

## TRADUCTION/TRANSLATION

PROCÉDURE EN VERTU DE L'ARTICLE 45  
MARQUE DE COMMERCE : HERBAL HARMONY  
N° D'ENREGISTREMENT : 435,732

Le 8 mars 2000, à la demande de Keeper, Mason Ball, le registraire a donné un avis suivant l'article 45 à Reliv' International, Inc., le propriétaire inscrit de l'enregistrement de la marque de commerce susmentionné.

La marque de commerce HERBAL HARMONY est enregistrée en ce qui concerne son emploi en liaison avec les marchandises suivantes : « tonique à base de plante ».

Conformément à l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, le propriétaire inscrit de la marque de commerce est tenu d'établir que la marque de commerce est employée au Canada en liaison avec chacune des marchandises ou chacun des services que spécifie l'enregistrement, en tout temps, au cours de la période de trois ans qui précède immédiatement la date de l'avis, ou, dans la négative, la date où elle a été ainsi employée en dernier lieu et la raison de son défaut d'emploi depuis cette date.

En réponse à l'avis, la déclaration solennelle de M. Stephen M. Merrick, accompagnée de pièces, a été produite. Chaque partie a produit un mémoire écrit. Seul le titulaire de l'enregistrement était représenté à l'audition orale.

Dans sa déclaration, M. Merrick indique qu'il est Vice-président principal de la société titulaire de l'enregistrement. Il indique que la marque de commerce a été employée au Canada uniquement par Reliv' Canada Ltd. (ci-après Reliv' Canada) à l'égard d'un produit fabriqué et étiqueté par le titulaire de l'enregistrement et expédié au Canada. Il ajoute que l'emploi de la marque de commerce par Reliv' Canada se fait avec l'autorisation et sous le contrôle du titulaire de l'enregistrement, propriétaire et fabricant du produit. Comme pièce A, il a joint une étiquette courante sur laquelle figure la marque de commerce. Comme pièce B, il a produit un tableau dans lequel sont exposés les chiffres relatifs aux ventes pour 1998 et 1999, au Canada, pour les marchandises portant la marque de commerce HERBAL HARMONY et, comme pièce C, il a produit des exemples de factures indiquant des ventes par Reliv' Canada, faisant affaires sous le nom de Reliv' Canada Co., à divers distributeurs indépendants. Comme pièce D, il a joint deux tableaux sur lesquels figurent les ventes mensuelles de Reliv' Canada pour les années 1998 et 1999.

Les principaux arguments soulevés par la partie requérante sont les suivants :

- dans sa déclaration, M. Merrick fait défaut de mentionner la pratique normale du commerce pour les marchandises et, par conséquent, rien ne permet au registraire de conclure que les ventes des marchandises mentionnées dans la déclaration ont été faites dans la pratique normale du commerce;
- la marque de commerce dont l'emploi est établi est RELIV HERBAL HARMONY et non HERBAL HARMONY,
- subsidiairement, la déclaration relative aux marchandises devrait être restreinte de manière à refléter les marchandises réellement vendues par le titulaire de l'enregistrement, à savoir une boisson à base de fibre aromatisée aux fruits.

Ayant examiné les éléments de preuve, je suis convaincue que ceux-ci établissent l'emploi de la marque de commerce HERBAL HARMONY en liaison avec les marchandises que spécifie l'enregistrement conformément à la manière exigée par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les marques de commerce*.

En ce qui concerne la marque de commerce dont l'emploi est établi, je suis entièrement d'accord avec le titulaire de l'enregistrement que l'étiquette jointe comme pièce A illustre clairement la marque de commerce HERBAL HARMONY « en soi ». La taille et la forme de la police de caractères et la couleur du mot RELIV' et du dessin de vagues y figurant sont différentes de celles des mots HERBAL HARMONY. L'expression « HERBAL HARMONY » se démarque nettement des autres éléments et serait perçue comme une marque de commerce distincte (voir *Nightingale Interloc Ltd. v. Prodesign Ltd.*, 2 C.P.R. (3d) 535 Principe 1).

En ce qui concerne la pratique normale du commerce du titulaire de l'enregistrement pour les marchandises, il ressort clairement de la preuve que le titulaire de l'enregistrement fabrique et étiquette les marchandises pour Reliv' Canada, et que Reliv' Canada emploie la marque de commerce avec l'autorisation et sous le contrôle du titulaire de l'enregistrement et vend les marchandises à divers distributeurs indépendants. Étant donné que les factures montrent des ventes par Reliv' Canada à divers distributeurs, j'arrive à la conclusion qu'elles établissent les ventes conclues par le titulaire de l'enregistrement dans la pratique normale du commerce, comme le décrit l'affidavit de M. Merrick. De plus, comme le titulaire de l'enregistrement est le

fabricant du produit, il est évident qu'il a le contrôle sur la nature et la qualité des marchandises vendues par Reliv Canada et portant la marque de commerce. Par conséquent, je suis convaincue que l'emploi établi constitue un emploi dans la pratique normale du commerce et un emploi qui revient au titulaire de l'enregistrement conformément à l'article 50 de la Loi.

Je conclus également que l'emploi établi de la marque de commerce est en liaison avec les marchandises que spécifie l'enregistrement. À cet égard, je suis d'avis que la description du produit et l'énumération des éléments sur l'étiquette permettent de conclure que le produit du titulaire de l'enregistrement est un « tonique à base de plantes ». La partie requérante a fait valoir que les marchandises que spécifie l'enregistrement relèvent d'une catégorie trop large et, par conséquent, l'expression « « tonique à base de plantes » devrait être limitée au tonique à base de plantes précis pour lequel l'emploi a été établi, à savoir une boisson à base de fibre aromatisée aux fruits. Toutefois, comme il a été indiqué dans *Scott Paper Co. v. Lander Co. Canada Ltd.*, 67 C.P.R. (3d) 274, décision relative à l'article 45 non publiée en date du 12 juin 1997, en ce qui concerne l'enregistrement n° 377,051 de la marque de commerce SCOTT & Dessin et dans *Swabey Ogilvy Renault v. Targa Electronics Systems, Inc.*, 11 C.P.R. (4<sup>th</sup>) 413, le registraire n'est pas autorisé à modifier l'enregistrement en vertu de l'article 45 lorsque l'emploi en liaison avec les marchandises que spécifie l'enregistrement a été établi. Même si les marchandises que spécifie l'enregistrement, à savoir un « tonique à base de plantes », relèvent d'une catégorie trop large, cette question n'en est pas une qui peut être examinée dans le cadre d'une procédure en vertu de l'article 45.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'enregistrement de la marque de commerce doit être maintenu.

L'enregistrement n° 435,732 sera maintenu conformément aux dispositions du paragraphe 45(5) de la Loi.

FAIT À GATINEAU, QUÉBEC, CE 31<sup>e</sup> JOUR DE JANVIER 2003.

D. Savard  
Agente d'audience principale  
Article 45