



LE REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE
THE REGISTRAR OF TRADE-MARKS

Référence : 2016 COMC 12
Date de la décision : 2016-01-21
[TRADUCTION CERTIFIÉE,
NON RÉVISÉE]

DANS L'AFFAIRE DE L'OPPOSITION

PepsiCo, Inc.

Opposante

et

Coca-Cola Inc./Coca-Cola Ltée

Requérante

1,421,790 pour la marque de commerce
ZERO

Demande

Aperçu

[1] PepsiCo, Inc s'oppose à l'enregistrement de la marque de commerce ZERO (la Marque) qui fait l'objet de la demande n° 1,421,790 au nom de Coca-Cola Inc./Coca-Cola Ltée.

[2] Produite le 15 décembre 2008, la demande est basée sur l'emploi de la Marque au Canada depuis au moins aussi tôt que le 26 septembre 2005 en liaison avec les produits et les services suivants [TRADUCTION] :

Produits :

Boissons non alcoolisées, nommément boissons gazeuses; sirops et concentrés utilisés pour la préparation de boissons gazeuses.

Services :

Services de publicité, de promotion et de marketing, nommément programmes publicitaires pour magasins de détail, programmes de distribution d'échantillons de produits en magasin et à l'occasion d'évènements spéciaux, programmes de distribution d'échantillons de produits et programmes de bons de réduction tous liés à la distribution et à la vente de boissons gazeuses, de sirops et de concentrés utilisés dans la préparation des boissons gazeuses.

[3] L'Opposante allègue que : i) la demande n'est pas conforme aux exigences de l'article 30 de la *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, ch T-13 (la Loi); ii) la Marque n'est pas enregistrable en vertu de l'article 12(1)b) de la Loi; et iii) la Marque n'est pas distinctive en vertu de l'article 2 de la Loi.

[4] Pour les raisons exposées ci-dessous, je repousse cette demande.

Le dossier

[5] L'Opposante a produit une déclaration d'opposition le 14 mars 2011, laquelle a été modifiée avec l'autorisation du registraire le 3 août 2011 et le 3 février 2012. Le 3 octobre 2011, la Requérante a produit et signifié sa contre-déclaration, qui a été modifiée avec l'autorisation du registraire le 16 mai 2012, dans laquelle elle conteste l'ensemble des motifs d'opposition.

[6] À l'appui de son opposition, l'Opposante a produit la preuve suivante : un premier et un deuxième affidavit de Ronald Robb Arnold Hadley, directeur du marketing, Enjoyment and Transformation, The Pepsi Bottling Group (Canada); l'affidavit de Darren Hall, stagiaire en droit à l'emploi de l'agent de marques de commerce de l'Opposante; et l'affidavit de Michael Stephan, enquêteur principal chez Canpro King-Reed LLP. M. Hadley et M. Stephan ont tous deux été contre-interrogés; la transcription de leur contre-interrogatoire ainsi que les réponses aux engagements ont été versées au dossier.

[7] À l'appui de sa demande, la Requérante a produit la preuve suivante : l'affidavit de Mary P. Noonan, une chercheuse à l'emploi de l'agent de marques de commerce de la Requérante; l'affidavit de Michael Samoszewski, directeur, marques de commerce Coca-Cola, pour la Requérante; et l'affidavit de Tania Villegas, directrice, Science du marketing intégré pour la Requérante. M. Samoszewski et Mme Villegas ont tous deux été contre-interrogés; la

transcription de leur contre-interrogatoire ainsi que les réponses de M. Samoszewski aux engagements ont été versées au dossier.

[8] Les parties ont toutes deux produit un plaidoyer écrit et étaient présentes à l'audience.

Fardeau de preuve incombant à chacune des parties

[9] C'est à la Requérante qu'incombe le fardeau ultime de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que sa demande est conforme aux exigences de la Loi. Il incombe toutefois à l'Opposante de présenter une preuve admissible suffisante pour permettre de conclure raisonnablement à l'existence des faits allégués à l'appui de chacun des motifs d'opposition [voir *John Labatt Ltd c Molson Companies Ltd.* (1990), 30 CPR (3d) 293 (CF 1^{re} inst), à la p 298].

[10] Avant d'aborder les motifs d'opposition, je présente un sommaire de la preuve produite par les parties.

La preuve de l'Opposante

Décisions rendues à l'étranger à la suite d'oppositions

[11] Jointes en pièce 1 et 2 de l'affidavit de M. Hall figurent des copies d'une décision et d'une décision d'appel de l'UKIPO (United Kingdom Intellectual Property Office) rendues le 19 décembre 2008 et le 17 août 2009 respectivement. Dans ces décisions, Pepsi Co Inc. (l'Opposante en l'espèce) s'est opposée avec succès à la demande d'enregistrement de la marque de commerce reproduite ci-dessous, produite par The Coca-Cola Company (la société mère de la Requérante en l'espèce) pour des [TRADUCTION] « eaux minérales et gazeuses et boissons non alcoolisées (excluant la bière non alcoolisée); jus de fruits; sirops et autres produits pour la préparation de boissons ».



[12] Les décisions rendues à l'étranger ne lient aucunement le registraire. Néanmoins, elles peuvent être prises en considération pour leur valeur persuasive [voir *Neutrogena Corp c Guaber SRL* (1993), 49 CPR (3d) 282 (COMC); *Origins Natural Resources c Warnaco US* (2000), 9 CPR (4th) 540 (COMC) à la p 548]. Toutefois, le droit étranger est considéré comme étant des faits devant être prouvés [*Waterford Wedgwood PLC c Forma-Kutzscher GmbH*, 2006 CanLII 80364 (COMC)]. En l'espèce, il n'y a aucune preuve du droit des marques de commerce qui s'applique au Royaume-Uni. En l'absence de telles preuves, il est difficile d'accorder un quelconque poids à ces décisions. Quoi qu'il en soit, les décisions de l'UKIPO semblent fondées sur des considérations juridiques différentes de celles qui figurent dans la Loi, sur une preuve différente de celle produite en l'espèce, et accompagnées de longues discussions sur l'élément figuratif de la marque de commerce. Compte tenu de ces circonstances, je n'estime pas que ces décisions étrangères sont persuasives dans le contexte des présentes procédures.

Règlement sur les aliments et drogues

[13] Dans son affidavit, M. Hadley explique que le *Règlement sur les aliments et drogues* régit l'utilisation de certains termes sur l'étiquette et l'emballage de produits alimentaires et de boissons au Canada. Jointes en pièce 3 de l'affidavit de M. Hadley figurent des extraits du *Règlement sur les aliments et drogues*, CRC, c 870 portant sur les conditions dans lesquelles des mentions ou allégations particulières peuvent être faites concernant la valeur énergétique ou les éléments nutritifs de certains produits alimentaires et de certaines boissons au Canada.

Notamment :

- des mentions comme « 0 energy » (0 énergie), « zero energy » (zéro énergie), « 0 Calories » et « zero Calories » peuvent être faites pour des aliments qui contiennent moins de 5 Calories par quantité de référence et portion déterminée;
- des mentions comme « 0 fat » (0 gras), « zero fat » (zéro gras) peuvent être faites pour des aliments qui contiennent moins de 0,5 g de gras par quantité de référence et portion déterminée;
- des mentions comme « 0 trans fatty acids » (0 acide gras trans), « zero trans fatty acids » (zéro acide gras trans), « 0 trans fat » (0 gras trans), « zero trans fat » (zéro gras trans), « 0 trans » (0 trans) et « zero trans » (zéro trans) peuvent être faite pour

des aliments qui contiennent moins de 0,2 g de gras trans par quantité de référence et portion déterminée;

- des mentions comme « 0 sugar » (0 sucre), « zero sugar » (zéro sucre) peuvent être faites pour des aliments qui contiennent moins de 0,5 g de sucre par quantité de référence et portion déterminée.

Utilisation de « zero » ou « 0 » sur les produits alimentaires et les boissons

[14] Selon M. Hadley, les entreprises utilisent principalement « zero » ou « 0 » sur les boissons pour décrire des produits sans calorie ou sans sucre; sur les produits laitiers pour décrire des produits sans gras; et sur les collations pour décrire des produits sans gras trans. Ainsi, M. Hadley affirme que les consommateurs sont familiers avec l'utilisation et la signification du terme « zero » et du chiffre « 0 » sur des produits alimentaires et des boissons.

[15] La preuve concernant la manière dont ces termes sont apposés sur les produits alimentaires et les boissons vendus par l'Opposante et d'autres entreprises dans l'industrie alimentaire figure dans les affidavits de M. Hadley et de M. Stephan. Cette preuve est résumée ci-dessous.


I. TROPICANA TWISTER ZERO par l'Opposante et ses filiales

[16] Selon M. Hadley, l'Opposante, par l'entremise de ses filiales, a fabriqué, mis en marché et vendu au Canada une boisson à base de fruits qui ne contient pas de sucre, appelée TROPICANA TWISTER ZERO. Le produit TROPICANA TWISTER ZERO a d'abord été vendu en mai 2005, fabriqué pour la dernière fois à l'automne 2006, et vendu au détail jusqu'en octobre 2008 au Canada [affidavit de M. Hadley, contre-interrogatoire de M. Hadley, réponse à l'engagement Q118]. En 2005 et 2006, le total des ventes de TROPICANA TWISTER ZERO aux détaillants et fournisseurs de services alimentaires dépassait 950 000 \$ au Canada. Des exemples d'étiquettes sur lesquelles on voit TROPICANA TWISTER ZERO et la mention « 0g of sugar per 250ml » (0 g de sucre par portion de 250 ml), des copies d'annonces imprimées indiquant des renseignements semblables et montrant des boissons arborant des étiquettes similaires, ainsi que des exemples de factures de 2005 à 2006, sont joints en pièce 4 à 7 de l'affidavit de M. Hadley. Même si les ventes de TROPICANA TWISTER ZERO se sont

poursuivies jusqu'en 2008, aucun chiffre de vente n'a été fourni pour les années subséquentes à 2006.

II. DIET 7UP par l'Opposante et ses filiales

[17] Selon M. Hadley, l'Opposante, par l'entremise de ses filiales, fabrique, met en marché et vend des boissons gazeuses DIET 7UP au Canada. Le terme « zero » a d'abord été employé sur des étiquettes et des emballages de produits DIET 7UP en avril 2007, dans l'expression « ZERO CALORIE » et « ZÉRO CALORIE », pour indiquer que les boissons ne contenaient aucune calorie; les termes ont été ultérieurement remplacés par les logos « 0 » pour indiquer que le produit est sans calorie et sans sucre.

	Sur l'étiquette ou l'emballage		Exemples d'étiquettes dans l'affidavit de M. Hadley	Chiffres de vente
	« ZERO CALORIE » « ZÉRO CALORIE »			
DIET 7UP	Premier emploi : Avril 2007	Mis à jour en : Avril 2010	Pièce 9 :	Plus de 150 millions de dollars entre 2007 et 2011




[18] M. Hadley affirme que les logos « 0 » ont été modifiés en août 2011, après les dates pertinentes en l'espèce, suivant une initiative volontaire de l'industrie visant l'utilisation d'une étiquette calorique uniforme sur les boissons.

[19] En pièce D à J du deuxième affidavit de M. Hadley, on trouve des exemples de factures démontrant des ventes de produits DIET 7UP au Canada arborant le terme « zero » ou « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage. M. Hadley fournit aussi le total des ventes cumulées pour les produits DIET 7UP arborant ces termes ou logos au Canada entre 2007 et 2011, comme il est indiqué dans le tableau ci-dessus.

III. DIET PEPSI et PEPSI MAX par l'Opposante et ses filiales

[20] Selon M. Hadley, l'Opposante, par l'entremise de ses filiales, fabrique, met en marché et vend plusieurs boissons gazeuses DIET PEPSI au Canada, les premières étiquettes arborant les

termes « ZERO CALORIE » et « ZÉRO CALORIE » pour décrire les boissons sans calorie, et les plus récentes versions d'étiquettes montrant des variantes des logos « 0 » pour indiquer que le produit est sans calorie et sans sucre.

	Sur l'étiquette ou l'emballage			Exemples d'étiquettes dans l'affidavit de M. Hadley	Chiffres de vente
	« ZERO CALORIE » « ZÉRO CALORIE »	 			
DIET PEPSI JAZZ	Premier emploi : Juin 2007			Pièce 11 :	Plus de 800 millions de dollars de 2007 à 2011
DIET PEPSI	Premier emploi : Décembre 2007	Mise à jour en : Mai 2009	Mise à jour en mai 2010	Pièce 11 :	
CAFFEINE FREE DIET PEPSI	Premier emploi : Décembre 2007	Mise à jour en : Mai 2009		Pièce 11 :	
DIET PEPSI Lime		Premier emploi : Décembre 2009	Mise à jour en mai 2010	Pièce 11 :	

[21] En pièce F du deuxième affidavit de M. Hadley, on trouve des exemples de factures démontrant des ventes de divers produits DIET PEPSI au Canada arborant le terme « zero » ou « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage. M. Hadley fournit aussi le total des ventes cumulées pour les produits DIET PEPSI arborant ces termes ou logos au Canada entre 2007 et 2011, comme il est indiqué dans le tableau ci-dessus.

[22] De la même façon, M. Hadley affirme que l'Opposante, par l'entremise de ses filiales, fabrique, met en marché et vend depuis mars 2008 plusieurs boissons gazeuses DIET PEPSI MAX au Canada, arborant les termes « ZERO CALORIE » et « ZÉRO CALORIE » sur l'étiquette ou l'emballage pour indiquer qu'il s'agit de boissons sans calorie. Le produit est devenu PEPSI MAX en mai 2009, et les logos « 0 » ont été utilisés pour indiquer que le produit ne contient pas de calories ni de sucre; les étiquettes et l'emballage ont été de nouveau mis à jour en janvier 2011 pour arborer les mentions « 0 CALORIES », « 0 CALORIE », « ZERO CALORIES » et « ZÉRO CALORIE ».

	Sur l'étiquette ou l'emballage			Exemples d'étiquettes dans l'affidavit de M. Hadley	Chiffres de vente
	« ZERO CALORIE » « ZÉRO CALORIE »		« 0 CALORIES » « 0 CALORIE » « ZERO CALORIES » « ZÉRO CALORIE »		
DIET PEPSI MAX et PEPSI MAX	Premier emploi : Mars 2008	Mise à jour en : Mai 2009	Mise à jour en janvier 2011	Pièce 17 :	Plus de 40 millions de dollars entre 2008 et 2011

[23] En pièce F du deuxième affidavit de M. Hadley, on trouve des exemples de factures démontrant des ventes de divers produits DIET PEPSI MAX et PEPSI MAX au Canada arborant le terme « zero » ou « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage. M. Hadley fournit aussi le total des ventes cumulées pour les produits DIET PEPSI MAX et PEPSI MAX arborant ces termes ou logos au Canada entre 2008 et 2011, comme il est indiqué dans le tableau ci-dessus.

[24] En ce qui concerne la publicité, M. Hadley affirme que l'Opposante, par l'entremise de ses filiales, fait l'annonce et la promotion de ses produits DIET PEPSI et CAFFEINE FREE DIET PEPSI arborant ces termes et logos depuis 2007, afin d'informer les consommateurs que ces boissons sont sans calorie ou sans calorie et sans sucre au Canada [voir les pièces 13 à 16 de l'affidavit de M. Hadley pour voir des exemples de publicités sur des machines distributrices en 2009 et dans les points de vente de 2008 à 2011].

[25] En ce qui a trait aux produits DIET PEPSI MAX et PEPSI MAX, les pièces 19 à 26 de l'affidavit de M. Hadley présentent des exemples de supports publicitaires représentatifs arborant ces termes ou logos : sur des machines distributrices en 2011; dans les points de vente de 2008 à 2011; pour la diffusion à la radio et à la télévision de 2009 à 2011; dans les événements sportifs en 2010 et 2011; dans les taxis en 2011; et sous forme de bannières sur les sites Web de tiers à partir de 2010. On dit que ces supports publicitaires sont conçus pour informer les consommateurs du fait que les produits sont sans calorie, mais conservent un « maximum de goût ».

[26] En plus des supports publicitaires susmentionnés, je note que des imprimés tirés du site Web des filiales de l'Opposante, à l'adresse *www.pepsi.ca*, et de leurs pages *Facebook* et *Twitter* sont joints en pièces 15, 16, 24 et 25 de l'affidavit de M. Hadley. Cependant, les imprimés semblent avoir été obtenus en 2012, soit après les dates pertinentes en l'espèce.

IV. LIPTON Diet et 0 CAL BRISK par l'Opposante et le partenariat de ses filiales avec Unilever

[27] Selon M. Hadley, l'Opposante a créé un partenariat avec Conopco, Inc (exploitée sous le nom d'Unilever) pour fabriquer, mettre en marcher et vendre des boissons LIPTON Diet et 0 CAL BRISK au Canada, en vertu d'une licence d'Unilever Canada Inc. M. Hadley affirme que le terme « zero » a été employé sur les étiquettes et l'emballage pour indiquer que les produits sont sans calorie.

[28] En pièces G et K du deuxième affidavit de M. Hadley, on trouve des exemples de factures démontrant des ventes de divers produits LIPTON Diet et 0 CAL BRISK au Canada arborant le terme « zero » ou « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage. M. Hadley fournit le total des ventes cumulées pour les produits LIPTON Diet et 0 CAL BRISK arborant ces termes ou logos au Canada entre 2007 et 2011, mais aucune ventilation par produit ou par année.

	Sur l'étiquette ou l'emballage		Exemples d'étiquettes dans l'affidavit de M. Hadley	Chiffres de vente
	« ZERO CALORIE » « ZÉRO CALORIE »	0 CAL		
LIPTON Diet White Tea	Premier emploi : Avril 2007 Produit vendu jusqu'en 2009		Pièce 27 :	Plus de 30 millions de dollars entre 2007 et 2011
LIPTON Diet Iced Tea	Premier emploi : Juin 2007		Pièce 27 :	
LIPTON Diet Green Tea	Premier emploi : Juin 2007		Pièce 27 :	
0 CAL BRISK		Premier emploi : Mars 2011	Pièce 27 :	

[29] Je note que les chiffres d'affaires globaux comprennent la vente de boissons 0 CAL BRISK arborant le terme « 0 CAL » sur l'étiquette et l'emballage, qui a seulement débuté en mars 2011, après la date pertinente en l'espèce. Je note aussi que le thé blanc LIPTON Diet, arborant les termes « ZERO CALORIE » et « ZÉRO CALORIE » a seulement été vendu jusqu'en 2009.

[30] Quant à la publicité, M. Hadley affirme que le partenariat faisait la publicité et la promotion de ses produits LIPTON Diet et 0 CAL BRISK arborant ces termes depuis 2007 [voir la pièce 29 de l'affidavit de M. Hadley pour voir un exemple d'annonces placées dans les points de vente de 2007 à 2011, des exemples de coupons datant de 2010, et des publicités affichées dans les transports en commun datant de 2010]. M. Hadley affirme également que le partenariat a fait la promotion de ses boissons LIPTON Diet arborant ces termes dans des publicités imprimées, parues dans des publications distribuées à des patients diabétiques et à des professionnels [voir la pièce 30 de l'affidavit de M. Hadley pour voir des exemples de publicités imprimées de 2007 à 2011].


V. *Boissons de tiers*

[31] En plus de la preuve relative aux boissons de l'Opposante et à celles associées à son partenariat avec Unilever, l'Opposante a également produit, par voie des affidavits de M. Hadley et de M. Stephan, une preuve relative aux boissons de tiers dont les étiquettes et l'emballage arborent le terme « zero » et le chiffre « 0 ».

[32] À cet égard, M. Hadley mentionne des boissons de tiers qu'il a achetées en janvier et février 2012, y compris celles de la Requérente, et fournit les résultats de recherches effectuées à l'aide de l'outil A.C. Nielsen sur certains produits de tiers, dont il sera question plus en détail ci-après. M. Stephan fournit les dates de premier emploi de diverses boissons de tiers au Canada, que l'enquêteur a pu obtenir en communiquant avec plusieurs des entreprises en question à la fin du mois de janvier 2012.

[33] La preuve produite par M. Hadley et M. Stephan concernant ces boissons peut se résumer comme suit :

	Sur l'étiquette ou l'emballage	Date de premier emploi de « 0 » ou de « ZERO » sur l'étiquette ou l'emballage		Exemples d'étiquettes ou d'emballages
		Données A.C. Nielsen	Résultats de l'enquêteur	
MONSTER ENERGY ABSOLUTELY ZERO	« MONSTER ENERGY ABSOLUTELY ZERO » « ZERO CALORIES »	Mars 2011 (avec des ventes de 3,4 millions de dollars au cours des 52 dernières semaines*)		Pièce 38 de l'affidavit de M. Hadley
Thé glacé NESTEA ZERO	« NESTEA ZERO » « 0 calories » « 0 calorie »	Janvier 2006 (avec des ventes de 12 millions de dollars au cours des 52 dernières semaines*)		Pièce 34 de l'affidavit de M. Hadley
Thé vert NESTEA ZERO	« NESTEA ZERO green Tea » « 0 CALORIES PER CAN »			Pièce 35 de l'affidavit de M. Hadley
Cola PRESIDENT'S CHOICE	« 0 CALORIES COLA »	Janvier 2006		Pièce 39 de l'affidavit de M. Hadley
Eau vitaminée LIFE	« ZERO CALORIE » « ZÉRO CALORIE »	Juin 2011		Pièce 40 de l'affidavit de M. Hadley
STEAZ ICED TEA	« STEAZ zero calories iced teaz » « zero calorie »	Avril 2011		Pièce 41 de l'affidavit de M. Hadley
Eau à saveur naturelle de fruits NESTLÉ PURE LIFE	« 0 CALORIES »	Incapable de confirmer	Ne connaît pas la réponse	Pièce 42 de l'affidavit de M. Hadley
Eau pétillante aromatisée SELECTION	« zero calories »	Incapable de confirmer	Produit introduit en juillet 2009	Pièce 43 de l'affidavit de M. Hadley
Boisson sportive, thé vert à la framboise GOOD4U	« 0 CALORIES »	Incapable de confirmer	Produit arborant le « 0 » sur son étiquette depuis les 15 derniers mois	Pièce 45 de l'affidavit de M. Hadley
WORKX ENERGY Power Shot	« ZERO CALORIES »	Incapable de confirmer	Emballage actuel lancé à la fin de 2010 ou au début de 2011	Pièce 46 de l'affidavit de M. Hadley

Eau enrichie de nutriments IRRESISTIBLES LIFE SMART		Incapable de confirmer	Produit introduit en janvier 2010	Pièce 2 de l'affidavit de M. Stephan
---	---	---------------------------	---	--

* Période de 52 semaines se terminant en décembre 2011.

[34] Selon M. Hadley, les étiquettes et l'emballage des produits NESTEA ZERO indiquent que ceux-ci sont fabriqués par Coca-Cola Refreshments Canada Company, une entreprise affiliée de la Requérante, en vertu d'une licence octroyée par Produits Nestlé S.A. Cette information a été corroborée par M. Samoszewski lors du contre-interrogatoire [contre-interrogatoire de M. Samoszewski, Q94]. Bien que M. Samoszewski ait refusé de fournir la date de lancement de NESTEA ZERO au Canada [contre-interrogatoire de M. Samoszewski, réponse à l'engagement Q96], la Requérante a indiqué à l'audience qu'elle acceptait la date de premier emploi indiquée dans l'affidavit de M. Hadley, obtenue à l'aide de l'outil A.C. Nielsen.

[35] Je note que M. Hadley inclut dans son affidavit de l'information sur un produit appelé ARNOLD PALMER ZERO Half & Half Iced Tea Lemonade (thé glacé limonade moitié moitié), ainsi que sur un produit appelé IRRESISTIBLES LIFE SMART Nutrient Enhanced Water (eau enrichie de nutriments), deux boissons qui auraient été achetées par l'agent de marques de commerce de l'Opposante le 7 décembre 2011. Je n'accorderai pas de poids à la preuve de M. Hadley à cet égard, étant donné que l'Opposante n'a pas expliqué pourquoi cette preuve par ouï-dire est nécessaire et fiable. Néanmoins, en ce qui concerne le produit IRRESISTIBLES LIFE SMART Nutrient Enhanced Water (eau enrichie de nutriments), comme M. Stephan atteste avoir lui aussi acheté le produit le 26 janvier 2012, je discuterai de cette preuve ultérieurement dans ma décision.

VI. COCA-COLA ZERO par la Requérante

[36] Dans son affidavit, M. Hadley fournit aussi des détails concernant l'emploi du terme « zero » par la Requérante sur ses produits et dans ses supports publicitaires pour décrire la notion de « zero calories », ainsi qu'une preuve démontrant que la Requérante est au courant d'un

tel emploi par d'autres dans l'industrie, faisant référence à la preuve précédemment produite dans une procédure d'opposition distincte entre les mêmes parties, mais dans des rôles inversés. Plus particulièrement, M. Hadley joint des extraits de la preuve qui aurait été produite dans cette procédure par l'un des déposants de la Requérante [à titre d'opposante], M. Mark Ferris, à savoir des copies de pièces comme des publicités télévisées et des imprimés de sites Web, ainsi qu'un très petit nombre d'extraits des transcriptions de son contre-interrogatoire, censés démontrer l'emploi par la Requérante elle-même de la Marque et du fait qu'elle est au courant de l'emploi du terme par d'autres dans l'industrie.

[37] À la lumière de mon examen des extraits en question, je ne tiendrai pas compte des copies de pièces produites dans l'affidavit de M. Ferris, ni des extraits des réponses qu'il a données lors de son contre-interrogatoire dans le cadre de cette autre procédure, et ce, pour les raisons suivantes.

[38] Le registraire a déjà accepté des photocopies d'affidavits produites dans le cadre d'autres procédures d'opposition alors que les circonstances justifiaient une telle mesure [voir *Beachcombers Restaurant Ltd c Vita-Park Citrus Products Co* (1976), 26 CPR (2d) 282 (COMC) et *Barbara's Bakery Inc c Sparkles Photo Ltd* 2011 COMC 28]. Dans *Springwall Sleep Products Ltd c Ther-a-Pedic Associates, Inc* (1984), 79 CPR (2d) 227 (COMC), le membre Martin a également souligné des facteurs qui ont été pris en considération dans l'acceptation de telles preuves, y compris a) la question de savoir si les parties aux procédures sont les mêmes; b) la question de savoir si la marque de commerce visée par la demande est la même dans les deux procédures; c) la disponibilité du déposant aux fins d'un contre-interrogatoire; et d) la question de savoir si l'ensemble ou la plupart des questions dans les deux procédures sont les mêmes.

[39] En l'espèce, je ne dispose d'aucune information concernant cette autre procédure : je n'ai pas pu prendre connaissance des détails sur la marque de commerce en question, de la déclaration d'opposition produite, des motifs d'opposition en question, des antécédents du déposant ou de son poste auprès de la Requérante à ce moment-là, de l'affidavit en soi, du contexte entourant les questions posées pendant le contre-interrogatoire, et je ne sais pas si l'information dans cette autre affaire est pertinente. Dans les circonstances, je ne suis pas en mesure de déterminer la fiabilité et la nécessité de cette preuve, dans le contexte de la présente

procédure d'opposition. Quoi qu'il en soit, je note que des pièces semblables ont été produites par la Requérante en l'espèce, par voie de l'affidavit de M. Samoszewski; je discuterai de cette preuve plus loin dans ma décision.

VII. L'Opposante et ses filiales — Collations

[40] Dans son affidavit, M. Hadley affirme que PepsiCo Foods Canada, une filiale de l'Opposante, met en marché, distribue et vend des croustilles LAY'S et RUFFLES, ainsi que des croustilles tortillas aromatisées DORITOS au Canada, en vertu d'une licence délivrée par une autre filiale de l'Opposante, Frito-Lay North America, Inc. PepsiCo Foods Canada assure aussi la mise en marché, la distribution et la vente du mélange à carrés brownie Fondant au chocolat au Canada. Les descriptions « 0 TRANS FAT GRAS TRANS » et « 0 Trans Fat 0 gras trans » sont employées sur l'emballage de ces produits pour indiquer qu'ils ne contiennent aucun gras trans. La preuve produite par M. Hadley concernant ces collations peut se résumer comme suit :

	Sur l'emballage « 0 TRANS FAT GRAS TRANS » ou « 0 Trans Fat 0 gras trans »	Exemples d'emballage s sur fichiers d'image	Chiffres de vente	Exemples de factures	Exemples d'annonces
Croustilles de pommes de terre LAY'S	Depuis au moins aussi tôt que 2004	Pièce 56 :	Plus de 250 millions de dollars par année entre 2004 et 2011	Pièces H et L du deuxième affidavit de M. Hadley	Pièces 57 à 60 de l'affidavit de M. Hadley et pièce P du deuxième affidavit de M. Hadley
Croustilles de pommes de terre RUFFLES	Depuis au moins aussi tôt que 2006	Pièce 61 :	Plus de 100 millions de dollars par année entre 2006 et 2011		
Croustilles tortillas aromatisées DORITOS	Depuis au moins aussi tôt que 2005	Pièce 62 :	Plus de 100 millions de dollars par année entre 2005 et 2011		Pièces Q et R du deuxième affidavit de M. Hadley

Mélange à carrés brownie Fondant au chocolat QUAKER	Depuis au moins aussi tôt que 2005	Pièce 66 :	Plus de 4 millions de dollars entre 2005 et 2011	Pièce I du deuxième affidavit de M. Hadley	
---	------------------------------------	------------	--	--	--

VIII. Collations de tiers

[41] En plus de la preuve relative aux collations fabriquées par la filiale de l'Opposante, l'Opposante a également produit, par voie des affidavits de M. Hadley et de M. Stephan, une preuve relative aux collations de tiers dont les étiquettes et l'emballage arborent la mention « 0 ».

[42] À cet égard, M. Hadley souligne des collations de tiers qu'il a pu acheter en janvier et en février 2012, et produit les résultats des recherches effectuées à l'aide de l'outil A.C. N Nielson sur ces collations. M. Stephan fournit les dates de premier emploi de diverses collations de tiers au Canada, que l'enquêteur a pu obtenir en communiquant avec plusieurs des entreprises en question à la fin du mois de janvier 2012. La preuve produite par M. Hadley et M. Stephan concernant ces collations peut se résumer comme suit :

	Sur l'étiquette ou l'emballage	Date de premier emploi de « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage		Pièce de l'affidavit de M. Hadley
		Données A.C. Nielsen	Résultats de l'enquêteur	
Collations sel et vinaigre CHRISTIE CRISPERS	« 0 TRANS FAT 0 GRAS TRANS »	Incapable de confirmer	La mention « 0 trans fat » (0 gras trans) a été apposée pour la première fois sur l'étiquette le 17 avril 2007	Pièce 68

Collations CHRISTIE TEDDY GRAHAM HONEY	« 0 TRANS FAT 0 GRAS TRANS »	Incapable de confirmer	La mention « 0 trans fat » (0 gras trans) a été apposée pour la première fois sur l'étiquette le 17 avril 2007	Pièce 69
Collations aux légumes DARE BRETON	« 0g GRAS TRANS PAR PORTION DE 27g » Dessin de cercle	Incapable de confirmer	Étiquette arborant la mention « 0 trans fat » (0 gras trans) depuis la fin de 2005 ou le début de 2006	Pièce 70
Collations NEAL BROTHERS CHEESE PUFFS	« 0g trans fat gras trans »	Incapable de confirmer	La mention « 0g trans fat » (0 gras trans) est apposée sur l'étiquette depuis 2009	Pièce 61
Collations PEPPERIDGE FARM GOLDFISH ORIGINALS	« 0 trans fat » « 0 gras trans »	Incapable de confirmer	L'emballage actuel a été introduit le 2 juillet 2009	Pièce 72

IX. Produits laitiers de tiers

[43] Enfin, l'Opposante a également produit, par voie de l'affidavit de M. Hadley, une preuve concernant l'emploi du terme « 0 » sur les étiquettes et l'emballage de produits laitiers de tiers, pour indiquer que les produits sont sans gras. À cet égard, M. Hadley souligne des produits laitiers de tiers qu'il a pu acheter en janvier 2012, et produit les résultats des recherches effectuées à l'aide de l'outil A.C. N Nielson sur ces produits laitiers. La preuve produite par M. Hadley concernant ces produits laitiers de tiers peut se résumer comme suit :

	Sur l'étiquette ou l'emballage	Date de premier emploi de « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage – Données A.C. Nielsen	Pièce de l'affidavit de M. Hadley
YOPLAIT 0% M.F./M.G. Yogourts SOURCE	« 0% M.F./M.G. »	Depuis mars 2002 et avril 2003 (différents formats)	Pièces 73 et 74
Yogourts DANONE SILHOUETTE 0+	« DANONE SILHOUETTE 0+% M.F./M.G. »	Depuis juin 2000	Pièce 75

Objections à la preuve produite par l'Opposante concernant les produits de tiers

[44] La Requérante a soulevé plusieurs questions relatives à la preuve produite dans les affidavits de M. Hadley et de M. Stephan au sujet des produits de tiers. Plus particulièrement, la Requérante fait valoir que (i) tous les produits de tiers achetés par M. Hadley et M. Stephan ont été fabriqués en janvier ou en février 2012, bien après les dates pertinentes en l'espèce; (ii) la preuve relative aux collations et aux produits laitiers n'est pas pertinente en l'espèce, car ces produits sont trop différents de ceux en cause; (iii) les dates de premier emploi des étiquettes et des emballages obtenues par M. Stephan lui ont été fournies par des tiers, ce qui constitue une preuve par ouï-dire inadmissible parce qu'elle n'est pas fiable et, en tout état de cause, non probante; et (iv) les données sur les ventes présentées dans l'affidavit de M. Hadley lui ont été remises par un tiers, A.C.Nielsen, ce qui constitue également une preuve par ouï-dire inadmissible puis qu'elle n'est ni fiable ni probante.

(i) Les dates d'achat

[45] Bien que M. Hadley et M. Stephan attestent tous deux que divers produits de tiers ont été achetés longtemps après les dates pertinentes, la preuve est censée démontrer bien plus que le simple emploi du terme « 0 » et du chiffre « zero » par les tiers au moment de l'achat. Ces achats sembleraient plutôt indiquer, de pair avec les résultats des recherches effectuées à l'aide de l'outil A.C. Nielsen et l'information sur la date de premier emploi obtenue par l'enquêteur, que plusieurs produits de tiers arborant le chiffre « 0 » ou le terme « zero » sur leurs étiquettes ou leur emballage ont été sur le marché pendant la période pertinente.

(ii) Collations et produits laitiers

[46] Bien que les boissons gazeuses, les collations et les produits laitiers soient tous des produits alimentaires, la preuve indique que les étiquettes et les emballages de différentes catégories d'aliments évoquent un message différent. En outre, il n'y a aucune preuve qui laisse entendre que les yogourts, les craquelins, les croustilles et les brownies sont considérés comme faisant partie de la même industrie que les boissons non alcoolisées. Quoiqu'il en soit, mis à part les collations de PepsiCo Foods Canada, il n'y a aucune information concernant la mesure dans laquelle les collations et produits laitiers de tiers arborant l'information nutritionnelle susmentionnée ont été vendus ou annoncés au Canada. Tout compte fait, conformément à mon analyse ci-après, je n'aurai pas à m'appuyer sur la preuve relative aux collations et produits laitiers en l'espèce.

(iii) Information obtenue par M. Stephan concernant les produits de tiers

[47] En ce qui concerne l'objection de la Requérante au sujet de la preuve par ouï-dire, la Requérante s'explique mal comment l'Opposante a pu obtenir de l'information de première main concernant ces chiffres de vente, des renseignements sur les étiquettes et l'emballage, ainsi que des documents publicitaires et des dépenses, à propos des produits de ses concurrents.

[48] En ce qui a trait à l'admissibilité des dates de premier lancement obtenues par M. Stephan dans le cadre de son enquête, j'ai reproduit dans les tableaux ci-dessus les conclusions de M. Stephan pour chaque cas. Dans son affidavit, en ce qui concerne chaque produit de tiers qu'il a acheté, M. Stephan énonce le nom de l'entreprise, le numéro de téléphone composé pour communiquer avec l'entreprise et le nom de la personne qui lui a donné l'information (le prénom seulement dans la plupart des cas), la plupart de ces personnes étant identifiées comme des employés du service à la clientèle. M. Stephan énonce aussi, en termes généraux, la question qu'il a posée et les réponses qu'il a obtenues.

[49] La Requérante fait valoir que l'information obtenue par M. Stephan lors de ces enquêtes par téléphone n'est pas fiable, étant donné que le déposant n'a pas tenté de vérifier ou de corroborer l'information qu'on lui a donnée, ni de confirmer si la personne à qui il parlait était en mesure de lui donner de l'information valide et fiable. La Requérante critique également le fait

que M. Stephan n'a pas tenté d'obtenir de preuves concernant l'ampleur ou le volume des ventes des produits mentionnés dans son affidavit, mais je vois que la Requérente soulève une autre objection liée au oui-dire dans ce cas.

[50] Citant *Advance Magazine Publishers Inc c Louver-Lite Limited*, 2012 COMC 161, l'Opposante a fait valoir à l'audience que l'information obtenue par les enquêteurs a été acceptée dans d'autres affaires d'opposition. Dans l'affaire citée, M. Stephan a acheté plusieurs produits de tiers et a communiqué avec 35 entreprises dont le nom contient le terme VOGUE, puis il a confirmé que ces entreprises sont actives et font effectivement affaire sous leur nom. M. Stephan a également fourni diverses listes de contenu de répertoires dans lesquels figurent ces entreprises, y compris les inscriptions dans l'annuaire téléphonique, confirmant l'information qu'il a obtenue.

[51] Ce n'est pas le type de preuve que M. Stephan a présenté en l'espèce. La nature de l'information recherchée par l'enquêteur en l'espèce va bien au-delà de la simple confirmation d'un nom d'entreprise trouvé dans un répertoire, ce qui correspond vraisemblablement au type d'information que tout représentant d'une entreprise peut fournir facilement. On ne peut pas en dire de même pour la date exacte de premier emploi d'un terme particulier sur l'étiquette d'un produit fabriqué ou distribué par l'entreprise à un moment quelconque par le passé. Je note que dans au moins deux cas, lorsque M. Stephan a demandé la date à laquelle une boisson particulière sur laquelle une étiquette arborant le terme « zero » ou le chiffre « 0 » sont apposés a été vendue pour la première fois, on lui a donné la date à laquelle le produit a été introduit au Canada, et non la date à laquelle l'étiquette arborant le terme « zero » ou le chiffre « 0 » a été employée pour la première fois [SELECTION Flavoured Sparkling Water et IRRESISTIBLES LIFE SMART Nutrient Enhanced Water].

[52] Quoi qu'il en soit, les seules boissons de tiers pour lesquelles M. Stephan a été en mesure d'obtenir de l'information concernant la date de premier emploi du terme termes « zero » ou du chiffre « 0 » sur les étiquettes ou l'emballage sont les produits GOOD4U Raspberry Green Tea et WORKX ENERGY Power Shot. Compte tenu du nombre limité de boissons, de la nature non spécifique de certaines réponses obtenues à ses questions, et de l'absence de toute preuve corroborante, je considère que la preuve produite par M. Stephan à cet égard n'est pas très utile à l'Opposante.

(iv) Les données A.C. Nielsen

[53] Quant à l'admissibilité et à la valeur probante des résultats des recherches effectuées à l'aide de l'outil A.C. Nielsen présentés dans l'affidavit de M. Hadley, je remarque qu'en réponse aux engagements, le déposant a fourni une série de courriels échangés entre A.C. Nielsen et l'Opposante concernant le type d'information dont l'Opposante aurait besoin sur ces produits de tiers, ainsi qu'une copie des tableaux fournis par A.C. Nielsen, lesquels constituent la base de l'information présentée par M. Hadley dans son affidavit au sujet des récents chiffres des ventes de ces produits et de date à laquelle ils ont été vendus pour la première fois au Canada avec le terme « zero » ou le chiffre « 0 ». Les tableaux contiennent les codes UPC, les descriptions des articles, les dates d'introduction sur le marché et les chiffres des ventes pour la dernière période de 52 semaines se terminant en décembre 2011 [voir les pièces A et B des réponses aux engagements obtenues lors du contre-interrogatoire de M. Hadley].

[54] À la lumière de ces documents, la Requérente fait valoir que l'Opposante a produit une double preuve par oui-dire et que, en tout état de cause, les dates fournies par A.C. Nielsen ne peuvent pas être utilisées pour confirmer l'information qui apparaissait sur les étiquettes ou l'emballage de ces produits à quelque moment que ce soit. La Requérente s'appuie sur l'affidavit de Mme Villegas pour corroborer ce qu'elle avance.

[55] Dans son affidavit, Mme Villegas discute des limites possibles des données A.C. Nielsen introduites dans l'affidavit de M. Hadley. Mme Villegas explique qu'avant de commencer à travailler pour la Requérente en 2011, elle a travaillé pour A.C. Nielsen pendant neuf ans à différentes fonctions, dont celles d'analyste, d'administratrice de compte et de directrice administrative. Par conséquent, Mme Villegas affirme qu'elle est familière avec le type de données que recueille habituellement A.C. Nielsen.

[56] Selon Mme Villegas, chaque produit vendu sur le marché du détail est associé à un code de produit unique (UPC) qui est normalement fourni par le fabricant; ce code sert à faire le suivi de certaines données au sujet d'un produit, comme la description ou le nom de la boisson, sa taille ou son volume et son format d'emballage.

[57] Mme Villegas décrit le rôle d'A.C. Nielsen comme suit : Lorsqu'un fabricant assigne un UPC non utilisé à un nouveau produit, il verse certains renseignements sur ce produit dans une base de données. Cette information est ensuite fournie aux détaillants qui peuvent l'utiliser dans leur propre système d'inventaire ou de commande de stock interne, ainsi que pour le balayage de produits à la caisse. Ainsi, les détaillants peuvent assurer le suivi de leurs propres volumes de ventes. Les détaillants fournissent ensuite l'information à A.C. Nielsen, qui compile les données dans des catégories et des bases de données qui couvrent différentes périodes, par exemple des périodes d'un an, de deux ans ou de trois ans. Les données sont ensuite concédées sous licence à des tiers comme l'Opposante et la Requérante, pour leurs propres besoins.

[58] Mme Villegas affirme que l'information compilée par A.C. Nielsen comporte plusieurs limites. Par exemple, l'information sur la teneur nutritive et les ingrédients d'un produit n'est généralement pas inscrite dans les descriptions des produits associés à un UPC, pas plus que les éléments qui composent les étiquettes et les emballages individuels, *sauf si l'information fait partie de la description du produit*. Mme Villegas ajoute qu'il arrive fréquemment que la description ou le nom d'un produit associé à un UPC soit modifié ou mis à jour au fil du temps. Pour cette raison, Mme Villegas affirme que, sans l'ensemble complet des données UPC d'un produit depuis sa création, on ne peut pas s'appuyer sur les données associées à un UPC obtenues à un moment précis pour tirer des conclusions sur l'historique dudit produit.

[59] Mme Villegas déclare aussi que, sans l'ensemble complet des données sur l'historique des ventes pour un UPC, il n'est pas possible d'établir précisément à quel moment un produit a été lancé au Canada pour la première fois. Selon Mme Villegas, cela s'explique par le fait que certains fabricants lancent des produits pour une période limitée afin de tester l'intérêt des consommateurs, puis revoient les produits ou modifient leurs étiquettes ou leur emballage, tout en préservant le même UPC et la description connexe.

[60] Mme Villegas ajoute qu'A.C. Nielsen n'est pas en mesure de fournir des renseignements individuels sur les produits qui sont vendus par un seul détaillant sous une marque maison, ce que l'on appelle une « marque contrôlée », comme c'est le cas de la marque « PRESIDENT CHOICE » vendue par le groupe Loblaws. Je note que ces affirmations sont compatibles avec la preuve de M. Hadley, en ce sens qu'A.C. Nielsen n'a pas été en mesure de confirmer

l'information au sujet du premier emploi des étiquettes et de l'emballage des produits que sont le Cola PRESIDENT'S CHOICE, l'eau vitaminée LIFE, l'eau pétillante aromatisée SELECTION et l'eau enrichie de nutriments IRRESISTIBLES LIFE SMART.

[61] Après avoir examiné les données qu'A.C. Nielsen a fournies à l'Opposante ainsi que la transcription du contre-interrogatoire de M. Hadley, Mme Villegas présente aussi plusieurs observations concernant la preuve relative aux boissons de tiers produites par M. Hadley. Plus particulièrement, Mme Villegas affirme que les données ne peuvent pas être utilisées pour confirmer les mots ou éléments graphiques précis qui se trouvaient sur l'étiquette ou l'emballage à un moment quelconque, *à moins qu'ils fassent partie de la description du produit*. En outre, les dates de lancement des produits présentées dans l'affidavit de M. Hadley ont été inscrites à la main par un employé d'A.C. Nielsen dont on ne connaît pas le nom, et ne sont pas accompagnées de l'ensemble complet de données historiques permettant d'en faire la vérification.

[62] Pendant le contre-interrogatoire, Mme Villegas a expliqué qu'elle ne pouvait ni confirmer ni réfuter les dates de lancement fournies par A.C. Nielsen à l'Opposante, car elle-même n'avait pas accès à ces données [Q71 et Q72]. Mme Villegas a lancé un avertissement, indiquant que des erreurs sont possibles et que les données peuvent être mal interprétées chez A.C. Nielsen [Q76]. Néanmoins, en ce qui concerne l'information de tiers présentée dans l'affidavit de M. Hadley, Mme Villegas ne souligne aucune erreur dans l'ensemble de données d'A.C. Nielsen particulier qui a été fourni. À la question de savoir si elle peut accéder aux données de ventes et à la date du premier lancement de NESTEA ZERO, une boisson d'un tiers citée par M. Hadley dans son affidavit qui a été fabriquée par l'une des filiales de la Requérante au Canada, Mme Villegas a confirmé qu'elle aurait pu accéder à l'information, mais qu'elle ne l'a pas fait [Q80 à Q86].

[63] Dans son plaidoyer écrit, l'Opposante fait valoir que les critiques de la Requérante à l'égard de l'affidavit de M. Hadley ne sont pas fondées, étant donné que l'affidavit de M. Hadley ne fournit que les dates de premier emploi des produits de tiers dont les descriptions contenues dans l'outil A.C. Nielsen comprennent le terme « zero » ou le chiffre « 0 ». Dans les cas où la description du produit ne contient pas le terme « zero » ou le chiffre « 0 », l'Opposante explique que M. Hadley ne fait qu'affirmer qu'A.C. Nielsen n'a pas été en mesure de confirmer à quel moment le produit a été vendu pour la première fois avec une étiquette arborant « 0 » ou « zero »

au Canada. Après avoir examiné les tableaux joints en pièce B des réponses aux engagements du contre-interrogatoire de M. Hadley, je note les descriptions d'articles suivantes qui contiennent le terme « zero » : « NESTEA ZERO LEMON CAN 20X341 ML », « NESTEA ZERO ICED GREEN TEA CAN 12X341ML », « NESTEA ZERO GREEN TEA CAN 12X341ML », « STEAZ ICED TEAZ ZERO CAL CITRUS CAN 473ML », « STEAZ ICED TEAZ ZERO CAL PEACH MANGO CAN 473ML », « STEAZ ICED TEAZ ZERO CAL RASPBERRY CAN 473ML », « MONSTER ENERGY ABSOLUTELY ZERO ENERGY DRINK CAN 473ML » ET « PRESIDENTS CHOICE COLA ZERO CALORIES CAN 12X355ML ».

[64] Après avoir examiné l'affidavit de M. Hadley, y compris la déclaration portant qu'il est un directeur marketing en contact avec le personnel de l'entreprise, la transcription de son contre-interrogatoire, la demande par courriel acheminée par les employés de l'Opposante à A.C. Nielsen ainsi que les données fournies en réponse par cette dernière, qui constituent ultimement le fondement des chiffres fournis dans l'affidavit de M. Hadley, et gardant à l'esprit l'explication de Mme Villegas concernant l'information sur les codes UPC et la collecte de données par A.C. Nielsen, je ne suis pas prête à mettre de côté toute l'information sur les produits de tiers contenue dans l'affidavit de M. Hadley puisque je ne vois aucune raison de mettre en doute la fiabilité des dates de premier lancement ou des chiffres de ventes qui ont été fournis par A.C. Nielsen pour les 52 dernières semaines au sujet de ces produits.

[65] Même si je suis consciente du fait que les données comportent certaines limites, je note que l'affidavit de M. Hadley ne présente que des dates de premier lancement de boissons de tiers dont la description de produit contenu dans l'outil A.C. Nielsen contient le terme « zero ». Quant aux autres boissons de tiers, M. Hadley affirme simplement qu'A.C. Nielsen n'a pas été en mesure de confirmer à quel moment ces produits ont été vendus pour la première fois au Canada avec une étiquette ou dans un emballage arborant le chiffre « 0 » ou le terme « zero ».

[66] Quoi qu'il en soit, je note que les seules boissons de tiers qui étaient sur le marché avant la dernière date pertinente en l'espèce, soit le 14 mars 2011, et dont la description dans l'outil A. C. Nielson contient le chiffre « zero », sont les boissons NESTEA ZERO et le cola PRESIDENT CHOICE.

[67] En ce qui concerne le thé glacé et le thé vert NESTEA ZERO, ils sont fabriqués par la filiale canadienne de la Requérente, en vertu d'une licence délivrée par Produits Nestlé S.A. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette information a été corroborée par M. Samoszewski lors du contre-interrogatoire [contre-interrogatoire de M. Samoszewski, Q94] et la Requérente a indiqué à l'audience qu'elle acceptait la date de premier emploi fournie par A.C. Nielsen dans l'affidavit de M. Hadley. Cependant, comme l'a indiqué la Requérente à l'audience, il n'y a pas beaucoup de renseignements concernant les ventes de ces boissons pendant la période pertinente.

[68] Quant au cola PRESIDENT CHOICE, comme il n'y a aucun chiffre des ventes accessible, ce qui s'explique selon Mme Villegas par le fait qu'il s'agit d'un produit de « marque contrôlée », je suis incapable de déterminer dans quelle mesure le cola PRESIDENT CHOICE arborant le chiffre « 0 » sur l'étiquette ou l'emballage, a été offert et vendu au Canada avant la date pertinente.

[69] Finalement, étant donné les limites susmentionnées, je considère qu'en l'espèce, la preuve concernant les boissons de tiers n'apporte en grande partie que peu d'avantages à l'Opposante. Je vais donc me concentrer sur les aspects suivants de la preuve de l'Opposante dans l'analyse ci-après : l'emploi par l'Opposante du terme « zero » et du chiffre « 0 » sur ses boissons TROPICANA TWISTER ZERO, DIET 7UP, DIET PEPSI et PEPSI MAX; l'emploi par son partenariat avec Unilever sur les boissons LIPTON Diet, l'emploi des boissons NESTEA ZERO par Produits Nestlé S.A. et du cola PRESIDENT CHOICE dans une moins grande mesure étant donné le manque d'information sur les ventes; ainsi que le cadre réglementaire relatif à la valeur énergétique ou la teneur en nutriments de certains produits alimentaires et de certaines boissons au Canada.

La preuve de la Requérente




Emploi de la Marque par la Requérente

[70] Dans son affidavit, M. Samoszewski affirme que la Requérente, une filiale de The Coca-Cola Company, est responsable du développement et du marketing de nombreuses marques de boissons pour les consommateurs au Canada, ainsi que de la protection des marques de commerce associées à ces marques, y compris la « marque ZERO ». M. Samoszewski affirme

que l'entreprise affiliée autorisée de la Requérante, Coca-Cola Refreshments Company Canada (anciennement connue sous le nom Coca-Cola Bottling Company) a embouteillé, vendu et distribué, sous licence, les boissons arborant la Marque partout au Canada et qu'elle continue de le faire.

[71] Selon M. Samoszewski, la Requérante a lancé au Canada des boissons gazeuses arborant la Marque au moins aussi tôt qu'en octobre 2004, avec l'introduction de Diet Sprite Zero. Ce n'est que plus tard que la boisson a été renommée Sprite ZERO, soit en 2006. Cette boisson continue d'être vendue sous ce nom dans toutes les provinces du Canada, et les ventes sont importantes. M. Samoszewski mentionne aussi l'autre boisson gazeuse de la Requérante arborant la Marque qui a été introduite ultérieurement, dont le total des ventes combinées [TRADUCTION] « dépasse largement les 150 millions de dollars » au Canada depuis le lancement de la [TRADUCTION] « marque ZERO » en 2004.

[72] Je note que dans son affidavit, M. Samoszewski décrit toujours l'un des produits de la Requérante comme étant « Coke ZERO », même si la plupart des pièces citées par le déposant à cet égard montrent un produit dont l'étiquette arbore la mention « Coca-Cola ZERO ». Dans le même ordre d'idées, après avoir examiné les exemples de publicités joints en pièces MS-8 et MS-31 de l'affidavit de M. Samoszewski, publicités que l'on dit avoir été diffusées à la télévision et dans les salles de cinéma partout au Canada, je remarque que dans l'une desdites publicités, un produit dont l'étiquette arbore la mention « Coca-Cola ZERO » est identifié comme étant « Coke ZERO ». Je suis donc convaincue que les références à « Coke ZERO » dans l'affidavit de M. Samoszewski renvoient au produit de la Requérante dont l'étiquette arbore la mention « Coca-Cola ZERO ». La preuve relative à la [TRADUCTION] « marque ZERO » peut se résumer comme suit :

	Emploi sur étiquettes et emballages	Date de premier emploi	Exemples d'étiquettes ou illustrations d'étiquettes dans l'affidavit de M. Samoszewski	Chiffres de vente
Diet Sprite ZERO et Sprite ZERO		Octobre 2004	Pièce MS-1 Pièce MS-3 Pièce MS-4	Plus de 50 millions de dollars de 2011 à avril 2013; Plus de 20 millions de caisses vendues, ce qui représente plus de 100 millions de litres
Coca-Cola ZERO (aussi appelée Coke ZERO)		2005	Pièce MS-1	Plus de 100 millions de dollars depuis 2005; Plus de 400 millions de litres en canettes, bouteilles ou [TRADUCTION] « sous forme de sirop concentré »
Powerade ZERO		Deuxième trimestre de 2009	Pièce MS-1 Pièce MS-5	Plus de 20 millions de dollars de 2011 à avril 2013; Plus de 5 millions de litres.
Fanta ZERO	ND	« Récemment » au Canada	ND	Vendue dans les distributeurs Freestyle

[73] M. Samoszewski affirme que l'on a fait l'annonce et la promotion des boissons gazeuses arborant la Marque au Canada de nombreuses façons depuis au moins 2004. Selon le déposant, les dépenses en publicité pour promouvoir le lancement de Diet Sprite ZERO au Canada ont dépassé le demi-million de dollars pour chacune des années 2004 et 2005, ce qui correspond à un total combiné de plus de 10 millions de dollars pour différents produits arborant la Marque au Canada depuis ce temps. M. Samoszewski affirme que la publicité faite aux États-Unis a eu un effet de débordement depuis 2004, par les annonces télévisées ainsi que par les annonces publiées dans les magazines et les journaux distribués au Canada, mais aucune preuve corroborante ni aucun détail supplémentaire n'ont été fournis à cet égard.

[74] En termes de publicité, de promotion et de marketing de boissons arborant la Marque au Canada, M. Samoszewski souligne ceci :

- Les annonces télévisées de la [TRADUCTION] « marque ZERO » ont été diffusées plus de 59 000 fois et ont enregistré plus de 729 millions d'» impressions brutes », ou de visionnements individuels, entre 2005 et 2010 au Canada [voir la pièce MS-8 pour la diffusion de Coca-Cola ZERO au Canada depuis au moins 2005, et la pièce MS-6 pour le nombre total d'occasions où les annonces de Coca-Cola ZERO ont été diffusées à la télévision et le nombre total de visionnements individuels enregistrés pour chaque annonce de 2005 à 2010 dans l'ensemble des quatre principales régions géographiques du Canada];
- Les publicités imprimées pour faire la promotion de la [TRADUCTION] « marque ZERO » depuis au moins 2008 dans les magazines et les journaux distribués au Canada, y compris *Elle Magazine* et *Toronto Star* [voir des exemples d'annonces de 2008 et de 2011 dans la pièce MS-9 pour Powerade ZERO et dans la pièce MS-10 pour Coca-Cola ZERO];
- Des publicités parues dans les transports en commun et sur les panneaux-réclames au Canada pour la promotion de la [TRADUCTION] « marque ZERO » depuis au moins mai 2005 dans les autobus, aux environs des principales stations de transport en commun, le long des grandes routes et autoroutes achalandées et où il y a une forte densité de population [voir la pièce MS-11 pour consulter le plan médias des publicités de Diet Sprite ZERO dans les transports en commun et sur les panneaux-réclames à l'été 2005 dans les grandes villes du Canada et voir les pièces MS-12 et MS-13 pour consulter des

exemples de publicités affichées dans les transports en commun pour Coca-Cola ZERO et Powerade ZERO datant d'au moins 2009];

- Les annonces placées sur les camions de la Requérante pour faire la promotion de la [TRADUCTION] « marque ZERO » depuis au moins 2009 partout au Canada [consulter les pièces MS-14 à MS-16 pour voir des photos d'exemples d'annonces de Coca-Cola ZERO et de Powerade ZERO ainsi que le calendrier des publicités de l'été 2005 pour la campagne de Coca-Cola ZERO];
- La commandite d'évènements sportifs par la [TRADUCTION] « marque ZERO » au Canada depuis au moins 2006, y compris des équipes de hockey comme les Canadiens de Montréal et les Maple Leafs de Toronto, ainsi que les Jeux olympiques, notamment les Jeux olympiques d'hiver de 2010 qui ont eu lieu à Vancouver [voir des exemples de matériel publicitaire pour Coca-Cola ZERO dans les pièces MS-17 à MS-19];
- Les publicités de la [TRADUCTION] « marque ZERO » dans les points de vente, comme des affichettes, des présentoirs en bout d'allée, des affiches pour les restaurants, des panneaux pour recouvrir les rayons de cigarettes dans les dépanneurs, partout au Canada [voir des exemples de matériel publicitaire pour Coca-Cola ZERO dans les pièces MS-20 et MS-21];
- Les articles promotionnels, le marketing expérientiel, le publipostage et les coupons visant à faire la promotion de la [TRADUCTION] « marque ZERO » partout au Canada [voir la pièce MS-22 pour un exemple de matériel publicitaire de marketing expérientiel sur le produit Coca-Cola ZERO et la pièce MS-23 pour un exemple de coupons distribués en 2011 visant les produits Powerade ZERO];
- Les fenêtres publicitaires et bannières pour Coca-Cola ZERO sur Internet depuis au moins 2009; les pages de médias sociaux consacrées à Coca-Cola ZERO [pièce MS-24]; le site Web de Coca-Cola ZERO accessible aux Canadiens à l'adresse www.cocacolazero.com [pièce MS-25]; le jeu Flash « Dance Hero », un jeu interactif à jouer en ligne mettant en vedette les personnages des publicités télévisées de Coca-Cola ZERO [pièce MS-26]; des papiers peints téléchargeables arborant la marque Coca-Cola ZERO et accessibles aux Canadiens [pièce MS-27]; ainsi que des tirages et concours;
- Des articles Coca-Cola ZERO comme des vestes, des casquettes, des t-shirts et des sacs de sport vendus ou distribués au Canada depuis au moins 2005 [pièce MS-28];

- Les partenaires commerciaux qui vendent exclusivement les produits de la Requérante grâce à des publicités ou des promotions des produits en magasin, comme les restaurants McDonalds' du Canada depuis au moins 2005, les produits Coca-Cola ZERO chez Air Canada depuis au moins 2008 [pièce MS-29], les succursales de Pizza Pizza du Canada depuis au moins 2009, les cinémas Cineplex du Canada [exemples de dates de campagnes publicitaires pour les produits Coca-Cola ZERO à l'été 2008 en pièce MS-30 et exemples d'annonces de Coca-Cola ZERO et de Sprite ZERO en pièce MS-31].

Je note que le seul message constant transmis dans chacune de ces annonces est que les boissons ne contiennent [TRADUCTION] « aucune calorie ».

[75] Lors du contre-interrogatoire, M. Samoszewski a confirmé que la Marque avait toujours été employée sur une boisson arborant une « marque principale » comme COCA-COLA, SPRITE et POWERADE; il a aussi affirmé que la Marque n'avait jusque-là été employée que sur des boissons sans calorie [Q23 à Q25]. Par conséquent, il n'y a aucune preuve indiquant que la Marque a déjà été apposée seule sur l'une des boissons de la Requérante ni dans les services publicitaires, marketing et promotionnels connexes.

Marques déposées ou visées par la demande appartenant à la Requérante

[76] L'affidavit de Mme Noonan présente les résultats d'une recherche effectuée dans la *base de données des marques de commerce canadiennes* afin d'y trouver toute demande d'enregistrement de marques de commerce actives ou tout enregistrement en vigueur contenant le terme « zero » employé en liaison avec des boissons non alcoolisées appartenant à la Requérante. Joint en pièce MN-1 figure un imprimé des détails concernant chacune des 15 marques de commerce ainsi trouvées, lesquelles comprennent la Marque visée par la demande et 14 marques de commerce déposées. Parmi les marques de commerce déposées, je note que mis à part l'enregistrement n^o LMC816,748 pour BELOW ZERO, 11 des 13 autres marques de commerce déposées contiennent l'une des « marques principales » : COCA-COLA, COKE, SPRITE et POWERADE. Je me contenterai de dire que la Marque ne fait aucunement référence à l'une des « marques principales » de la Requérante.

[77] Quant aux deux marques figuratives ZERO & Dessin de ruban, visées par les enregistrements n^{os} LMC748,895 et LMC748,579, bien que l'article 19 de la Loi confère au propriétaire d'un enregistrement le droit exclusif à l'emploi d'une marque de commerce en liaison avec les produits et services visés par l'enregistrement, il ne confère pas automatiquement au propriétaire inscrit le droit d'obtenir l'enregistrement d'autres marques même si celles-ci sont étroitement apparentées à des marques enregistrées antérieurement [voir *Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH c Produits Ménagers Coronet Inc* (1984), 4 CPR (3d) 108 (COMC), à la p 115].

Motifs fondés sur l'article 12(1)b)

[78] L'Opposante allègue que, contrairement à l'article 12(1)b) de la Loi, la Marque n'est pas enregistrable, car, qu'elle soit sous forme graphique, écrite ou sonore, elle donnait ou donne soit une description claire, soit une description fausse et trompeuse en langue anglaise de la nature ou de la qualité des produits et des services en liaison avec lesquels son emploi est allégué, en ce sens que :

- I. elle décrit clairement des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, et des sirops et concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, ainsi que la distribution et la vente de boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, et de sirops et concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre;
- II. elle donne une description fausse ou trompeuse de boissons gazeuses qui ne sont pas sans calorie ni sans sucre, et de sirops et concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses qui ne sont pas sans calorie ni sans sucre, ainsi que la distribution et la vente de boissons gazeuses qui ne sont pas sans calorie ni sans sucre, et de sirops et concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses qui ne sont pas sans calorie ni sans sucre.

[79] La date pertinente pour évaluer le motif d'opposition fondé sur l'article 12(1)b) est la date de production de la demande, soit en l'espèce le 15 décembre 2008 [*Shell Canada Limited c PT Sari Incofood Corporation* (2005), 41 CPR (4th) 250 (CF); *Fiesta Barbeques Limited c General Housewares Corporation* (2003), 28 CPR (4th) 60 (CF)].

La Marque est-elle clairement descriptive des Produits et Services visés par la demande?

[80] L'interdiction prévue à l'article 12(1)*b*) vise à empêcher un commerçant de s'approprier des mots d'un champ lexicologique qui sont habituellement employés par les commerçants pour décrire des produits ou des services particuliers, et de placer ainsi des commerçants légitimes dans une position désavantageuse [*General Motors Corp c Bellows* (1949), 10 CPR 101 (CSC), aux para 112 et 113].

[81] L'analyse effectuée au titre de l'article 12(1)*b*) de la Loi a été résumée comme suit dans *Engineers Canada/ Ingénieurs Canada c Burtoni*, 2014 COMC 174 aux para 14 à 16

[TRADUCTION] :

Lorsqu'il s'agit d'analyser une marque de commerce aux termes de l'article 12(1)*b*) de la Loi, il faut considérer la marque de commerce dans son ensemble et sous l'angle de la première impression, et éviter de la décomposer en ses éléments constitutifs [*Wool Bureau of Canada Ltd c le Registraire des marques de commerce* (1978), 40 CPR (2d) 25 (CF 1^{re} inst.), aux para 27 et 28; *Atlantic Promotions Inc c le Registraire des marques de commerce* (1984), 2 CPR (3d) 183 (CF 1^{re} inst.), à la p 186].

Il a été statué que le mot « nature » à l'article 12(1)*b*) s'entend d'une particularité, d'un trait ou d'une caractéristique du produit et que le mot « claire » signifie « facile à comprendre, évident ou simple » [voir *Drackett Co of Canada Ltd c American Home Products Corp* (1968), 55 CPR 29 (C. de l'É.), à la p 34].

Le test à appliquer pour déterminer si une marque de commerce correspond à l'exclusion prévue à l'article 12(1)*b*) de la Loi a été résumé par la Cour d'appel fédérale dans *Ontario Teachers' Pension Plan Board c Canada* (2012), 99 CPR (4th) 213 (CAF), au para 29 :

Il est de jurisprudence constante que le critère applicable pour décider si une marque de commerce donne une description claire est celui de la première impression créée dans l'esprit de la personne normale ou raisonnable. [...] On ne devrait pas tenter de résoudre la question en procédant à une analyse critique des mots qui forment la marque, mais on devrait plutôt tenter de déterminer l'impression immédiate que donne la marque, compte tenu des produits ou des services avec lesquels elle est utilisée ou avec lesquels on se propose de l'utiliser. En d'autres termes, la marque de commerce ne doit pas être examinée de façon isolée, mais en fonction de l'ensemble du contexte des produits et des services.

[82] Ainsi qu'il est indiqué dans *Ottawa Athletic Club Inc (Ottawa Athletic Club) c Athletic Club Group Inc*, 2014 CF 672, l'analyse fondée sur l'article 12(1)*b*) [TRADUCTION] « n'est pas un exercice abstrait visant à déterminer si les services offerts en liaison avec une marque de

commerce correspondent aux définitions que donnent les dictionnaires aux mots de la marque, mais une analyse contextuelle fondée sur l'impression immédiate des utilisateurs possibles du service » [para 188], même si des dictionnaires ou d'autres ouvrages de référence peuvent être utilisés comme guides pour aider à déterminer les significations possibles d'une marque de commerce [voir *ITV Technologies Inc c WIC Television* 2013 CF 1056 citant *Brûlerie Des Monts Inc c 3002462 Canada Inc* (1997), 132 FTR 150 et *Bagagerie SA c Bagagerie Willy Ltée* (1992), 97 DLR (4th) 684]. Il faut, en outre, user de bon sens lorsqu'il s'agit de trancher une telle question [voir *Neptune SA c Canada (Procureur général)* 2003 CFPI 715, au para 11].

Positions des parties

[83] L'Opposante fait valoir que la Marque n'a qu'une signification [TRADUCTION] « facile à comprendre, suffisante ou simple » lorsqu'elle est employée en liaison avec des boissons, c'est-à-dire [TRADUCTION] « zéro calories ou zéro sucre, ou zéro calorie et zéro sucre ». À cet égard, l'Opposante prétend que le mot « zero » (zéro) est fréquemment utilisé en anglais pour désigner « no » (non), « not any » (pas de) ou « none » (aucun), comme le démontre les définitions qui figurent dans le *Canadian Oxford Dictionary*, jointes en pièce 2 de l'affidavit de M. Hadley. L'Opposante prétend aussi que le mot « zero » (zéro), dans sa forme écrite ou numérique, est largement utilisé dans l'industrie des aliments et des boissons [TRADUCTION] « pour identifier les produits qui ne contiennent aucun nutriment particulier ou aucune calorie » comme le démontre l'affidavit de M. Hadley. L'Opposante souligne l'affidavit de M. Samoszwski comme preuve que la Marque a été employée en liaison avec des boissons qui ne contiennent aucune calorie et qui ont ainsi été annoncées.

[84] Selon l'Opposante, [TRADUCTION] « il arrive couramment que les consommateurs s'intéressent à la teneur en calories des boissons et qu'ils associent les valeurs numériques indiquées sur les étiquettes des boissons à la teneur en calories de celles-ci ». Ainsi, l'Opposante fait valoir que la première impression créée dans l'esprit d'un consommateur moyen à la vue de la Marque sur une boisson serait que [TRADUCTION] « le produit ne contient aucune calorie ou aucun sucre, ou qu'il ne contient aucune calorie ni aucun sucre ».

[85] La Requérante fait valoir que la Marque n'est pas clairement descriptive de la nature et de la qualité des produits et des services visés par la demande, puisque le terme « zero »

[TRADUCTION] « peut évoquer de nombreuses significations différentes pour le consommateur moyen », y compris l'idée que les boissons gazeuses « ne contiennent pas d'alcool, de sodium, de gras, de glucides, de produits animaux, de caféine, d'agents de conservation, de sucre ou de colorant, ou peuvent avoir une foule d'autres connotations nutritionnelles ou connexes ». La Requérante fait aussi valoir que le terme « zero » peut [TRADUCTION] « faire référence à l'impact environnemental ou à l'empreinte carbone des produits ou désigner des caractéristiques de l'emballage » et qu'il [TRADUCTION] « peut aussi évoquer l'impact des boissons connexes sur les consommateurs relativement à l'arrière-goût, le niveau d'acidité ou l'effet excitant généré par des ingrédients comme la caféine ou le sucre ».

[86] En ce qui concerne la référence particulière à l'absence de calories dans les annonces de [TRADUCTION] « la marque ZERO » par la mention « zero calories », la Requérante souligne que cette mention est nécessaire parce que la Marque en soi [TRADUCTION] « ne décrit pas intrinsèquement cette caractéristique du produit et ne serait pas nécessairement comprise par le consommateur moyen du produit sans cette information supplémentaire ».

[87] Ainsi, la Requérante prétend qu'à la première impression, [TRADUCTION] « un consommateur ordinaire et raisonnable pourrait ne pas comprendre clairement la signification du terme ZERO en liaison avec des boissons non alcoolisées ou des boissons gazeuses, puisque ce terme pourrait avoir plusieurs connotations différentes et est susceptible d'évoquer une impression différente chez des consommateurs différents ». La Requérante fait aussi valoir que la Marque n'est pas clairement descriptive des services visés par la demande, en ce sens [TRADUCTION] « qu'elle est arbitraire et ne possède pas de connotation descriptive ».

L'examen

[88] À la lumière de la preuve et des observations des parties, j'estime raisonnable de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque ne donnait pas une description claire de la nature ou de la qualité des produits et services visés par la demande au sens de l'article 12(1)*b*) de la Loi à la date pertinente.

[89] La preuve de l'Opposante montre que le terme « zero » et son équivalent numérique « 0 » sont utilisés dans des allégations que l'on peut voir sur certaines boissons et certains produits

alimentaires pour transmettre un message indiquant l'absence de certaines valeurs nutritives ou énergétiques. Même s'il y a une certaine preuve du terme « zero » employé seul sur certaines boissons avant la date pertinente (c.-à-d. TROPICANA TWISTER ZERO, avec des chiffres des ventes en 2005 et 2006, ainsi que NESTEA ZERO introduite en janvier 2006, sans information sur les ventes), la grande majorité de la preuve de l'Opposante ne montre pas le terme « zero » ou sa valeur numérique « 0 » employés couramment seuls sur des boissons sans calorie ou sans sucre, ou qui ne contiennent ni calories ni sucre, à la date pertinente. Par conséquent, je ne suis pas en mesure de conclure qu'au 15 décembre 2008, à la vue du terme « zero » sur une boisson, sans l'ajout d'un terme qui désigne la teneur en nutriments ou la valeur énergétique de la boisson, le consommateur ordinaire comprendrait immédiatement que le produit est sans calorie ou sans sucre, ou encore sans calorie et sans sucre.

[90] Je suis d'avis que l'emploi de la Marque en liaison avec les produits visés par la demande nécessiterait au moins une certaine considération ou réflexion de la part du consommateur moyen pour comprendre ce qui est absent du produit ou ce qui s'y applique, qu'il s'agisse d'un ingrédient, d'une saveur, de la quantité de calories ou d'un élément du processus de fabrication ou de distribution du produit. En outre, la preuve n'établit aucun lien clair entre la Marque et la nature ou la qualité des services de publicité, de promotion et de marketing connexes.

[91] Finalement, je conviens avec la Requérante que le terme « zero » employé seul n'évoque pas de manière évidente, claire et sans conteste la nature ou la qualité intrinsèques des produits ou services visés par la demande sous le coup de la première impression dans l'esprit d'un consommateur ordinaire et raisonnable, puisque ce terme peut avoir différentes significations et connotations, lorsque vu en liaison avec des boissons gazeuses, des sirops et des concentrés utilisés dans la préparation de boissons gazeuses, ainsi qu'avec les services de publicité, de promotion et de marketing connexes.

[92] Comme la Cour fédérale l'a noté dans *College of Dietitians of Alberta c 3393291 Canada Inc* 2015 CF 449; 131 CPR (4th) 197, [TRADUCTION] « pour contrevenir à l'article 12(1)b), la marque doit être clairement descriptive, et non pas quelque peu descriptive ou évocatrice, [...] en fonction de la première impression qu'elle laisserait et du souvenir imparfait qu'on en garderait, sans qu'il faille recourir à un exercice de gymnastique intellectuelle ». En l'espèce, le

consommateur ordinaire des produits visés par la demande devrait faire un certain exercice de gymnastique intellectuelle pour déterminer le message que sous-tend la Marque, puisqu'il ne peut déterminer clairement sur-le-champ ce que les produits ou services connexes pourraient supposer [*GWG Ltd c Canada (Registraire des marques de commerce)* 55 CPR (2d) 1].

[93] À la lumière de ce qui précède, je rejette le motif d'opposition fondé sur l'allégation portant que la Marque, illustrée, écrite ou prononcée, est clairement descriptive, en anglais, de la nature ou de la qualité des produits et des services en liaison avec lesquels son emploi est allégué en vertu de l'article 12(1)*b* de Loi.

La Marque donne-t-elle une description fausse ou trompeuse des Produits et Services visés par la demande?

[94] En l'espèce, l'Opposante n'a fourni aucune preuve ni observation pour corroborer son allégation portant que la Marque donne une description fausse ou trompeuse des produits et des services visés par la demande, en ce sens qu'elle attribue une nature ou une qualité qu'ils ne possèdent pas. Par conséquent, je rejette le motif d'opposition fondé sur l'allégation portant que la Marque donne une description fausse ou trompeuse, en anglais, de la nature ou de la qualité des produits et des services en liaison avec lesquels son emploi est allégué en vertu de l'article 12(1)*b* de Loi.

La Marque est-elle distinctive de celle de la Requérante?

[95] Dans *Apotex Inc c Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2010 CF 291 (CF 1^{re} inst), le juge Barnes explique que [TRADUCTION] « la question de savoir si une marque est distinctive est une question de fait, qui doit être tranchée par référence au message que la marque transmet aux consommateurs ordinaires » [au para 5]. En outre, en confirmant la décision du tribunal inférieur, la Cour d'appel fédérale affirme que [TRADUCTION] « le caractère distinctif s'établit du point de vue de l'utilisateur régulier des produits en question, et la marque de commerce doit être considérée de façon globale et sous l'angle de la première impression » [*Apotex Inc c Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2010 CAF 313 aux para 6 et 7]. Enfin, dans *Philip Morris Products SA c Imperial Tobacco Canada Limited*, 2014 CF 1237, le juge Bédard affirme que [TRADUCTION] « l'élément clé [...] consiste à savoir si le terme permet

d'identifier la provenance des marchandises, compte tenu du produit et du marché dans leur ensemble » [au para 81].

[96] En l'espèce, le motif fondé sur l'absence de caractère distinctif qu'invoque l'Opposante comporte deux volets. L'Opposante allègue que la Marque n'est pas distinctive en vertu de l'article 2 de la Loi, en ce sens que (i) la Marque a été largement employée par l'Opposante et d'autres dans l'industrie des aliments et des boissons au Canada, en liaison avec des produits et des services identiques ou semblables à ceux de la Requérante et, (ii) la Marque, qu'elle soit illustrée, écrite ou prononcée, est clairement descriptive, en anglais, de la nature ou de la qualité des produits et des services visés par la demande, car [TRADUCTION] « elle décrit clairement des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, et des sirops et des concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, ainsi que la distribution et la vente de boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre, et de sirops et concentrés utilisés pour préparer des boissons gazeuses sans calorie ou sans sucre ».

[97] Je note que l'Opposante fait aussi valoir dans son plaidoyer écrit que la Marque n'est pas distinctive des produits et des services de la Requérante parce que [TRADUCTION] « la Requérante n'a produit aucune preuve pour établir l'emploi de [la Marque] seule ou sur tout produit ou service ». Bien que cette allégation ne soulève pas un autre motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif, je discuterai de cette question au moment de trancher la question de savoir si la Marque a acquis un caractère distinctif par l'emploi.

[98] Il est généralement convenu que la date pertinente pour l'examen du caractère distinctif est la date de production de la déclaration d'opposition, soit le 14 mars 2011 en l'espèce [*Metro-Goldwyn-Mayer Inc c Stargate Connections Inc* (2004), 34 CPR (4^e) 317 (CF 1^{re} inst)]. L'Opposante a le fardeau de preuve initial d'établir les faits allégués à l'appui de son motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif. Après que l'Opposante s'est acquittée de ce fardeau, la Requérante a ensuite le fardeau ultime de démontrer que la Marque est adaptée à distinguer, ou distingue réellement, ses produits et services de ceux des autres. [Voir *Labatt Brewing Company Limited c Molson Breweries, a Partnership* (1996), 68 CPR (3d) 216 (CF 1^{re} inst) à la p 298; *Muffin Houses Incorporated c The Muffin House Bakery Ltd*, (1985) 4 CPR (3d) 272 (COMC); *Imperial Tobacco Canada Limited c Philip Morris Products SA*, 2013

COMC 175 (COMC) au para 24, conf. 2014 CF 1237 au para 15, 16 et 68; *JTI-Macdonald TM Corp c Imperial Tobacco Products Limited*, 2013 CF 608 au para 55].

Deuxième volet du motif fondé sur l'absence de caractère distinctif

[99] En ce qui concerne le deuxième volet du motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif, étant donné que j'ai conclu que la Marque n'était pas clairement descriptive ou donnait une description fautive ou trompeuse des produits et des services, je rejette ce volet du motif d'opposition, car je n'estime pas que la différence entre les dates pertinentes est insuffisante pour changer quoi que ce soit.

Premier volet du motif fondé sur l'absence de caractère distinctif

Positions des parties

[100] Le premier volet du motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif s'appuie sur une allégation portant que la Marque a été largement employée par l'Opposante et d'autres dans l'industrie des aliments et des boissons au Canada, en liaison avec des produits et des services identiques ou semblables à ceux de la Requérante.

[101] Dans son plaidoyer écrit, l'Opposante fait valoir qu'à la lumière du vaste emploi du terme « zero » et du chiffre « 0 » dans l'industrie des aliments et des boissons, [TRADUCTION] « les consommateurs n'associeraient pas le terme "zero" ou le chiffre "0" à une entreprise unique » et que [TRADUCTION] « les consommateurs comprennent que le terme "zero" et le chiffre "0" décrivent une boisson sans calorie ou sans sucre, ou sans calorie et sans sucre »; par conséquent, l'Opposante prétend que [TRADUCTION] « le terme "zero" n'est pas distinctif des boissons ou services connexes de la Requérante ». L'Opposante s'appuie sur la preuve susmentionnée pour établir que le terme « zero » et le chiffre « 0 » ont été employés sur des étiquettes ou des emballages d'aliments et de breuvages d'autres entreprises, y compris sur ceux de l'Opposante, pour décrire des produits sans calorie, sans sucre ou sans gras.

[102] Dans son plaidoyer écrit, la Requérante rejette systématiquement la grande majorité de la preuve relative aux produits de tiers qu'a soumise l'Opposante, soulevant différentes irrégularités comme la question de la pertinence, les objections liées au oui-dire et les questions relatives à la

date pertinente, irrégularités que j'ai déjà abordées. La Requérente fait également valoir que la majorité de la preuve de l'Opposante concernant les boissons offertes sur le marché avant la date pertinente, montre principalement l'emploi du terme « zero » ou du chiffre « 0 » à l'intérieur d'une expression sur la valeur nutritive ou calorique plutôt que seul. Pour cette raison, la Requérente prétend que l'Opposante n'a pas établi que d'autres ont employé le terme « zero » seul en liaison avec des produits et des services semblables, dans une mesure et une manière telles que ce terme est devenu suffisamment connu pour faire perdre à la Marque son caractère distinctif.

[103] La Requérente fait aussi valoir que l'Opposante n'a produit aucune preuve établissant que l'emploi du chiffre « 0 » plutôt que du terme « zero » aurait un quelconque impact ou ferait perdre à la Marque son caractère distinctif, ce qui aurait nécessité [TRADUCTION] « une preuve directe produite par [l'Opposante] quant à l'état d'esprit des consommateurs canadiens relativement à leur impression de l'emploi du chiffre « 0 » par [l'Opposante] sur des boissons gazeuses et son effet sur le caractère distinctif de l'emploi de la [Marque] par [la Requérente] ».

[104] Enfin, la Requérente souligne ses importants chiffres des ventes et investissements en publicité pour ses « boissons gazeuses ZERO » comme preuve que la Marque a acquis un achalandage important et est devenue très distinctive à l'échelle du Canada avant la date pertinente.

L'examen

[105] Ce volet du motif fondé sur l'absence de caractère distinctif s'appuie sur la prémisse selon laquelle le terme « zero » ne peut pas servir d'identificateur de source des produits et services de la Requérente, puisque les consommateurs associent le terme « zero » et son équivalent numérique « 0 » à des boissons sans calorie ou sans sucre, ou sans calorie et sans sucre, étant donné le vaste emploi par d'autres sur le marché en liaison avec des produits et des services semblables, de la même manière.

[106] Comme il a été mentionné précédemment, il y a une preuve de l'emploi étendu du terme « zero » et du chiffre « 0 » par l'Opposante elle-même dans l'information sur la valeur nutritive ou calorique apposée sur ses boissons non alcoolisées, y compris les boissons gazeuses, ainsi que

dans les services de publicité, de promotion et de marketing connexe, avant la date pertinente. À cet égard, M. Hadley a présenté de l'information sur les nombreuses ventes et des exemples d'emballages et de publicités concernant les boissons DIET 7UP, PEPSI DIET, PEPSI MAX et LIPTON Diet au Canada, utilisés seuls ou en partenariat avec Unilever, entre 2007 et 2011. À cet égard, tous les produits sont associés à des publicités, des étiquettes ou des emballages arborant des messages semblables au sujet de la quantité de calories qu'ils contiennent, par exemple « zero calories », « zero calorie », « zéro calorie », « 0 calories », « 0 calorie » et « 0 cal ».

[107] La preuve est compatible avec celle de l'Opposante concernant l'emploi du terme « zero » ou du chiffre « 0 » sur les étiquettes ou l'emballage de produits de tiers. À cet égard, nous disposons de renseignements limités sur les ventes pour NESTEA ZERO et d'aucune information sur les ventes pour le cola PRESIDENT'S CHOICE avant la date pertinente. Néanmoins, les étiquettes et les emballages de ces produits comportent aussi des messages au sujet de la quantité de calories sous les formes suivantes : « 0 calories » et « 0 calorie ».

[108] En ce qui concerne la preuve relative à l'emploi du chiffre « 0 » plutôt que du terme « zero », l'Opposante a fourni de nombreuses preuves démontrant que le terme « zero » a été employé sur le marché, pendant une période prolongée, de manière interchangeable avec le chiffre « 0 » dans le contexte de l'information calorique ou nutritionnelle que l'on voit dans les publicités, sur les étiquettes et sur les emballages de diverses boissons. Les deux formats semblent conformes aux exigences prévues dans le *Règlement sur les aliments et drogues*. En ce qui concerne les boissons et le matériel publicitaire de l'Opposante, les messages comme « zero calorie » et « 0 calorie » ont été employés de manière interchangeable dans différentes versions des produits DIET 7UP, DIET PEPSI, PEPSI MAX et LIPTON Diet au fil des ans. Si je considère les importants chiffres des ventes, la période pendant laquelle ces produits ont été mis en marché et vendus partout au Canada, et si je fais preuve de logique, je suis convaincue que le consommateur canadien est familier avec les boissons arborant des étiquettes ou des emballages sur lesquels sont apposés des messages comme « zero calorie » et « 0 calorie » qui sont ainsi annoncés, et qu'il comprendrait que le mot « zero » et le chiffre « 0 » sont employés de manière interchangeable dans ce contexte.

[109] Je conviens avec la Requérante que la preuve démontre principalement le terme « zero » et le chiffre « 0 » employés comme description du contenu nutritif ou calorique du produit. Autrement dit, la preuve montre un emploi étendu des expressions comme « zero calorie(s) », « zéro calorie », « 0 calorie(s) » et « 0 cal » sur les étiquettes ou l'emballage de diverses boissons, ainsi que dans les services de publicité, de promotion et de marketing connexes, au Canada, avant la date pertinente. Elle ne montre toutefois pas l'adoption élargie du mot « zero » ou du chiffre « 0 » employé seul sur des étiquettes ou des emballages des boissons de l'Opposante ou de tiers sur le marché canadien.

[110] Néanmoins, ce que montre la preuve de l'Opposante c'est que lorsque le terme « zero » apparaît sur les étiquettes ou l'emballage de boissons au Canada, ainsi que dans les services de publicité, de promotion et de marketing connexes, dans sa forme écrite ou dans son équivalent numérique, il est employé pour indiquer qu'un composant particulier est absent du produit. Une telle preuve est compatible avec la définition courante du terme « zero » dans le dictionnaire et avec les exigences prévues dans le *Règlement sur les aliments et drogues*.

[111] Par conséquent, j'estime que je peux raisonnablement conclure que les faits allégués à l'appui du premier volet du motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif invoqué par l'Opposante existent. Par conséquent, j'estime que l'Opposante s'est acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombait en l'espèce.

[112] C'est donc à la Requérante qu'incombe le fardeau ultime de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque était distinctive à la date pertinente. Autrement dit, la Requérante doit démontrer qu'en date du 14 mars 2011, sous l'angle de la première impression, du point de vue du consommateur régulier des produits et services visés par la demande, le terme « zero » serait perçu comme un identificateur de source à la lumière du produit et du marché dans leur ensemble, ce qui comprend un emploi significatif par d'autres entreprises au Canada du terme dans le contexte des expressions comme « zero calorie(s) », « zéro calorie », « 0 calorie » et « 0 cal » sur les étiquettes ou l'emballage et dans les publicités de diverses boissons non alcoolisées, y compris les boissons gazeuses. En l'espèce, je ne suis pas convaincue que la Requérante s'est acquittée de ce fardeau de preuve.

[113] À cet égard, bien que je n'estime pas que le terme « zero » employé seul est *clairement* descriptif des produits et des services visés par la demande, il s'agit néanmoins d'un terme qui, dans sa forme écrite ou numérique, est employé pour décrire certaines caractéristiques de boissons identiques ou semblables sur le marché, comme le démontrent les extraits du *Règlement sur les aliments et drogues* ainsi que les exemples d'étiquettes, d'emballages et de publicités des produits TROPICANA TWISTER ZERO, DIET 7UP, PEPSI DIET, PEPSI MAX et LIPTON Diet au fil des ans. Au vu de la preuve prise globalement, je ne suis pas en mesure de conclure que la Marque évoque un message distinct et différent de l'information calorique généralement fournie au consommateur sur des produits identiques ou semblables, ou dans les services de publicité, de promotion et de marketing connexes.

[114] La preuve de la Requérente, produite par voie de l'affidavit de M. Samoszewski, montre que son matériel publicitaire, comme celui reproduit ci-dessous, met l'accent sur le fait que ses boissons gazeuses de [TRADUCTION] « marque ZERO » ne contiennent aucune calorie; le même message apparaît sur les boissons de l'Opposante et sur celles de tiers, dont l'étiquette ou l'emballage arborent les expressions « zero calorie(s) », « zéro calorie », « 0 calorie(s) » et « 0 cal ». Ainsi, les publicités peuvent renforcer l'idée, pour certains consommateurs, que le terme « zero » est une description de la quantité de calories que contient le produit, plutôt qu'un identificateur de source.



Des exemples de publicités parues dans le magazine d'Air Canada à bord de ses appareils sont joints en pièce MS-29.



Une capture d'écran provenant d'un exemple de publicité télévisée est jointe en pièce MS-8, et est identifiée comme suit : « Coke Zero – Brain presentation quality.mpg ».



Un exemple de publicité affichée sur des camions est joint en pièce MS-15.

[115] Comme la Requérante l'avait elle-même indiqué dans son plaidoyer écrit relativement au motif fondé sur l'article 12(1)*b*), lorsque le terme « zero » seul peut évoquer différentes significations pour le consommateur moyen dans le contexte de boissons non alcoolisées ou de boissons gazeuses, toutes ces significations évoquent l'idée qu'un élément, un composant ou un ingrédient généralement contenu dans un produit semblable est absent ou retiré d'une boisson donnée. Donc, si le terme « zero » est employé en liaison avec une boisson non alcoolisée ou une boisson gazeuse, et dans les services de publicité, de promotion et de marketing connexes, le consommateur moyen percevrait le terme comme un qualificatif décrivant un aspect particulier du produit plutôt que comme un identificateur de source.

[116] Même si l'affidavit de M. Samoszewski montre l'importance des ventes conclues et de la promotion faite concernant les boissons gazeuses au Canada en liaison avec la Marque avant la date pertinente, la Marque est toujours apposée avec une autre marque de commerce, ou une « marque principale », qui apparaît de manière beaucoup plus prédominante, que ce soit SPRITE, COCA-COLA ou POWERADE [voir *Leon's Furniture Ltd c Bad Boy Furniture Warehouse Ltd* (2010), 87 CPR (4th) 356 (COMC) et *Simmons IP Inc c Park Avenue Furniture Corp* (1996), 74 CPR (3d) 404 (COMC)]. Comme l'a souligné l'Opposante, aucune des pièces ne permet d'établir l'emploi de la Marque sans la présence d'une autre marque de commerce occupant une place plus importante.

[117] Finalement, compte tenu du fait que la Requérante n'a pas fourni d'autres preuves me permettant de conclure que la Marque serait reconnue par un consommateur moyen comme un identificateur de source plutôt que comme un élément qualitatif quelconque, et dans le contexte des produits et des services de la Requérante, bien que je sois convaincue que la Requérante a établi l'emploi et la promotion de COCA-COLA ZERO et, dans une moindre mesure, de SPRITE ZERO et de POWERADE ZERO, je ne suis pas en mesure de conclure que la Marque employée seule est devenue distinctive au Canada par l'emploi, puis qu'aucune preuve d'emploi ou de promotion de la Marque sans les « marques principales » n'a été produite.

[118] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que la Requérante n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque était distinctive au sens de l'article 2 de la Loi, à la date pertinente. Par conséquent, ce motif d'opposition est accueilli.

La demande d'enregistrement est-elle conforme aux exigences de l'article 30 de la Loi?

[119] L'Opposante allègue que la demande n'est pas conforme aux exigences de l'article 30 de la Loi, à savoir que :

- la demande n'est pas conforme à l'article 30*a*) de la Loi parce que les services visés par la demande ne sont pas de véritables services offerts au public, étant donné qu'ils ne font qu'informer le public des produits de la Requérante;
- la demande n'est pas conforme à l'article 30*b*) de la Loi, parce que la Requérante n'a pas employé la Marque au Canada en liaison avec chacun des produits et services visés par la demande depuis la date de premier emploi revendiquée;
- la demande n'est pas conforme à l'article 30*i*) de la Loi, parce que la Requérante ne pouvait pas être convaincue d'avoir droit d'employer la Marque au Canada en liaison avec les produits et les services visés par la demande, puisque la Requérante savait, ou aurait dû savoir, que :
 - la Marque, qu'elle soit illustrée, écrite ou prononcée, était et est toujours clairement descriptive, en anglais, de la nature ou de la qualité des produits et des services visés par la demande;
 - la Marque n'était et n'est toujours pas distinctive de la marque de la Requérante en ce sens que la Marque a été largement employée par l'Opposante et d'autres marchands, commerçants, détaillants et fabricants des secteurs de l'alimentation et des boissons, au Canada, en liaison avec des produits et de services identiques ou semblables;
 - la Marque, n'était pas et n'est toujours pas distinctive de la marque de la Requérante, en ce sens que la Marque, qu'elle soit illustrée, écrite ou prononcée, est clairement descriptive, en anglais, de la nature ou de la qualité des produits et des services visés par la demande.

[120] La date pertinente pour l'examen des circonstances se rapportant aux motifs d'opposition fondés sur la non-conformité à l'article 30 est la date de production de la demande, soit le 15 décembre 2008 en l'espèce [voir *Georgia-Pacific Corp c Scott Paper Ltd* (1984), 3 CPR (3d) 469 (COMC)].

Motif fondé sur l'article 30a)

[121] En ce qui concerne le motif fondé sur l'article 30a), l'Opposante fait valoir que, pour qu'une activité soit considérée comme un service, il doit y avoir un avantage pour certains membres du public. En outre, les activités intéressées comme les services de publicité et de promotion, ne servent qu'à informer le public des produits de la Requérante, et ne sont donc pas conformes aux exigences prévues à l'article 30a) de la Loi.

[122] En réponse, la Requérante fait valoir que les services visés par la demande ont été acceptés par les examinateurs et [TRADUCTION] « que rien ne laisse entendre, dans la preuve au dossier ou ailleurs, qu'ils ne sont pas décrits dans les termes ordinaires du commerce ». La Requérante a aussi affirmé à l'audience que l'Opposante ne s'était pas acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombait au titre de ce motif, puisqu'elle n'avait produit aucune preuve à l'appui de son allégation.

[123] Une décision rendue par la Section de l'examen du Bureau des marques de commerce ne lie pas la Commission et n'a pas de valeur comme précédent à son égard [voir *Thomas J Lipton Inc c Boyd Coffee Co* (1991), 40 CPR (3d) 272 (COMC) à la p 277; *Procter & Gamble Inc c Morlee Corp* (1993), 48 CPR (3d) 377 (COMC) à la p 386]. De plus, le fardeau de preuve initial qui revient à un opposant en vertu de l'article 30a) de la Loi peut être satisfait simplement par la présentation d'arguments suffisants [voir *McDonald's Corp c MA Comacho-Saldana International Trading Ltd* (1984), 1 CPR (3d) 101 (COMC) à la p 104], ce que l'Opposante a fait en l'espèce.

[124] Par souci de commodité, j'ai reproduit ci-dessous les services visés par la demande :

[TRADUCTION]

Services de publicité, de promotion et de marketing, nommément programmes

publicitaires pour magasins de détail, programmes de distribution d'échantillons de produits en magasin et à l'occasion d'événements spéciaux, programmes de distribution d'échantillons de produits et programmes de bons de réduction tous liés à la distribution et à la vente de boissons gazeuses, de sirops et de concentrés utilisés dans la préparation des boissons gazeuses.

[125] Dans *Ralston Purina Co c Effem Foods Ltd* 1997 CarswellNat 2999; 81 CPR (3d) 528 (COMC) au para 14, l'agent d'audience Groom a déclaré que [TRADUCTION] « bien que la Loi ne limite pas la notion de service aux services *non* accessoires à la vente des produits, elle exige néanmoins qu'un service soit offert à des tiers pour qu'un état des services soit acceptable » et que [TRADUCTION] « la sensibilisation du public au produit [du requérant] constitue l'offre d'un service véritable au public ».

[126] Après avoir examiné les lignes directrices et la liste représentative des produits et des services dans le *Manuel des produits et des services* de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada [voir *Semperviva Natural Health and Body Care Products Limited c Hexameron Corporation*, 2014 COMC 41 à titre d'exemple de cas où le registraire a fait référence à ce manuel pour examiner un motif d'opposition fondée sur l'article 30a)], je note que les entrées représentatives suivantes peuvent être acceptées par l'Office de la propriété intellectuelle du Canada : « offre des programmes promotionnels de coupons-rabais se rapportant à une gamme de produits alimentaires »; « distribution d'échantillons à des fins publicitaires »; et « distribution d'échantillons ».

[127] Compte tenu de ce qui précède, à l'exception des « programmes publicitaires pour magasins de détail », pour lesquels il n'y a aucune indication que le public peut profiter d'un tel service, je suis convaincue que les autres services visés par la demande peuvent être considérés comme étant correctement identifiés en tant que services en vertu de l'article 30a) de la Loi.

Motif fondé sur l'article 30b)

[128] La question que pose l'article 30b) est celle de savoir si la Requérante a employé la Marque de manière continue dans la pratique normale du commerce pendant la période comprise entre la date de premier emploi alléguée et la date pertinente [voir *Immuno AG c Immuno Concepts, Inc* (1996) 69 CPR (3d) 374 (COMC); *Labatt Brewing Co c Benson & Hedges*

(*Canada Ltd* (1996), 67 CPR (3d) 258 (CF 1^{re} inst), à la p 262; et *Corporativo de Marcas GJB, SA de CV c Bacardi & Company Ltd* 2014 CF 323].

[129] L'Opposante a le fardeau de preuve initial de présenter une preuve admissible suffisante pour étayer son allégation de non-conformité de la demande à l'article 30*b*) de la Loi, en gardant à l'esprit que les faits en rapport avec le premier emploi par la Requérante relèvent essentiellement de la connaissance de la Requérante [voir *Tune Masters c Mr P's Mastertune Ignition Services Ltd* (1996), 10 CPR (3d) 84 (COMC), à la p 89 et *Corporativo de Marcas*, précitée]. Pour s'acquitter de ce fardeau initial, l'Opposante peut s'appuyer aussi bien sur sa propre preuve que sur celle de la Requérante [voir *Labatt Brewing Company Limited c Molson Breweries, a Partnership* (1996), 68 CPR (3d) 216 (CF 1^{re} inst), à la p 230]. Si l'Opposante réussit à s'acquitter du fardeau de preuve initial qui lui incombe, la Requérante doit alors, en réponse, corroborer sa revendication d'emploi pendant la période pertinente.

[130] S'appuyant sur l'affidavit de M. Samoszewski, l'Opposante fait valoir que : (i) la Requérante n'a pas employé la Marque seule sur les boissons; (ii) il n'y a aucune facture ni preuve documentaire montrant des ventes des boissons de la Requérante au Canada à compter de la date de premier emploi revendiquée; (iii) il n'y a aucune preuve d'emploi de la Marque avec des [TRADUCTION] « sirops et concentrés »; et (iv) il n'y a aucune preuve d'emploi de la Marque en liaison avec les services visés par la demande, pour un tiers, ou avec la Marque seule. En outre, l'Opposante fait valoir qu'une simple affirmation de ventes ne doit pas être acceptée.

[131] Je note également que l'affidavit de M. Hadley fait aussi référence à un affidavit souscrit par M. Ferris dans une procédure d'opposition distincte entre les parties, et aux réponses qui ont été fournies dans le cadre du contre-interrogatoire, comme preuve pour mettre en doute la date de premier emploi revendiquée dans la demande en cause, élément que j'ai déjà abordé. Je me contenterai de dire que l'affidavit et les détails de la demande en question n'ont pas été versés au dossier de la présente procédure; je ne suis pas disposée à accepter le bref sommaire qu'a fait M. Hadley de l'affidavit de M. Ferris, ni ses impressions de ce qui a été omis de celui-ci, comme étant une preuve fiable ou nécessaire.

[132] En réponse aux allégations de l'Opposante, la Requérante fait valoir que l'Opposante ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombait au titre du motif fondé sur l'article 30*b*) qu'elle a invoqué, puisque l'affidavit de M. Samoszewski indique clairement que la Requérante a lancé, distribué et annoncé au Canada le produit DIET SPRITE ZERO arborant la Marque, aussi tôt qu'en octobre 2004, conformément à la date de premier emploi revendiquée, [TRADUCTION] « depuis au moins le 26 septembre 2005 ».

[133] Après avoir examiné la totalité de l'affidavit de M. Samoszewski, ainsi que la transcription de son contre-interrogatoire, je ne suis pas convaincue que l'Opposante s'est acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombait relativement à son motif d'opposition fondé sur l'article 30*b*), même s'il était considéré comme peu contraignant. Plus particulièrement, l'Opposante n'a pas mis en doute la véracité de la date de premier emploi revendiquée de la Marque en liaison avec les produits et les services visés par la demande.

[134] Il est bien établi que rien n'empêche un propriétaire d'apposer deux marques de commerce ou plus sur un même produit [voir *AW Allen Ltd c Warner-Lambert Canada Inc*, 1985 ACF 824, 6 CPR (3d) 270 (CF 1^{re} inst)]. En outre, bien que M. Samoszewski n'ait pas produit de preuve documentaire à l'appui de sa simple affirmation des ventes de Sprite ZERO [TRADUCTION] « depuis au moins octobre 2004 », rien ne laisse entendre, à la lecture globale de l'affidavit, que cette déclaration est inexacte. Lors de son contre-interrogatoire, en référence à la date de lancement de Diet Sprite ZERO, soit octobre 2004, produit pour lequel l'illustration de l'étiquette datée d'août 2004 est jointe en pièce MS-3, M. Samoszewski explique que le système de ventes de la Requérante lui permet de faire le suivi selon l'année et le mois où les ventes et la distribution sur le marché d'un produit particulier ont commencé [Q78 à Q80]. Le déposant a ajouté que, conformément au mode d'activité normal de la Requérante, l'illustration de l'étiquette jointe en pièce MS-3 serait celle qui a été utilisée lorsque le produit a été lancé deux mois plus tard [Q85 et Q86].

[135] Dans le même ordre d'idées, mis à part la question de savoir si les services visés par la demande offrent un avantage à un tiers, question qui a déjà été abordée dans mon analyse du motif fondé sur l'article 30*a*), l'affidavit de M. Samoszewski ne dit rien concernant la date de premier emploi revendiquée de la Marque en liaison avec ses services de publicité, de promotion

et de marketing. Il ne fournit que des exemples de documents promotionnels arborant la Marque à différentes périodes; cela ne vient pas en soi mettre en doute la date de premier emploi revendiquée. Enfin, l'affidavit de M. Samoszewski ne jette aucun doute sur la date de premier emploi de la Marque en liaison avec des [TRADUCTION] « sirops et concentrés utilisés dans la préparation de boissons gazeuses ».

[136] Finalement, la Requérante n'est aucunement tenue de corroborer la date de premier emploi qu'elle revendique relativement aux produits et aux services visés dans sa demande avant que l'Opposante se soit acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombe. En l'espèce, l'Opposante ne s'est pas acquittée de ce fardeau. Par conséquent, je rejette le motif d'opposition fondé sur l'article 30*b*) étant donné que l'Opposante ne s'est pas acquittée du fardeau initial qui lui incombait.

Motif fondé sur l'article 30i)

[137] L'article 30*i*) de la Loi exige que le requérant se déclare convaincu, dans sa demande, d'avoir droit d'employer la marque de commerce au Canada. D'après la jurisprudence, lorsque le requérant a fourni la déclaration exigée, on ne peut conclure à la non-conformité à l'article 30*i*) de la Loi qu'en présence de circonstances exceptionnelles qui rendent la déclaration du requérant invraisemblable [voir *Sapodilla Co Ltd c Bristol-Myers Co* (1974), 15 CPR (2d) 152 (COMC), à la p 155]. L'Opposante n'a pas démontré qu'il existe de telles circonstances en l'espèce.

[138] Par conséquent, je rejette le motif d'opposition fondé sur l'article 30*i*) étant donné que l'Opposante ne s'est pas acquittée du fardeau initial qui lui incombait.

Décision

[139] Dans l'exercice des pouvoirs qui m'ont été délégués en vertu des dispositions de l'article 63(3) de la Loi, je repousse la demande d'enregistrement en vertu de l'article 38(8) de la Loi.

Pik-Ki Fung
Membre
Commission des oppositions des marques de commerce
Office de la propriété intellectuelle du Canada

Traduction certifiée conforme
Sophie Ouellet, trad.a.

**COMMISSION DES OPPOSITIONS DES MARQUES DE COMMERCE
OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA
COMPARUTIONS ET AGENTS INSCRITS AU DOSSIER**

DATE DE L'AUDIENCE : 15 septembre 2015

COMPARUTIONS

Gervas W. Wall

POUR L'OPPOSANTE

James H. Buchan

POUR LA REQUÉRANTE

AGENTS AU DOSSIER

Deeth Williams Wall LLP

POUR L'OPPOSANTE

Gowling Lafleur Henderson LLP

POUR LA REQUÉRANTE