma, et kaubamärgi kasutamine mittetulundusühingu poolt üldsuselt rahaliste vahendite kogumisel ja nende vahendite jagamisel, [17] kui kaubamärk on registreeritud selliste teenuste jaoks, aitab annetajatel või võimalikel annetajatel eristada kõnealust ühingut ning rahaliste vahendite kasutamise eesmärki ning seega on tegemist kaubamärgi tegeliku kasutamisega direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses.

30. Arvestades samas Euroopa Kohtu lahendit kohtuasjas Ansul, leian ma, et kaubamärgi kasutamine mittetulundusühingu poolt puhtalt selliste eraviisiliste tseremooniate või ürituste, kus osalevad selle ühingu olemasolevad liikmed, väljakuulutamiseks või reklaamimiseks või nende ürituste ajal kujutab endast asjaomase kaubamärgi ühingusisest kasutamist ning seega ei kujuta endast kaubamärgi tegelikku kasutamist direktiivi 89/104 artikli 12 lõike 1 tähenduses. Seega on kaubamärki kujutavate rinnamärkide andmine mittetulundusühingu olemasolevatele liikmetele üldsusele suletud kokkutulekutel minu hinnangul kaubamärgi ühingusisene kasutamine. [18] Lisaks leian ma, et kaubamärgi kasutamine dokumentidel, millega pöördutakse mittetulundusühingu olemasolevate liikmete poole, on põhimõtteliselt kaubamärgi ühingusisene kasutamine, mis ei kujuta endast selle kaubamärgi tegelikku kasutamist. [19] Sellises olukorras kasutatakse registreeritud kaubamärki puhtalt eraviisiliselt, mitte kaubandustegevuse käigus.

15 – Tuleb arvestada, et viide sellele klassile on puhtalt näitlukustamise eesmärgil, kuna BKFR'i kõnealused kaubamärgid ei olnud registreeritud selles klassis. Vt eespool punkt 6.

16 – Tuleb arvestada, et kuigi Euroopa Ühendus ei ole Nizza kokkuleppe osapool, kohaldatakse komisjoni 13. detsembri 1995. aasta määruse (EÜ) nr 2868/95, millega rakendatakse nõukogu määrus (EÜ) 40/94 ühenduse kaubamärgi kohta (EÜT 1995, L 303, lk 1; ELT eriväljaanne 17/01, lk 189), kohaselt kaupade ja teenuste Nizza klassifikatsiooni muu hulgas ühenduse kaubamärgi taotlemisel. Lisaks, vastavalt Euroopa Majanduspiirkonna lepingu artiklile 5 – Protokoll 28 intellektuaalomandi kohta (EÜT 1994, L 1, lk 194), kohustusid lepingupooled liituma enne 1. jaanuari 1995 Nizza kokkuleppega. Sellega seoses on kõik Euroopa Ühenduse liikmesriigid peale Malta ja Küprose Nizza kokkuleppe pooled. Teisalt on Malta ja Küpros loetletud Ülemaailmse Intellektuaalse Omandi Organisatsiooni kodulehel Nizza klassifikatsiooni kasutavate riikide hulgas. Seega on Nizza klassifikatsioon sisuliselt kasutusel kõikides liikmesriikides ning tal on järelikult direktiivi 89/104 sätete tõlgendamisel suur väärtus.

17 – Olgu siis tegemist kaubamärgi kasutamisega annetajatele antavatel rinnamärkidel, annetuste kogumise ürituste reklaamimaterjalidel, dokumentidel, millega näiteks küsitakse üldsuselt annetusi, või kaubamärgi kasutamisega ühingu liikmete poolt kantavatel rinnamärkidel avalikel annetuste kogumise ja jagamise üritustel jne.

18 – Minu hinnangul võib see, kui kaubamärki kujutavaid rinnamärke või teenetemärke antakse mittetulundusühingu liikmetele üritustel, mis on üldsusele avatud, kujutada endast kaubamärgi tegelikku kasutamist, kui selle eesmärk on näiteks reklaamida kõnealuse mittetulundusühingu tegevust ja saada üldsuselt annetusi.

19 – Sellises olukorras ei kasutata registreeritud märki kaubamärgina, sest üldsus ei võta sellest osa.

VII. Ettepanek

31. Kõikidest eeltoodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku otsustada järgmiselt:

Nõukogu 21. detsembri 1988. aasta esimese direktiivi 89/104/EMÜ kaubamärke käsitlevate liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta artikli 12 lõiget 1 tuleb tõlgendada nii, et kaubamärki on tegelikult kasutatud, kui mittetulundusühing kasutab seda kaubamärki üldsuselt annetuste kogumise ja jagamise raames muu hulgas annetuste kogumise avalike ürituste kuulutustel, üldsuse hulka kuuluvatele isikutele suunatud dokumentidel ja reklaammaterjalidel, millega kutsutakse üldsust üles annetama, kui kaubamärk on registreeritud selliste teenuste jaoks. Seega peab Oberster Patent- und Markensenat hindama põhikohtuasja faktilisi asjaolusid nende juhiste põhjal.