



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

Référence : 2016 COMC 60
Date de la décision : 2016-04-14
[TRADUCTION CERTIFIÉE,
NON RÉVISÉE]

**DANS L’AFFAIRE DE LA PROCÉDURE DE RADIATION EN VERTU DE
L’ARTICLE 45**

Osler, Hoskin & Harcourt LLP **Partie requérante**

et

Childs and Weatherbie Inc. **Propriétaire inscrite**

LMC728,681 pour la marque de commerce **Enregistrement**
are you living your life yet

[1] Le 12 juin 2014, à la demande d'Osler, Hoskin & Harcourt LLP (la Partie requérante), le registraire des marques de commerce a donné l'avis prévu à l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, ch T-13 (la Loi) à Caveman Health Foods Inc., la propriétaire inscrite à l'époque de l'enregistrement n° LMC728,681 de la marque de commerce « are you living your life yet » (la Marque).

[2] La Marque est enregistrée en liaison avec les produits suivants [TRADUCTION] :

- (1) Barres alimentaires, nommément barres énergétiques nutritives, barres protéiniques, barres énergétiques et substituts de repas en barres.
- (2) Vêtements, nommément tee-shirts et casquettes.

[3] L'article 45 de la Loi exige que le propriétaire inscrit de la marque de commerce indique, à l'égard de chacun des produits spécifiés dans l'enregistrement, si la marque de commerce a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois années précédant

immédiatement la date de l'avis et, dans la négative, qu'il précise la date à laquelle la marque a ainsi été employée en dernier lieu et la raison de son défaut d'emploi depuis cette date. En l'espèce, la période pertinente pour établir l'emploi s'étend du 12 juin 2011 au 12 juin 2014.

[4] La définition pertinente d'« emploi » est énoncée à l'article 4(1) de la Loi, lequel est ainsi libellé :

4(1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des produits si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces produits, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les produits mêmes ou sur les emballages dans lesquels ces produits sont distribués, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux produits à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

[5] Il est bien établi que de simples allégations d'emploi ne sont pas suffisantes pour établir l'emploi dans le contexte de la procédure prévue à l'article 45 [*Plough (Canada) Ltd c Aerosol Fillers Inc* (1980), 53 CPR (2d) 62 (CAF)]. Bien que le niveau de preuve requis pour établir l'emploi dans le cadre de la procédure prévue à l'article 45 soit peu élevé [*Woods Canada Ltd c Lang Michener* (1996), 71 CPR (3d) 477 (CF 1^{re} inst)] et qu'il ne soit pas nécessaire de produire une surabondance d'éléments de preuve [*Union Electric Supply Co Ltd c le Registraire des marques de commerce* (1982), 63 CPR (2d) 56 (CF 1^{re} inst)], il n'en faut pas moins présenter des faits suffisants pour permettre au registraire de conclure que la marque de commerce a été employée en liaison avec chacun des produits spécifiés dans l'enregistrement au cours de la période pertinente.

[6] Suivant l'envoi de l'avis prévu à l'article 45, le registraire a porté au registre un changement dans la propriété de l'enregistrement au profit de Kelly Childs Inc. (la Propriétaire). Ce changement de titre n'est pas en cause dans cette procédure.

[7] En réponse à l'avis du registraire, la Propriétaire a produit l'affidavit de Kelly Childs, souscrit le 11 septembre 2014 à Toronto. Les parties ont toutes deux produit des représentations écrites; la tenue d'une audience n'a pas été sollicitée.

[8] Suivant la production des représentations écrites, le registraire a porté au registre un autre changement dans la propriété de l'enregistrement au profit de Childs and Weatherbie Inc. Ce nouveau changement de titre n'est pas non plus en cause dans cette procédure.

La preuve de la Propriétaire

[9] Dans son affidavit, Mme Childs atteste qu'elle est la directrice générale et la fondatrice de la Propriétaire. Elle atteste que la Propriétaire, par l'entremise de sa licenciée Kelly's Bake Shoppe, a fabriqué des barres alimentaires, des tee-shirts et des casquettes en vue de leur vente depuis octobre 2008. Mme Childs atteste qu'elle a fondé et qu'elle est copropriétaire de Kelly's Bake Shoppe, et qu'en tant que copropriétaire, elle exploite et contrôle cette entreprise sur une base quotidienne. Elle explique que, pendant la période pertinente, la Propriétaire exerçait un contrôle direct sur les caractéristiques et la qualité des produits vendus en liaison avec la Marque.

[10] Mme Childs atteste que, par l'entremise de sa licenciée, la Propriétaire a vendu en moyenne 250 [TRADUCTION] « barres énergétiques nutritives et protéiniques et substituts de repas en barres » par semaine pendant la période pertinente. Elle atteste que les ventes totales de ces barres alimentaires ont dépassé 130 000 \$ pendant la période pertinente.

[11] En ce qui concerne le genre de ces barres alimentaires, Mme Childs explique que les ingrédients ont [TRADUCTION] « tous naturellement une valeur énergétique élevée et sont riches en protéines ». Elle atteste que, [TRADUCTION] « étant donné la valeur nutritive élevée des barres alimentaires, celles-ci représentent aussi un substitut de repas efficace ». Ainsi, elle atteste que les barres alimentaires vendues par la licenciée sont [TRADUCTION] « commercialisées de diverses manières comme étant des barres protéiniques, des barres énergétiques nutritives et des substituts de repas en barres ».

[12] En ce qui concerne les produits vestimentaires visés par l'enregistrement, Mme Childs atteste que des tee-shirts arborant la Marque ont été vendus par l'entremise de Kelly's Bake Shoppe pendant la période pertinente. Elle affirme que, pendant la période pertinente, les ventes de ces tee-shirts ont dépassé 1 500 \$.

[13] De même, Mme Childs atteste que des casquettes arborant la Marque ont également été vendues chez Kelly's Bake Shoppe pendant la période pertinente et que les ventes de ces casquettes ont dépassé 500 \$.

[14] Pour étayer ses dires, Mme Childs joint les pièces suivantes à son affidavit :

- La pièce A se compose d'un spécimen de feuille d'étiquettes arborant la Marque. Mme Childs explique que, pendant la période pertinente, ces étiquettes étaient apposées sur chacune des barres alimentaires vendues chez Kelly's Bake Shoppe.
- La pièce B se compose de deux factures faisant état de l'achat des étiquettes présentées à la pièce A par Kelly's Bake Shoppe. La Marque figure dans la description des articles. Mme Childs explique que ces étiquettes ont été commandées et employées pendant la période pertinente par la licenciée de la Propriétaire, Kelly's Bake Shoppe.
- La pièce C se compose de cinq photographies d'un étalage de magasin. Divers produits figurent sur l'étalage, dont des barres alimentaires portant des étiquettes arborant la Marque. Des tee-shirts arborant la Marque sont également visibles sur trois des photographies. Les barres alimentaires sont présentées sur la table devant un panneau arborant la Marque. Bien que les photographies soient postérieures à la période pertinente, Mme Childs atteste que les photographies sont représentatives de la mise en marché des produits alimentaires pendant la période pertinente.
- La pièce D se compose de photographies de 30 reçus de vente portant une date comprise dans la période pertinente. Mme Childs atteste que ces reçus font état de ventes faites à des clients chez Kelly's Bake Shoppe. Mme Childs explique aussi que, en raison du logiciel employé par Kelly's Bake Shoppe, les reçus n'arborent pas la Marque. Cependant, elle atteste également que les produits mentionnés sur les reçus sont des barres alimentaires et que les diverses descriptions proviennent des ingrédients particuliers des barres alimentaires.
- La pièce E se compose d'un spécimen de facture, portant une date comprise dans la période pertinente, faisant état d'une commande passée par Kelly's Bake Shoppe de

100 tee-shirts qui, atteste Mme Childs, arboraient la Marque et ont été vendus chez Kelly's Bake Shoppe pendant la période pertinente.

- La pièce F se compose d'une photographie d'un tee-shirt arborant la Marque. Mme Childs atteste qu'il s'agit d'un tee-shirt provenant de la commande mentionnée dans la facture de la pièce E.
- La pièce G est une photographie de plusieurs tee-shirts empilés dans un présentoir. Mme Childs explique que le présentoir montre comment les tee-shirts étaient présentés en vue de leur vente chez Kelly's Bake Shoppe pendant la période pertinente. Les tee-shirts présentés arborent la Marque.
- La pièce H est une photographie d'une casquette arborant la Marque. Mme Childs explique qu'elle est représentative des casquettes vendues par la licenciée de la Propriétaire pendant la période pertinente.

Preuve d'emploi – barres alimentaires

[15] En ce qui concerne les produits (1), [TRADUCTION] « barres alimentaires, nommément barres énergétiques nutritives, barres protéiniques, barres énergétiques et substituts de repas en barres », je souligne en premier lieu que la Partie requérante n'a fait aucune représentation. Tel que décrit ci-dessus, la preuve démontre que des barres alimentaires arborant la Marque ont été vendues par la licenciée de la Propriétaire dans la pratique normale du commerce pendant la période pertinente. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, Mme Childs fait état de ventes de ces barres alimentaires dépassant 130 000 \$ pendant la période pertinente.

[16] Cependant, la question qui se pose est celle de savoir si ces barres alimentaires correspondent aux barres alimentaires spécifiées dans l'enregistrement, à savoir des [TRADUCTION] « barres alimentaires, nommément *barres énergétiques nutritives, barres protéiniques, barres énergétiques et substituts de repas en barres* ». Lorsqu'elle parle des détails des barres alimentaires en cause, Mme Childs les appelle pour l'essentiel des [TRADUCTION] « barres énergétiques nutritives, protéiniques et substituts de repas en barre » dans son affidavit (notamment aux paragraphes 12, 14, 15 et 16). En effet, comme je l'ai déjà souligné, au

paragraphe 9 de son affidavit, Mme Childs atteste expressément que les barres alimentaires sont [TRADUCTION] « produites et commercialisées de diverses manières comme étant des barres protéiniques, des barres énergétiques nutritives et des substituts de repas en barres ».

[17] En conséquence, à la lumière de la preuve dans son ensemble et en l'absence de représentations écrites de la Partie requérante, je suis convaincu que la Propriétaire a établi l'emploi de la Marque en liaison avec des [TRADUCTION] « barres alimentaires, nommément barres énergétiques nutritives, barres protéiniques... et substituts de repas en barres » au sens des articles 4 et 45 de la Loi.

[18] Cependant, en ce qui concerne les [TRADUCTION] « barres alimentaires, nommément... barres énergétiques » plus générales dans les produits (1), je ne suis pas convaincu que la Propriétaire a établi l'emploi de la Marque au sens des articles 4 et 45 de la Loi.

[19] À cet égard, étant donné que la Propriétaire a établi une distinction dans l'état déclaratif de ses produits, elle est tenue de fournir une preuve d'emploi de la Marque à l'égard de chacun des produits visés par l'enregistrement [voir *John Labatt Ltd c Rainier Brewing Co et al* (1984), 80 CPR (2d) 228 (CAF); *Sharp Kabushiki Kaisha c 88766 Canada Inc* (1997), 72 CPR (3d) 195 (CF 1^{re} inst.); *Fogler, Rubinoff LLP c Canada Safeway Ltd*, 2013 COMC 227, CarswellNat 5446 et *Stikeman Elliott LLP c Parmx Cheese Co Ltd*, 2015 COMC 102, CarswellNat 2803].

[20] Comme dans ces affaires, la Propriétaire devait, pour maintenir l'enregistrement de sa Marque en liaison avec les produits plus généraux [TRADUCTION] « barres énergétiques », établir l'emploi de sa Marque en liaison avec ces produits autrement que par référence à des [TRADUCTION] « barres énergétiques nutritives ».

[21] Ainsi, bien que je sois convaincu que la Propriétaire a établi l'emploi de la Marque en liaison avec des [TRADUCTION] « barres énergétiques nutritives », la preuve n'établit pas l'emploi de la Marque en liaison avec les [TRADUCTION] « barres énergétiques » plus générales à la lumière des déclarations de Mme Childs et des pièces dont je dispose. Étant donné que la Propriétaire n'a produit aucune preuve de circonstances spéciales justifiant le défaut d'emploi de la Marque en liaison avec les [TRADUCTION] « barres énergétiques » plus générales, l'enregistrement sera modifié en conséquence.

Preuve d'emploi – vêtements

[22] En ce qui concerne les produits (2), à savoir des [TRADUCTION] « vêtements, nommément tee-shirts et casquettes », la Partie requérante soutient que la Propriétaire n'a fait que de simples affirmations d'emploi de la Marque en liaison avec ces produits. À cet égard, la Partie requérante fait valoir que la Propriétaire ne [TRADUCTION] « fournit pas » de preuve à l'appui comme des bordereaux de marchandises, des reçus ou des factures documentant la vente de l'un quelconque des produits vestimentaires visés par l'enregistrement.

[23] En réponse, la Propriétaire soutient que les déclarations [TRADUCTION] « claires et non équivoques » de la Propriétaire à propos de la vente de tee-shirts et de casquettes sont plus que suffisantes pour lui permettre de s'acquitter du fardeau relativement peu exigeant d'établir l'emploi de la Marque aux fins de la procédure prévue à l'article 45 de la Loi.

[24] Il est bien établi que des factures ne sont pas nécessaires pour répondre de façon satisfaisante à l'avis prévu à l'article 45. Aux fins de l'article 45 de la Loi, l'emploi peut être établi sans fournir de factures, et le registraire ne doit pas considérer un affidavit sans factures comme étant « présumé inutile » [tel qu'établi dans *Lewis Thomson & Sons Ltd c Rogers, Bereskin & Parr* (1988), 21 CPR (3d) 483 (CF 1^{re} inst) au para 9].

[25] En l'espèce, Mme Childs atteste expressément que des ventes à la fois de tee-shirts et de casquettes arborant la Marque ont été faites pendant la période pertinente. Comme je l'ai déjà souligné, elle atteste que ces produits ont été vendus par la licenciée de la Propriétaire chez Kelly's Bake Shoppe et elle fournit des pièces à l'appui montrant la façon dont la marque était présentée chez Shoppe et confirmant que les produits arboraient la Marque telle qu'elle a été enregistrée. En ce qui concerne la question de savoir si la preuve démontre que des ventes des produits vestimentaires visés par l'enregistrement ont été réalisées « dans la pratique normale du commerce », conjuguée aux pièces produites à l'appui, j'estime que les déclarations de Mme Childs sont suffisantes. À cet égard, on doit accorder une grande crédibilité aux déclarations faites dans un affidavit dans le cadre de la procédure prévue à l'article 45 [voir *Ogilvy Renault c Compania Roca-Radiadores SA*, 2008 CarswellNat 776 (COMC)].

[26] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que la Propriétaire a établi l'emploi de la Marque en liaison avec des [TRADUCTION] « vêtements, nommément tee-shirts et casquettes » au sens des articles 4 et 45 de la Loi.

Décision

[27] En conséquence, dans l'exercice des pouvoirs qui m'ont été délégués en vertu des dispositions de l'article 63(3) de la Loi, l'enregistrement sera modifié afin de radier les [TRADUCTION] « barres énergétiques » des produits (1) selon les dispositions de l'article 45 de la Loi.

[28] L'état déclaratif des produits modifié sera libellé comme suit [TRADUCTION] :

(1) Barres alimentaires, nommément barres énergétiques nutritives, barres protéiniques, et substituts de repas en barres.

(2) Vêtements, nommément tee-shirts et casquettes.

Andrew Bene
Agent d'audience
Commission des oppositions des marques de commerce
Office de la propriété intellectuelle du Canada

Traduction certifiée conforme
Marie-Pierre Héту, trad.

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

DATE DE L'AUDIENCE : Aucune audience tenue

AGENT(S) AU DOSSIER

Gowling WLG LLP

POUR LA PROPRIÉTAIRE
INSCRITE

Osler, Hoskin & Harcourt LLP

POUR LA PARTIE
REQUÉRANTE