

TRADUCTION/TRANSLATION

Procédure fondée sur l'article 45 concernant la marque de commerce HAPPY HAND enregistrée sous le n° TMA411,197

Le 21 avril 2004, à la demande de 88766 Canada Inc., le registraire a donné un avis suivant l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985 ch. T-13 (la « Loi ») à Mervin H. Shmyr concernant la marque de commerce HAPPY HAND (la « Marque ») enregistrée sous le no TMA411,197 en liaison avec du [TRADUCTION] « détergent pour les mains et de la crème dermoprotectrice ».

Selon l'article 45, le propriétaire inscrit de la marque doit indiquer, à l'égard de chacune des marchandises ou de chacun des services que spécifie l'enregistrement, si la marque a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis et, 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. La période pertinente en l'espèce se situe entre le 21 avril 2001 et le 21 avril 2004. L'article 4 de la Loi précise en quoi consiste l'emploi d'une marque de commerce.

La preuve produite en réponse à cet avis est composée des affidavits de Gregory Allen Raber et de Wayne Johnson, tous deux datés du 6 juillet 2004, et de l'affidavit du déposant, en date du 15 octobre 2004. Seul le déposant a produit une argumentation écrite. Aucune audience n'a été tenue.

Il a été établi dans *Plough (Canada) Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.* (1980), 53 C.P.R. (2d) 62 (C.A.F.) que les assertions d'emploi comme questions de droit sont insuffisantes pour démontrer un emploi. Toutefois, il a également été établi qu'une preuve surabondante n'était pas nécessaire lorsque l'emploi pouvait être démontré d'une manière simple et directe [voir *Union Electric Supply Co. c. Registraire des marques de commerce* (1982), 63 C.P.R. (2d) 56 (C.F.1^{re} inst.)]. En outre, il est possible de faire une distinction entre de simples assertions portant sur l'emploi, qui

sont des « questions de droit », et des assertions de fait démontrant l'emploi [voir *Central Transport, Inc. c. Mantha & Associés/Associates* (1995), 64 C.P.R. (3d) 354 (C.A.F.)].

J'examinerai en premier lieu l'affidavit de M. Shmyr. J'aimerais signaler que ses assertions ne sont pas nécessairement présentées de façon méthodique et qu'elles ne sont pas non plus toutes pertinentes, en tant qu'éléments de preuve, pour la présente espèce. Par conséquent, après avoir analysé son affidavit, je résumerai les éléments de preuve que j'estime pertinents pour la présente procédure.

M. Smyr est un homme d'affaires d'Edmonton (Alberta). Il est l'unique administrateur et actionnaire de Market Expediting Incorporated, et il est le seul propriétaire des entreprises exploitées sous les noms commerciaux suivants : Market Expediting, Hand Cleaner Express et Happy Hand Cleaner. Pour le moment, je constate que l'affidavit suffit amplement pour établir que M. Shmyr a toujours été le propriétaire de la Marque et qu'il a toujours contrôlé la fabrication des marchandises visées par l'enregistrement.

Au cours de la période pertinente, la Marque a été continuellement employée en liaison avec les marchandises visées par l'enregistrement du fait qu'elle figure sur les étiquettes apposées sur les contenants des marchandises. M. Shmyr fabrique ses marchandises au Canada avec l'aide de personnes qui l'assistent également pour l'emballage, l'étiquetage et l'entreposage. Les marchandises destinées à un usage industriel et commercial ont été vendues au Canada, soit directement par M. Shmyr soit par l'entremise de distributeurs, à des clients commerciaux et industriels ainsi qu'à des magasins de vente au détail ou de fourniture. Les marchandises ont aussi été exportées vers d'autres pays, y compris les États-Unis.

Les détergents associés à la Marque sont offerts sous forme de pâte, de gel ou de poudre et dans des formats variés (1,36 kg, 1,81 kg, 4,1 kg, 9,54 kg, 16,36 kg, 2,05 kg, 28 g et 14 g). Le format de 1,36 kg a cessé d'être produit en 2002-2003, et celui de 1,8 kg a été lancé en 2002. La crème dermoprotectrice associée à la Marque est offerte sous forme de liquide visqueux et crémeux (500 ml). Le détergent HAPPY HAND MP-4 est un gel visqueux qui sert aussi de crème dermoprotectrice. Des photographies des différents contenants des marchandises visées par

l'enregistrement sont annexées comme pièces à l'affidavit, de même que des échantillons représentatifs d'étiquettes. Je constate que sur toutes les étiquettes, la Marque est suivie du symbole ® et d'un avis faisant état du droit de propriété de M. Shmyr. Certaines étiquettes indiquent le nom de Market Expediting Incorporated de l'Alberta. D'autres mentionnent le nom commercial Hand Cleaner Express et l'adresse postale de M. Shmyr aux États-Unis.

Des copies de bons de commande et de facture émis au cours de la période pertinente sont annexées comme pièces à l'affidavit. À des fins de confidentialité, on a rayé les noms des clients et une partie de leur adresse respective, de même que les sommes qui figuraient sur ces factures. On peut néanmoins voir que les factures établies par Market Expediting Incorporated se rapportent clairement à des ventes de marchandises liées à la Marque effectuées au Canada et à certaines ventes faites aux États-Unis.

Les affidavits de M. Raber et de M. Johnson semblent avoir été produits comme éléments de preuve corroborants. Il suffit de dire que M. Raber déclare s'occuper de la distribution au Canada et dans d'autres pays du détergent pour les mains lié à la Marque et cela, depuis plus de deux ans. M. Raber, qui est aussi gestionnaire du site Web, fournit des photographies numériques de contenants, et sur chacun d'eux est apposée une étiquette où figure la Marque. À l'instar de M. Johnson, il déclare avoir aidé M. Shmyr pour la fabrication, l'emballage et l'étiquetage des marchandises liées à la Marque au cours de la période pertinente. En plus de fournir des renseignements sur les différents détergents associés à la Marque, il produit en preuve quatre étiquettes représentatives de celles qu'il a apposées sur l'emballage des marchandises au cours de la période pertinente.

Ayant considéré la preuve, je suis satisfaite qu'elle démontre que la Marque était employée au Canada par le propriétaire inscrit au cours de la période pertinente et de façon conforme aux exigences du paragraphe 4(1) de la Loi. La preuve démontre clairement la façon dont la Marque était liée aux marchandises visées par l'enregistrement lors de leur transfert dans la pratique normale du commerce et les factures confirment qu'il y a eu vente des marchandises durant la période pertinente.

Compte tenu de la preuve produite, je conclus au maintien de l'enregistrement n° 411,197 conformément aux dispositions du paragraphe 45(5) de la Loi.

FAIT À BOUCHERVILLE (QUÉBEC), LE 21 JUIN 2006.

Céline Tremblay
Membre
Commission des oppositions des marques de commerce