



LE REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE
THE REGISTRAR OF TRADEMARKS

Référence : 2020 COMC 147

Date de la décision : 2020-12-30

**[TRADUCTION CERTIFIÉE,
NON RÉVISÉE]**

DANS L’AFFAIRE DE L’OPPOSITION

PROsnack Natural Foods Inc.

Opposante

et

Frank Ferragine

Requérant

1,794,557 et 2,043,870 pour

Demandes

Elevated Eats

INTRODUCTION

[1] Frank Ferragine (le Requérant) a produit une demande d’enregistrement de la marque de commerce Elevated Eats (la Marque), fondée sur l’emploi projeté au Canada, en liaison avec les produits et services suivants :

Demande n° 1,794,557 (ci-après parfois appelée la demande originale)	Demande n° 2,043,870 (ci-après parfois appelée la demande divisionnaire)
<u>Produits</u> : Grattes; cisailles et ciseaux de jardinage; outils de jardinage; transplantoirs	<u>Produits</u> : Fleurs fraîches, légumes frais et fruits frais.

<p>pour le jardinage. Boyaux d'arrosage. Décorations de jardin. Mobilier de jardin. Gants de jardinage. Herbes fraîches du jardin; semences de fruits et de légumes.</p> <p><u>Services</u> : Ateliers et conférences dans les domaines du jardinage, des aliments, de l'alimentation, de l'agriculture et de l'exploitation agricole. Offre d'un site Web dans les domaines du jardinage, de l'agriculture, de l'exploitation agricole, des aliments et de l'alimentation.</p>	
--	--

[2] PROsnack Natural Foods Inc. (l'Opposante) détient les enregistrements pour les marques de commerce suivantes en liaison avec des aliments santé nutritifs, principalement sous forme de barres énergisantes : ELEVATE (LMC867,428), ELEVATE ME (LMC712,170), ELEVATE ME PERK (LMC895,619) et ELEVATE ME PERK & Design (LMC895,613) (collectivement, les Marques déposées de l'Opposante, dont les détails sont énoncés à l'annexe A). L'Opposante s'est également opposée aux demandes principalement au motif que la Marque crée de la confusion avec ses enregistrements et son emploi de ces marques de commerce. L'Opposante a également contesté les demandes au motif (i) que les produits et les services visés ne sont pas décrits dans des termes ordinaires du commerce et (ii) que le Requéant n'avait pas l'intention d'employer la Marque au Canada.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la demande n° 2,043,870 devrait être rejetée en ce qui a trait aux produits « légumes frais et fruits frais », et je rejette l'opposition en ce qui a trait au reste des Produits visés par la demande n° 2,043,870 et à la demande n° 1,794,557.

CONTEXTE

[4] La demande n° 1,794,557 a été produite le 5 août 2016 et annoncée aux fins d'opposition dans le *Journal des marques de commerce* le 3 mai 2017. Le 3 octobre 2017, l'Opposante a produit une déclaration d'opposition en vertu de l'article 38 de la *Loi sur les marques de*

commerce, LRC 1985, c T-13 (la Loi). Tous les renvois dans la présente décision sont faits à la Loi dans sa version modifiée le 17 juin 2019, à l'exception des renvois faits aux motifs d'opposition, qui renvoient à la Loi avant sa modification.

[5] L'Opposante soulève des motifs d'opposition fondé sur la non-conformité à l'article 30, la non-enregistrabilité en vertu de l'article 12, l'absence d'un droit à l'enregistrement en vertu de l'article 16, l'absence de caractère distinctif en vertu de l'article 2 de la Loi, tels que résumés ci-dessous :

- a) la demande n'est pas conforme aux exigences de l'article 30*a*) de la Loi, puisque les produits décrits comme des « [f]leurs » et les services ne satisfont pas au degré de spécificité requis et qu'ils ne sont pas décrits dans des termes ordinaires du commerce;
- b) la demande n'est pas conforme aux exigences de l'article 30*e*) de la Loi, puisque le Requéran a omis de déclarer la date à laquelle il a employé la Marque au Canada en liaison avec les Produits et Services, et que, par conséquent, la demande contient une déclaration inexacte;
- c) la demande n'est pas conforme aux exigences de l'article 30*i*) de la Loi, puisque le Requéran ne pouvait pas être convaincu qu'il avait le droit d'employer la Marque en liaison avec les Produits et Services, car il était au courant de l'emploi antérieur et de l'enregistrement des Marques déposées de l'Opposante;
- d) la Marque n'est pas enregistrable en vertu de l'article 12(1)*d*) de la Loi, puisqu'elle crée de la confusion avec les Marques déposées de l'Opposante;
- e) le Requéran n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la Marque en vertu de l'article 16(3)*a*) de la Loi, puisque la Marque créait de la confusion avec les Marques déposées de l'Opposante, qui ont déjà été employées par l'Opposante au Canada;
- f) la Marque n'est pas distinctive en vertu de l'article 2 de la Loi, puisqu'elle ne distingue pas et n'est pas adaptée pour distinguer les Produits et Services du Requéran de ceux de l'Opposante en ce qui a trait à l'emploi et à l'annonce par l'Opposante de ses Marques déposées au Canada.

[6] Le Requéranant a produit et signifié une contre-déclaration dans laquelle il conteste les motifs d'opposition invoqués dans la déclaration d'opposition.

[7] À l'appui de son opposition, l'Opposante a produit l'affidavit de Dulce Campos, chercheuse en marques de commerce employée par les agents de marques de commerce de l'Opposante, établi sous serment le 4 juin 2018, auquel sont jointes les Pièces 1 à 13 (l'affidavit Campos). M^{me} Campos introduit en preuve les résultats de diverses recherches en ligne qu'elle a effectuées et fournit des renseignements sur les activités de l'Opposante, y compris la promotion et l'utilisation des Marques déposées de l'Opposante au Canada. M^{me} Campos n'a pas été contre-interrogée au sujet de son affidavit.

[8] Le Requéranant a choisi de ne pas produire de preuve. Seul le Requéranant a produit des observations écrites et demandé une audience.

[9] Le 29 juillet 2020, quelques semaines avant l'audience prévue, le Requéranant a déposé une demande modifiée visant à restreindre la description des produits « [l]égumes, fruits et fleurs » en la remplaçant par « [f]leurs fraîches, légumes frais et fruits frais ». Le Requéranant a également présenté une demande visant à inclure ces produits, tels que modifiés, dans une demande divisionnaire en vertu de l'article 39(1) de la Loi. La division a été inscrite au registre le 5 août 2020, et, par lettre officielle datée du 10 août 2020, le registraire a accepté la modification et confirmé la création de la demande divisionnaire en tant que demande n° 2,043,870.

[10] L'audience prévue a par la suite été annulée lorsque l'Opposante a retiré sa demande.

DEMANDE N° 1,794,557

[11] J'examinerai d'abord l'opposition de l'Opposante à la demande n° 1,794,557.

Dates pertinentes et fardeau de preuve

[12] Les dates pertinentes relatives aux motifs d'opposition sont les suivantes :

- articles 38(2)a) et 30 de la Loi – la date de production de la demande, à savoir le 5 août 2016 [*Delectable Publications Ltd c Famous Events Ltd* (1989), 24 CPR (3d) 274 (COMC); *Canadian National Railway Co c Schwauss* (1991), 35 CPR (3d) 90 (COMC);

Tower Conference Management Co c Canadian Exhibition Management Inc (1990), 28 CPR (3d) 428, aux p. 432 et 433 (COMC)]. Cependant, en ce qui a trait au motif d'opposition fondé sur l'article 30a), c'est l'énoncé des produits et services, tel que modifié après la date de production, qui est évalué [*Eaton Williams (Millibank) Ltd c Nortec Air Conditioning Industries Ltd* (1982), 73 CPR (2d) 70 (COMC)];

- articles 38(2)b) et 12(1)d) de la Loi – la date de ma décision [*Park Avenue Furniture Corp c Wickes/Simmons Bedding Ltd* (1991), 37 CPR (3d) 413 (CAF)];
- articles 38(2)c) et 16 de la Loi – la date de production de la demande, à savoir le 5 août 2016 [article 16(3) de la Loi];
- articles 38(2)d) et 2 de la Loi – la date de production de l'opposition, à savoir le 3 octobre 2017 [*Metro-Goldwyn-Mayer Inc c Stargate Connections Inc*, 2004 CF 1185].

[13] L'Opposante doit s'acquitter de son fardeau de preuve initial en produisant suffisamment d'éléments de preuve admissibles à partir desquels on pourrait raisonnablement conclure que les faits allégués à l'appui de chaque motif d'opposition existent [*John Labatt Ltd c Molson Companies Ltd* (1990), 30 CPR (3d) 293 (CF 1^{re} inst)]. Si l'Opposante s'acquitte de ce fardeau, c'est au Requéranant qu'incombe le fardeau ultime d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que sa demande est conforme aux exigences de la Loi.

[14] En appliquant ces principes à l'affaire en l'espèce, les motifs d'opposition ci-dessous peuvent être rejetés sommairement au motif que l'Opposante ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve :

- Article 30e) – Plaider qu'une demande fondée uniquement sur l'emploi projeté ne comprend pas la date à partir de laquelle le Requéranant a employé la Marque ne soulève pas un motif d'opposition approprié en vertu de l'article 30e). Quoi qu'il en soit, même si j'avais considéré que l'Opposante avait suffisamment soulevé un motif d'opposition fondé sur l'article 30e), il aurait quand même échoué, puisque l'Opposante ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve initial. L'article 30e) de la Loi exige que le requérant qui demande l'enregistrement d'une marque de commerce en fonction d'un emploi

projeté déclare qu'il a l'intention de l'employer, lui-même ou par l'entremise d'un licencié, au Canada. La demande d'enregistrement de la Marque contient la déclaration exigée, et il n'y a aucune preuve que cette déclaration est fausse. J'ajouterais que l'absence de preuve selon laquelle le Requéran avait l'intention d'employer la Marque ne suffit pas, dans les circonstances en l'espèce, pour permettre à l'Opposante de s'acquitter de son fardeau.

- Article 30*i*) – Ce motif, tel que plaidé, ne soulève pas non plus un motif d'opposition approprié. Le simple fait que le Requéran soit au courant de l'existence des Marques déposées de l'Opposante n'étaye pas en soi l'allégation selon laquelle il n'aurait pas pu être convaincu d'avoir le droit d'employer la Marque [*Woot Inc c Woot Restaurants Inc/Les Restaurants Woot Inc*, 2012 COMC 197]. De plus, même si j'avais considéré que l'Opposante avait suffisamment soulevé un motif d'opposition fondé sur l'article 30*i*), il aurait quand même échoué, puisque l'Opposante ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve initial. L'article 30*i*) de la Loi exige que le requérant inclue dans sa demande une déclaration attestant qu'il est convaincu qu'il a droit à l'enregistrement de sa marque de commerce. Lorsque cette déclaration est fournie, un motif d'opposition fondé sur l'article 30*i*) ne devrait être accueilli que dans des cas exceptionnels, comme lorsqu'il existe une preuve de mauvaise foi [*Sapodilla Co Ltd c Bristol Myers Co* (1974), 15 CPR (2d) 152 (COMC)]. La demande d'enregistrement de la Marque contient la déclaration exigée, et il n'y a aucune preuve que la présente espèce constitue un cas exceptionnel.
- Articles 16(3)*a*) et 2 – Ces motifs d'opposition échouent puisque la preuve produite, comme j'en discuterons plus en détail ci-dessous, ne démontre pas efficacement que l'Opposante employait ses Marques déposées au Canada à la date de production de la demande ni que ces marques de commerce avaient acquis une réputation au Canada suffisante pour influencer sur le caractère distinctif de la Marque à la date de production de la déclaration d'opposition [voir l'article 16(5) de la Loi et *Bojangles' International LLC c Bojangles Café Ltd* (2006), 2006 CF 657, 48 CPR (4th) 427, au para 34, qui établit le fardeau de preuve de l'Opposante].

Autres motifs d'opposition

Article 30a)

[15] L'Opposante allègue que les Produits ne sont pas décrits dans des termes ordinaires de commerce, puisque le terme « fleurs » exige des précisions supplémentaires. Bien que ces produits aient été supprimés de la demande originale, par souci d'efficacité, je souligne que, compte tenu des modifications apportées à la demande le 29 juillet 2020 et acceptées par le registraire le 10 août 2020, le premier volet de ce motif d'opposition est devenu théorique et est par la présente rejetée.

[16] L'Opposante allègue également que les Services ne sont pas décrits dans des termes ordinaires du commerce, plus précisément que les services d'éducation et l'offre d'un site Web sur les « aliments » et à l'« agriculture » sont trop vastes et trop vagues, et qu'ils nécessitent donc des précisions supplémentaires. Dans ses observations écrites, l'Opposante soutient que les listes de descriptions de services acceptables en ce qui a trait aux « aliments » et à l'« agriculture », qui figurent dans le *Manuel des produits et des services* de l'OPIC comprennent les exemples plus précis suivants : « démonstrations éducatives dans le domaine de la culture biologique », « formation professionnelle en services alimentaires » et « formation pour l'utilisation et l'opération d'équipement agricole ».

[17] Le *Manuel des produits et des services* n'est pas exhaustif. Il comprend une liste représentative des énoncés de produits et de services acceptables. En ce qui concerne les produits ou les services qui ne se trouvent pas dans le *Manuel des produits et des services*, les entrées acceptables dans le *Manuel des produits et des services* peuvent être utilisées afin de déterminer, par voie d'analogie, le type d'énoncés pouvant être considérés comme étant acceptables afin de décrire des produits et services similaires. Un énoncé de produits ou de services est acceptable lorsque celui-ci est aussi précis, ou même plus précis, qu'une entrée semblable ou similaire. [*Manuel d'examen des marques de commerce*, section 2.4.5]

[18] Après avoir exercé mon pouvoir discrétionnaire pour vérifier le *Manuel des produits et des services* [*Johnson & Johnson c Integra Lifesciences Corp* (2011), 98 CPR (4th) 429 (COMC)], je souligne qu'il énumère les exemples suivants parmi les énoncés de services

acceptables dans les domaines des « aliments » ou de l'« agriculture » : « vente au détail d'aliments », « expert-conseil en alimentation et nutrition », « services de lutte contre les nuisibles pour l'agriculture » et « services d'extermination d'animaux nuisibles à l'agriculture ». Par conséquent, je suis convaincu que l'énoncé des Services, lorsqu'il est lu dans son ensemble, est suffisamment précis, et je rejette ce motif d'opposition.

Article 12(1)d

[19] Une opposante s'acquitte de son fardeau initial à l'égard d'un motif d'opposition fondé sur l'article 12(1)d si l'enregistrement invoqué est en règle. À cet égard, le registraire a le pouvoir discrétionnaire de consulter le registre pour confirmer l'existence de l'enregistrement invoqué par un opposant [*Quaker Oats of Canada Ltd/La Compagnie Quaker Oats du Canada Ltée c Menu Foods Ltd* (1986), 11 CPR (3d) 410 (COMC)]. Après avoir exercé mon pouvoir discrétionnaire, je confirme que les enregistrements nos LMC867,428, LMC712,170, LMC895,619 et LMC895,613 sont en règle.

[20] Je concentrerai mon analyse sur l'enregistrement de la marque de commerce ELEVATE (LMC867,428), puisque je considère qu'il représente le cas le plus solide de l'Opposante. Autrement dit, si la confusion n'est pas vraisemblable entre la Marque et cette marque de commerce, il ne serait alors pas probable qu'il y ait confusion entre la Marque et les autres Marques déposées de l'Opposante.

Critère en matière de confusion

[21] Le critère à appliquer pour trancher la question de la confusion est énoncé à l'article 6(2) de la Loi, qui prévoit que l'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les produits liés à ces marques de commerce sont fabriqués, vendus, donnés à bail ou loués, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces produits ou services soient ou non de la même catégorie générale ou figurent ou non dans la même classe de la classification de Nice. Par conséquent, l'article 6(2) de la Loi ne concerne pas la confusion entre les marques de commerce elles-mêmes,

mais la confusion entre des produits ou services d'une source qui sont considérés comme provenant d'une autre source.

[22] Dans l'application du critère en matière de confusion, je dois tenir compte de toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, y compris celles énumérées à l'article 6(5) de la Loi, à savoir : a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce et la mesure dans laquelle elles sont devenues connues; b) la période pendant laquelle les marques ont été en usage; c) le genre de produits, services ou entreprises; d) la nature du commerce; et e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce, notamment dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'elles suggèrent. Ces critères ne sont pas exhaustifs et un poids différent sera accordé à chacun dans le cadre d'une évaluation contextuelle [*Veuve Clicquot Ponsardin c Boutiques Clicquot Ltée*, 2006 CSC 23; *Mattel, Inc c 3894207 Canada Inc*, 2006 CSC 22, au para 54].

Caractère distinctif inhérent et mesure dans laquelle les marques sont devenues connues

[23] Le caractère distinctif inhérent des marques de commerce en cause est tout aussi faible. Les deux sont composées de mots ordinaires du dictionnaire, et les deux ont une certaine connotation laudative en raison du fait qu'elles comprennent, respectivement, les termes « elevate » et « elevated », ce qui donne à penser que les produits et services sont d'une qualité supérieure au niveau normal. De plus, la Marque comprend également le terme « eats », qui ajoute une connotation suggestive à la Marque concernant des aliments.

[24] Il est possible de renforcer une marque de commerce en la faisant connaître par sa promotion ou son emploi.

[25] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, le Requérant n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que sa Marque a été employée ou est devenue connue dans une certaine mesure au Canada. De même, je ne suis pas convaincu que la preuve de l'Opposante démontre que ses marques sont connues dans une quelconque mesure significative au Canada ou qu'elles ont été réellement employées au sens de l'article 4 de la Loi.

[26] L'affidavit de Campos comprend :

- un imprimé d'une recherche du site Web *prosnack.com* dans la base de données de WHOIS Lookup accessible à l'adresse *www.webnames.ca* [para 7, Pièce 4]. Je souligne que l'Opposante n'est pas inscrite comme inscrivante dans les détails de l'enregistrement de ce nom de domaine;
- des imprimés, datés du 1^{er} juin 2018, du site Web *www.prosnack.com* [para 8, Pièce 5];
- des versions archivées de ce site Web, y compris certaines des pages citées dans la Pièce 5, obtenues à partir de l'outil Wayback Machine d'Internet Archive [para 9, Pièce 6];
- des imprimés de pages de médias sociaux arborant certaines des Marques déposées de l'Opposante [para 10 et 11, Pièces 7 et 8];
- une annonce provenant des dossiers électroniques des agents de marques de commerce de l'Opposante [TRADUCTION] « concernant l'acquisition de [l'Opposante] par Naturally Splendid Enterprises Ltd. » [para 12, Pièce 9];
- un article en ligne publié le 19 octobre 2017 par Private Capital News Wire et intitulé « Naturally Splendid closes Prosnack acquisition and \$334K final tranche of private placement » [para 13, Pièce 10];
- une copie des [TRADUCTION] « [Documents d']information sur les investisseurs de Naturally Splendid » de 2017, qui se trouvent sur le site Web *www.naturallysplendid.com* [para 14, Pièce 11];
- des imprimés, datés du 4 juin 2018, provenant du site Web *www.glutenfreeexpo.ca* et fournissant des détails sur un événement auquel M^{me} Campos a personnellement participé en janvier 2016, à Vancouver [para 15, Pièce 12];
- des documents promotionnels arborant la marque de commerce ELEVATE ME que M^{me} Campos a recueillis lors de cet événement au kiosque de l'Opposante [para 16, Pièce 13].

[27] Tenant compte du fait que M^{me} Campos est employée par les agents de marques de commerce de l'Opposante, sa preuve est irrecevable, dans la mesure où les résultats de ses recherches et sa participation à l'événement promotionnel tenu à Vancouver, en 2016, concernent une question litigieuse dans la présente instance, à savoir l'emploi et la promotion des Marques déposées de l'Opposante [*Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Ltd c Hyundai Auto Canada*, 2006 CAF 133]. Quoi qu'il en soit, même si je conclusais que sa preuve est admissible, elle ne serait pas très utile à l'Opposante, puisqu'elle contient peu, voire aucun, de renseignements pertinents ou fiables concernant la question de savoir si les Marques déposées de l'Opposante ont été employées ou étaient connues des Canadiens. Les divers extraits de sites Web et de médias sociaux fournis par M^{me} Campos ne témoignent pas de la véracité de leur contenu. Il n'y a également aucun élément de preuve établissant que les pages ont été accédées ou suivies par des consommateurs au Canada, ou dans quelle mesure elles l'auraient été. De plus, les documents que M^{me} Campos a recueillis lors de sa visite d'un événement promotionnel ne me permettent en aucun cas d'évaluer dans quelle mesure la marque de commerce qu'ils arborent est connue ou la durée de son emploi. Dans l'ensemble, la production de la preuve d'un employé des agents de l'Opposante, concernant des consultations de sites Web et une participation à un événement promotionnel un jour donné, ne me permet pas de déterminer si les marques de commerce invoquées en l'espèce ont été réellement employées par l'Opposante ou étaient connues dans une quelconque mesure significative.

[28] Par conséquent, je conclus que l'examen global du facteur prévu à l'article 6(5)a), qui comporte une combinaison du caractère distinctif inhérent et acquis des marques de commerce des parties, ne favorise pas de façon significative l'une ou l'autre des parties.

Période d'emploi

[29] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, la demande est fondée sur l'emploi projeté et le Requérent n'a produit aucune preuve que la Marque est employée depuis la production de sa demande.

[30] L'enregistrement de l'Opposante pour la marque de commerce ELEVATE montre qu'une déclaration d'emploi a été produite le 21 octobre 2013. Sans élément de preuve établissant clairement l'emploi en vertu de l'article 4 de la Loi, et en l'absence d'une copie certifiée de

l'enregistrement, je ne suis pas disposé à même déduire l'emploi minimal de cette marque de commerce au Canada [*Tokai of Canada Ltd c Kingsford Products Company, LLC*, 2018 CF 951, au para 37]. En outre, une conclusion d'emploi minimal n'étayerait pas la conclusion selon laquelle la marque de commerce de l'Opposante était connue dans une quelconque mesure significative, ou qu'elle a nécessairement été employée de façon continue depuis la date déclarée [*Krauss-Maffei Wegmann GmbH & Co KG c Rheinmetall Defence Electronics GmbH*, 2017 COMC 50, au para 20].

[31] Par conséquent, le facteur prévu à l'article 6(5)b) ne favorise pas non plus de façon significative l'une ou l'autre des parties.

Genre de produits, services ou entreprises, et nature du commerce

[32] Pour évaluer le genre de produits et services, et la nature du commerce, je dois comparer l'état déclaratif des produits et services du Requéran avec ceux figurant dans les enregistrements invoqués par l'Opposante [*Henkel Kommanditgesellschaft Auf Aktien c Super Dragon Import Export Inc* (1986), 12 CPR (3d) 110 (CAF); *Mr Submarine Ltd c Amandista Investments Ltd* (1987), 19 CPR (3d) 3 (CAF)]. Cependant, il faut lire ces énumérations dans le but de déterminer le type probable d'entreprise ou de commerce visé par les parties plutôt que toutes les activités commerciales possibles qui peuvent être visées. Une preuve de la nature véritable des commerces des parties est utile à cet égard [*McDonald's Corp c Coffee Hut Stores Ltd* (1996), 68 CPR (3d) 168 (CAF); *Procter & Gamble Inc c Hunter Packaging Ltd* (1999), 2 CPR (4th) 266 (COMC); *American Optional Corp c Alcon Pharmaceuticals Ltd* (2000), 5 CPR (4th) 110 (COMC)].

[33] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que, bien qu'il y ait un certain chevauchement ou au moins un lien entre les produits et services des parties en ce qui a trait aux herbes fraîches du jardin et aux Services dans les domaines des aliments et de l'alimentation, la nature précise des produits et services des parties est différente (des barres énergisantes comparativement à des outils de jardinage, des ateliers et conférences, et l'offre d'un site Web). En l'absence d'éléments de preuve ou d'observations concernant les consommateurs visés par les produits et services du Requéran ou la nature de son commerce, je n'ai aucune raison de conclure que les voies de commercialisation des parties ne pourraient pas se chevaucher.

Degré de ressemblance

[34] Il est bien établi en droit que, lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de ressemblance, il faut examiner les marques de commerce dans leur ensemble, et non scruter séparément chacun de leurs éléments constitutifs. Le critère approprié n'est pas une comparaison côte à côte, mais un vague souvenir dans l'esprit d'un consommateur de la marque de commerce d'un opposant [*Veuve Clicquot*, au para 20].

[35] Dans leur ensemble, j'estime que les marques de commerce des parties sont plus différentes que semblables. Les marques se ressemblent dans la mesure où le premier élément de la Marque comprend l'ensemble de la marque de commerce ELEVATE de l'Opposante. Cela dit, les marques ne sont pas structurées de la même façon et sont visuellement et oralement différentes. Les idées qu'elles suggèrent diffèrent également. À mon avis, la Marque sous-entend des aliments, des provisions ou des cultures de meilleure qualité, tandis que la marque de commerce ELEVATE suggère que quiconque consomme les barres énergisantes de l'Opposante ira mieux ou atteindra un niveau supérieur. Compte tenu de cela, et compte tenu du fait que les termes « elevate » et « elevated » ne sont pas particulièrement distinctifs puisqu'ils sont laudatifs, je conclus que les différences entre les marques de commerce dans la présentation et le son et, en particulier, les différences dans les idées qu'elles suggèrent dans leur ensemble l'emportent sur leurs similitudes. Par conséquent, ce facteur favorise le Requérant.

Conclusion concernant la probabilité de confusion

[36] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que le Requérant s'est acquitté de son fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque ne créera probablement pas de confusion avec la marque de commerce ELEVATE invoquée par l'Opposante. J'arrive à cette conclusion, puisque je conclus que le manque de ressemblance entre les marques de commerce en cause, dans la présentation, le son et les idées qu'elles suggèrent, l'emporte sur le chevauchement en ce qui a trait à certains des produits des parties, et le risque de chevauchement de leurs voies de commercialisation.

[37] J'ajouterais que ma conclusion concernant la probabilité de confusion demeurerait inchangée même si j'avais tenu compte de toute autre Marque déposée de l'Opposante dans mon évaluation de ce motif d'opposition, puisqu'elles sont encore plus différentes de la Marque.

[38] Par conséquent, le motif d'opposition fondé sur l'article 12(1)d est rejeté.

DEMANDE N° 2,043,870

[39] L'article 40 du Règlement prévoit que tout acte accompli à l'égard de la demande originale, à la date de production de la demande divisionnaire ou avant, est réputé être un acte accompli à l'égard de la demande divisionnaire, ce qui comprend la production d'une déclaration d'opposition, ainsi que toute mesure prise dans le cadre d'une procédure d'opposition, comme la production d'une preuve ou d'observations écrites, ou la participation à une audience. En l'espèce, puisque la division a été demandée seulement quelques semaines avant l'audience initialement prévue, il s'ensuit que les questions, les dates pertinentes, la preuve et les observations concernant la demande n° 2,043,870 sont identiques à celles discutées à l'égard de la demande n° 1,794,557.

[40] Par conséquent, mes conclusions ci-dessus concernant les motifs d'opposition fondés sur la non-conformité à l'article 30, l'absence d'un droit à l'enregistrement et l'absence de caractère distinctif s'appliquent *mutatis mutandis*. Il en va de même pour mon analyse des facteurs pertinents que j'ai faite dans le cadre de mon examen du motif d'opposition fondé sur la non-enregistrabilité, avec une distinction seulement en ce qui a trait au facteur prévu à l'article 6(5)c), puisque je dois tenir compte des produits du Requérent visés par la demande n° 2,043,870. En fait, bien qu'il existe des différences entre les barres énergisantes et les fruits et légumes frais, ces derniers sont aussi des aliments qui peuvent sans doute servir de collations nutritives consommées directement après leur achat. À mon avis, ces similitudes font pencher la prépondérance des probabilités en faveur de l'Opposante. Par conséquent, je conclus que la probabilité de confusion entre les marques en cause est également équilibrée entre une conclusion de confusion et une conclusion de non-confusion. Étant donné que le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'existe pas de probabilité raisonnable de confusion incombe au Requérent, je dois trancher à l'encontre du Requérent. Par conséquent,

le motif d'opposition fondé sur l'article 12(1)*d*) est accueilli, à l'exception des produits décrits comme des fleurs fraîches.

DÉCISION

[41] Dans l'exercice des pouvoirs qui m'ont été délégués en vertu des dispositions de l'article 63(3) de la Loi, je rejette l'opposition en ce qui a trait à tous les Produits et Services visés par la demande n° 1,784,557, ainsi qu'à tous les Produits visés par la demande n° 2,043,870, sauf les « légumes frais et fruits frais ».

Ian Alexova
Membre
Commission des oppositions des marques de commerce
Office de la propriété intellectuelle du Canada

Traduction certifiée conforme
Anne Laberge

ANNEXE A

Marques de commerce déposées de l'Opposante

Marque de commerce	Numéro d'enregistrement	Produits	Revendications
ELEVATE	LMC867,428	Aliments santé nutritifs, nommément barres énergisantes, en l'occurrence barres-collations à base de protéines et riches en substances nutritives.	Déclaration d'emploi produite le 21 octobre 2013
ELEVATE ME	LMC712,170	Aliments sants nutritionnels, nommément barres énergétiques et biscuits énergétiques.	Déclaration d'emploi produite le 27 mars 2008
ELEVATE ME PERK	LMC895,619	Aliments santé, nommément barres énergisantes, à savoir barres-collations riches en nutriments à base de fruits et de noix.	Déclaration d'emploi produite le 2 février 2015
ELEVATE ME <i>perk</i>	LMC895,613	Aliments santé, nommément barres énergisantes, à savoir barres-collations riches en nutriments à base de fruits et de noix.	Déclaration d'emploi produite le 2 février 2015

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

Aucune audience tenue

AGENTS AU DOSSIER

ACCUPRO TRADEMARK SERVICES LLP

Pour l'Opposante

JACK SMUGLER

Pour le Requérant