

TRADUCTION/TRANSLATION

RELATIVEMENT A L'OPPOSITION de la Société Générale d'Avant Produits de Pâtisserie "Sogap" à la demande n° 568,411 concernant la marque de commerce MIXOMOUSSE déposée par 150739 Canada Inc., et cédée à A. Lassonde & Fils Inc.

Le 28 août 1986, la requérante, 150739 Canada Inc., a déposé une demande d'enregistrement de la marque de commerce MIXOMOUSSE fondée sur l'emploi de la marque au Canada par la requérante ou son prédécesseur en titre, Mixofruit Inc., depuis au moins aussi tôt que septembre 1985 en liaison avec des "Desserts, nommément: préparation pour mousse à consommer". Après le dépôt de sa demande, la requérante a modifié la date du premier emploi avancée dans la demande comme suit: depuis au moins aussi tôt qu'octobre 1985.

Le 8 juillet 1987, l'opposante, Société Générale d'Avant Produits de Pâtisserie "Sogap", a déposé une déclaration d'opposition, dont la Commission des oppositions de marques de commerce a fait parvenir copie à la requérante, le 5 août 1987. Dans sa déclaration d'opposition, l'opposante alléguait que la marque de commerce de la requérante n'est pas enregistrable aux termes des dispositions de l'article 12 (1) (b) de la Loi sur les marques de commerce parce que cette marque est soit une description claire, soit une description fautive et trompeuse, en langue anglaise ou française, de la nature ou de la qualité des marchandises de la requérante. L'opposante alléguait en outre que la marque de la requérante n'est pas distinctive parce qu'elle n'est pas adaptée pour distinguer les marchandises de la requérante des produits d'autres personnes ou sociétés travaillant dans le secteur des produits alimentaires et, plus particulièrement, dans celui de la production de desserts.

La requérante, 150739 Canada Inc., a signifié et déposé une contre-déclaration dans laquelle elle faisait valoir que sa marque de commerce est distinctive et qu'elle ne contrevient pas aux dispositions de l'article 12(1)(b) de la Loi sur les marques de commerce.

L'opposante a choisi de ne pas déposer de preuve en vertu des dispositions de la règle 43 du Règlement sur les marques de commerce, alors que la requérante a déposé comme preuve, conformément aux dispositions de la règle 44, l'affidavit d'Alain Baillargeon. L'opposante a présenté comme preuve, quant à elle, en réponse la déclaration statutaire de Robert Charbonneau.

Au cours de l'audience d'opposition, la requérante s'est opposée à la recevabilité de la déclaration statutaire de Charbonneau en arguant qu'elle ne se limite pas strictement à la question en réponse à la preuve présentée par la requérante et contrevient ainsi aux dispositions de la règle

45 du Règlement sur les marques de commerce. La déclaration de Charbonneau vise à mettre en preuve les résultats d'une recherche sur l'état du registre effectuée par M. Charbonneau, et l'opposante a fait valoir que cela constitue une réponse aux paragraphes 6 et 12 de l'affidavit de Baillargeon, qui se lit ainsi :

6. Tel qu'il appert du registre des marques de commerce, la requérante 150739 CANADA INC. déposait une demande pour l'enregistrement de la marque de commerce **MIXOMOUSSE** en date du 28 août 1986, basée sur l'emploi de la marque. Le Registraire assigna le numéro **568,411** à cette demande.

12. Suite à l'emploi intensif de la marque **MIXOMOUSSE** de la requérante tel que décrit au présent affidavit, ladite marque a acquis un caractère distinctif inhérent et une notoriété à travers le Canada.

L'opposante, dans son plaidoyer écrit, a soumis les arguments suivants :

11. Lorsque Monsieur Baillargeon mentionne le Registre des marques de commerce et le dossier 568,411 de ce registre, il fait évidemment référence à l'enregistrabilité, selon lui, de la prétendue marque de commerce **MIXOMOUSSE**. Ce faisant, il ouvre la porte à l'opposante pour que cette dernière scrute cette allégation d'enregistrabilité contenue au paragraphe 6 de l'affidavit de Monsieur Baillargeon. Un des moyens pour l'opposante de scruter cette allégation d'enregistrabilité est de montrer l'attitude du Registraire lorsque celui-ci a eu à procéder à l'enregistrement de marques de commerce qui incluaient les mots **MIX** ou **MOUSSE**.

12. Qui plus est, lorsque Monsieur Baillargeon a fait référence au paragraphe 12 de son affidavit au "caractère distinctif" de la marque **MIXOMOUSSE**, la requérante a permis de scruter, examiner et contester cette allégation de caractère distinctif. Or, un moyen pour l'opposante de scruter, d'examiner et de contester cette allégation de caractère distinctif est de démontrer l'état du registre des marques relativement à l'enregistrabilité et au caractère distinctif de certains mots compris à l'intérieur de la marque de commerce lorsque celle-ci est utilisée en association avec des marchandises similaires à celles de la requérante.

À mon avis, la déclaration statutaire de Charbonneau n'est pas une preuve appropriée dans cette opposition, parce qu'elle ne se limite pas strictement à la question contenue dans l'affidavit de Baillargeon. La référence que fait M. Baillargeon au dépôt de la présente demande ne soulève pas la question de l'enregistrabilité de la marque de la requérante. Quant au second argument de l'opposante, tel qu'il est exposé au paragraphe 12 de son plaidoyer écrit, je ferais remarquer que le caractère distinctif inhérent est inhérent à la marque de commerce elle-même et n'en est pas affecté par l'emploi et, si M. Baillargeon avait eu l'intention de faire référence au caractère distinctif acquis de la marque de la requérante, une telle déclaration serait une opinion non admise comme preuve et, par conséquent, l'opposante n'aurait pu s'en prévaloir pour justifier le dépôt en preuve de l'état du registre.

La requérante et l'opposante ont toutes les deux présenté des plaidoyers écrits, et seule

l'opposante était représentée à l'audience.

Au cours de l'instance d'opposition, la requérante a cédé ses droits sur la marque de commerce MIXOMOUSSE à A. Lassonde & Fils Inc., la requérante actuelle en l'espèce.

Selon le premier motif d'opposition avancé par l'opposante, la marque de commerce de la requérante n'est pas enregistrable aux termes des dispositions de l'article 12(1)(b) de la Loi sur les marques de commerce, parce que la marque MIXOMOUSSE est soit une description claire, soit une description fautive et trompeuse, en langue anglaise ou française, de la nature ou de la qualité des marchandises de la requérante, à savoir des "desserts, nommément : préparation pour mousse à consommer". La date visée pour prendre en compte ce motif d'opposition est celle de la date à laquelle la requérante a déposé sa demande, soit le 28 août 1986. À cet égard, on peut faire référence aux décisions rendues dans les affaires Oshawa Group Ltd. c. Registrar of Trade-marks, 46 C. P. R. (2e) 145, p. 147, et Carling Breweries Limited c. Molson Companies Limited et al, 1 C. P. R. (3e) 191, p. 195. De plus, bien qu'il incombe à la requérante la charge d'établir l'enregistrabilité de sa marque de commerce, il revient à l'opposante d'apporter des éléments de preuve suffisants qui, s'ils étaient accueillis, appuieraient la véracité des allégations avancées dans la déclaration d'opposition.

L'opposante, eu égard à la charge de la preuve qui lui incombe, s'est fondée sur les définitions des dictionnaires pour établir le sens des mots MIX et MOUSSE. Le mot "mix", à cet égard, en tant que nom, est défini dans le Webster's Third New International Dictionary en ces termes "a commercially prepared mixture of dry ingredients for a food usu. requiring the addition of only water or sometimes eggs and cooking or baking <roll--> <soup --> <cake made from a packaged --> <an instant pudding -- that needs only milk and mixing>". Comme verbe, le mot "mix" est défini ainsi "intermingle thoroughly <--the flour with a little water>". Dans le Webster's Third New International Dictionary, le mot "mousse" est défini comme étant "a frothy dessert".

Or, la marque de commerce de la requérante est MIXOMOUSSE, et la seule preuve sur laquelle l'opposante s'est fondée qui s'adresse à la marque de commerce, considérée dans son intégralité, de la requérante est la pièce A-1 annexée à l'affidavit de Baillargeon (voir ci-dessous); cette pièce, ainsi qu'il a été déclaré par le procureur de l'opposante à l'audience, établit que la requérante considère elle-même que la marque MIXOMOUSSE désigne les marchandises associées avec la marque de commerce, puisque, en dehors de la marque de

commerce, l'étiquette n'indique pas la nature des marchandises ni ne contient de dessin ou de représentation des marchandises qui permettrait au consommateur moyen de reconnaître le type de produit associé à la marque de commerce.

Tout en reconnaissant avec l'opposante que l'étiquette de la requérante n'indique rien sur la nature des marchandises liées avec la marque de commerce MIXOMOUSSE, il appert que la marque MIXOMOUSSE ou, au moins, une variante de celle-ci, est employée comme marque de commerce sur les étiquettes. À mon avis cependant, la marque apparaissant sur les étiquettes de la requérante est une variante de la marque de commerce que l'on vise à faire enregistrer, puisque les mots MIX et MOUSSE sont séparés par ce qui me paraît être le dessin d'un cercle plutôt que la lettre "O". Quoi qu'il en soit, l'opposante n'a pas allégué un motif d'opposition fondé sur l'article 30 et, en tout état de cause, la marque MIXOMOUSSE apparaît sur les factures constituant la pièce A-2 annexée à l'affidavit de Baillargeon, lesquelles portent des inscriptions comme 'Mousse chocolat "Mixomousse"' ou 'Mousse neutre # 200 "Mixomousse"' pour définir la nature de ses marchandises.

En dehors de ce qui précède, les factures de la requérante semblent indiquer qu'elle vend ses marchandises à une clientèle spécialisée qui les commande par écrit ou par téléphone, par opposition aux produits de la requérante étant vendus au public en général, sur place, dans une épicerie ou un supermarché. En conséquence, je ne pense pas que les étiquettes de la requérante confirment la prétention de l'opposante voulant que la marque de commerce

MIXOMOUSSE est soit une description claire, soit une description fautive et trompeuse des marchandises visées dans la demande de la requérante.

Compte tenu de ce qui précède et comme il n'a pas été établi que le consommateur moyen des marchandises de la requérante verrait dans la marque de commerce MIXOMOUSSE, considérée dans son intégralité, comme étant soit une description claire, soit une description fautive et trompeuse, en langue anglaise ou française, des préparations servant à faire de la mousse, je suis parvenu à la conclusion que l'opposante ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait et, en conséquence, je rejette le premier motif d'opposition de l'opposante.

Quant au second motif d'opposition, il incombe à la requérante d'établir que sa marque de commerce est distinctive. Toutefois, ici encore, le fardeau de preuve repose sur l'opposante d'établir les faits qu'elle allègue, eu égard à ce motif. Comme dans le cas du premier motif d'opposition, l'opposante n'a pas apporté de preuve admissible qui vienne étayer son second motif d'opposition.

À l'audience, le procureur de l'opposante a fait référence aux étiquettes et aux factures de l'opposante qui désigneraient une personne morale connue sous le nom de MIXOFRUIT ou MIXOFRUIT (150739 CANADA INC.), à l'appui de son argument selon lequel, étant donné qu'une personne autre que la requérante a employé la marque de commerce MIXOMOUSSE, cette marque ne distingue pas la requérante. La demande de la requérante, cependant, reconnaît Mixofruit Inc. comme prédécesseur en titre, et l'emploi de MIXOFRUIT (150739 CANADA INC.) est en conformité avec l'emploi par la requérante de MIXOFRUIT comme style de commerce. En tout état de cause, l'opposante ne s'est pas fondée sur l'usage abusif par la requérante de la marque de commerce en cause pour contester le caractère distinctif de la marque de commerce MIXOMOUSSE. En conséquence, je rejette le second motif d'opposition de l'opposante.

Ayant rejeté les deux motifs d'opposition de l'opposante, je rejette l'opposition de l'opposante conformément à l'article 38(8) de la Loi sur les marques de commerce.

FAIT À HULL (QUÉBEC) CE 31^e JOUR DE JANVIER 1991.

G.W. Partington
Président de la Commission
des oppositions des marques de commerce