

TRADUCTION/TRANSLATION

**DANS L'AFFAIRE DE L'OPPOSITION de
Naturesource Inc. à la demande n° 1010709
produite par Nature's Source Inc. en vue de
l'enregistrement de la marque de commerce
NATURE'S SOURCE**

I La procédure

Le 1^{er} avril 1999, Nature's Source Inc. (la « Requérante ») a produit une demande d'enregistrement pour la marque de commerce NATURE'S SOURCE (la « Marque ») fondée sur l'emploi au Canada depuis au moins le 2 mars 1998 en liaison avec certaines marchandises et services et sur un emploi projeté en liaison avec d'autres services.

La demande a été modifiée une première fois le 29 novembre 2006 par la suppression de toutes les marchandises et la modification de l'état déclaratif des services. Lors de l'audience relative à l'opposition, la Requérante a produit une autre demande modifiée, que j'ai acceptée, et à ce jour l'état déclaratif des services est le suivant :

- (1) Service de magasin de détail spécialisé dans la vente de suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes, de produits aux fibres, et produits de régime et d'amaigrissement, produits de condition physique, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits.
- (2) Services de santé, nommément : services consultatifs en nutrition; consultation en naturopathie et en homéopathie, aromathérapie, chiropratique, iridologie, massage, réflexologie, shiatsu, et amaigrissement.
- (3) Services de franchisage, nommément offre d'aide technique dans l'établissement et/ou l'exploitation de boutiques au détail spécialisées en services cliniques et dans la vente de suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes, de produits aux fibres, et de produits de régime et d'amaigrissement, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits.
- (4) Services de commerce électronique, nommément : conception et exploitation d'une boutique électronique qui offre une gamme complète de produits de santé et de beauté, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines

granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits;

ci-après collectivement désignés les « Services ».

La Marque est employée au Canada depuis au moins le 2 mars 1998 en liaison avec les Services (1) et (2) et la demande est fondée sur un emploi projeté à l'égard des Services (3) et (4).

La demande a été annoncée aux fins d'opposition dans l'édition du *Journal des marques de commerce* du 6 novembre 2002. Natursource Inc. (l'« Opposante ») a produit une déclaration d'opposition le 6 août et le registraire l'a transmise à la Requérante le 17 octobre 2003.

Le 13 juillet 2004, la Requérante a produit une contre-déclaration dans laquelle elle nie pratiquement tous les motifs d'opposition avancés.

L'Opposante a produit les affidavits de M. Gary J. Obertfield et de Mme Caroline Guy. La Requérante a produit les affidavits de M. Sanjiv Jagota et de M. James Haggerty. Le registraire a rendu une ordonnance autorisant le contre-interrogatoire de M. Gary J. Obertfield et de Mme Caroline Guy et leurs transcriptions ont été produites au dossier.

Comme élément de preuve additionnel, l'Opposante a produit un deuxième affidavit de M. Gary J. Obertfield. Les deux parties ont soumis des plaidoyers écrits et étaient représentées lors de l'audience.

II Les motifs d'opposition

Voici les motifs d'opposition :

1. La demande ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 30*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985 ch. T-13 (la « Loi ») en ce que la Requérante n'a pas employé la Marque tel qu'elle l'a revendiqué à compter de la date du premier emploi indiquée en liaison avec les Services (1) et (2);
2. La demande ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 30*i*) de la Loi en ce que la Requérante ne pouvait pas avoir été convaincue d'être en droit d'employer la Marque au Canada;

3. La Marque n'est pas enregistrable en vertu des alinéas 38(2)*b*) et 12(1)*d*) de la Loi parce qu'elle crée de la confusion avec les marques de commerce déposées NATURSOUCE, LMC278931 et MULTI-NATURE, LMC345947 de l'Opposante;
4. La Requérante n'est pas la personne qui a droit à l'enregistrement de la Marque en vertu des dispositions des alinéas 38(2)*c*) et 16(1)*c*) de la Loi parce qu'à la date pertinente, en ce qui concerne les Services (1) et (2), la Marque créait de la confusion avec les noms commerciaux NATURSOUCE INC. et NATURSOUCE, lesquels avaient été employés antérieurement au Canada en liaison avec l'exploitation d'une entreprise de production d'aliments naturels depuis au moins 1980 et en liaison avec la vente de marchandises énumérées dans les certificats d'enregistrement pour la marque NATURSOUCE depuis au moins le 1^{er} avril 1980 et pour la marque MULTI-NATURE depuis au moins le 1^{er} novembre 1982, lesquelles n'avaient pas été abandonnées à la date de l'annonce de la demande de la Requérante;
5. La Requérante n'est pas la personne qui a droit à l'enregistrement de la Marque en vertu des dispositions des alinéas 38(2)*c*) et 16(3)*c*) de la Loi parce qu'à la date pertinente, en ce qui concerne les Services (3) et (4), la Marque créait de la confusion avec les noms commerciaux NATURSOUCE INC. et NATURSOUCE, lesquels avaient été employés antérieurement au Canada en liaison avec l'exploitation d'une entreprise de production d'aliments naturels depuis au moins 1980 et en liaison avec la vente de marchandises énumérées dans les certificats d'enregistrement pour la marque NATURSOUCE depuis au moins le 1^{er} avril 1980 et pour la marque MULTI-NATURE depuis au moins le 1^{er} novembre 1982, lesquelles n'avaient pas été abandonnées à la date de l'annonce de la demande de la Requérante;
6. En vertu des dispositions de l'alinéa 38(2)*d*) et de l'article 2 de la Loi, la Marque de la Requérante n'est pas distinctive à l'égard de la Requérante car elle ne distingue pas les Services des marchandises et des services des autres propriétaires, notamment des marchandises énumérées dans les certificats d'enregistrement de l'Opposante pour les marques de commerce NATURSOUCE et MULTI-NATURE et des noms commerciaux de l'Opposante précédemment mentionnés.

III Principes généraux applicables à tous les motifs d'opposition

La Requérante doit s'acquitter du fardeau ultime de démontrer que sa demande satisfait aux dispositions de la Loi, mais c'est à l'Opposante qu'incombe le fardeau initial de produire des éléments de preuve suffisants pour qu'il soit raisonnablement possible de conclure que les faits allégués à l'appui de chaque motif d'opposition sont véridiques. Dès lors que les exigences de ce fardeau initial ont été satisfaites, il incombe toujours à la Requérante de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les motifs d'opposition en cause ne devraient faire obstacle à l'enregistrement de la Marque [voir *Joseph E. Seagram & Sons Ltd. et al c. Seagram Real Estate Ltd.*, 3 C.P.R. (3d) 325, aux p. 329 et 330; *John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, 30 C.P.R. (3d) 293 et *Wrangler Apparel Corp. c. The Timberland Company*, [2005] C.F. 722].

La date pertinente pour l'examen de chacun des motifs d'opposition varie en fonction du motif d'opposition visé par l'examen :

- Le non-respect des exigences de l'article 30 de la Loi : la date de production de la demande (1^{er} avril 1999);
- L'enregistrabilité de la Marque en vertu de l'alinéa 12(1)d) de la Loi : la date de la décision du registraire [voir *Park Avenue Furniture Corporation c. Wickes/Simmons Bedding Ltd. (1991)*, 37 C.P.R. (3d) 413, p. 424 (C.A.F.)];
- Le droit à l'enregistrement de la Marque, lorsque la demande est fondée sur l'emploi projeté : la date de production de la demande (1^{er} avril 1999) alors que pour la portion de la demande fondée sur l'emploi : la date de premier emploi (2 mars 1998) [voir les paragraphes 16(1) et (3) de la Loi];
- Le caractère distinctif de la Marque : la date de production de la déclaration d'opposition (6 août 2003) est généralement reconnue comme la date pertinente [voir *Andres Wines Ltd. and E & J Gallo Winery (1975)*, 25 C.P.R. (2d) 126, p. 130 (C.A.F.) et *Metro-Goldwyn-Meyer Inc. c. Stargate Connections Inc. (2004)*, 34 C.P.R. (4th) 317 (C.F. 1^{re} inst.)].

III Motifs d'opposition fondés sur l'article 30 de la Loi

Les éléments de preuve produits par l'Opposante ne couvrent pas la question du non-emploi de la Marque à compter de la date de premier emploi revendiquée dans la demande. De plus, les éléments de preuve de la Requérante, que pourraient favorablement faire valoir l'Opposante pour s'acquitter de son léger fardeau de preuve, ne contiennent aucun renseignement ni aucun document susceptible de soulever des doutes sérieux à l'égard de la date revendiquée de premier emploi de la Marque en liaison avec les Services (1) et (2). En conséquence, le premier motif d'opposition est rejeté.

En ce qui concerne le deuxième motif d'opposition, tel que rédigé, il n'est pas valable. De plus, l'alinéa 30*i*) de la Loi exige l'inclusion, dans la demande, d'une déclaration selon laquelle la Requérante est convaincue d'être en droit d'employer la Marque au Canada en liaison avec les Services. La demande initiale ainsi que les demandes modifiées ultérieurement contenaient une telle déclaration. En conséquence, le deuxième motif d'opposition est aussi rejeté.

IV Enregistrabilité de la Marque

L'Opposante fait valoir que la Marque n'est pas enregistrable en vertu de l'alinéa 12(1)*d*) de la Loi parce qu'elle crée de la confusion avec ses marques de commerce déposées :

- NATURSOOURCE, LMC278931 en liaison avec [TRADUCTION] des céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, biscuits;
- MULTI-NATURE, LMC345947 en liaison avec des [TRADUCTION] des produits alimentaires, nommément, des céréales, mélanges végépâtés.

L'Opposante s'est acquittée de son fardeau de preuve en ce qui concerne le présent motif d'opposition en produisant une copie certifiée conforme de l'enregistrement LMC278931 au moyen de l'affidavit de Mme Caroline Guy, employée du cabinet représentant l'Opposante. Je souligne qu'aucun certificat d'enregistrement n'a été produit pour la marque de commerce MULTI-NATURE. Malgré le pouvoir discrétionnaire de vérifier l'état du registre dont dispose le registraire, je suis d'avis que l'Opposante a de meilleures chances d'avoir gain de cause avec la

marque de commerce déposée NATURSOUCE. En conséquence, je me limiterai à déterminer, selon la prépondérance des probabilités, s'il y a probabilité de confusion avec la marque de commerce déposée NATURSOUCE de l'Opposante. Si l'Opposante n'avait pas gain de cause avec la marque NATURSOUCE, elle échouerait également lors de l'examen de la marque MULTI-NATURE.

Le test applicable à cette question est énoncé au paragraphe 6(2) de la Loi, et je dois prendre en considération toutes les circonstances pertinentes de l'espèce, notamment celles qui sont énumérées au paragraphe 6(5) : le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou des noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus; la période pendant laquelle les marques de commerce ou les noms commerciaux ont été en usage; le genre de marchandises, services ou entreprises; la nature du commerce; et le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent. Cette liste n'est pas exhaustive et les facteurs n'ont pas nécessairement tous le même poids [voir *Clorox Co. c. Sears Canada Inc.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 483 (C.F. 1^{re} inst.) et *Gainers Inc. c. Marchildon* (1996), 66 C.P.R. (3d) 308 (C.F. 1^{re} inst.)]. Je renvoie également à la décision de la Cour suprême du Canada dans *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.* (2006), 49 C.P.R. (4th) 321, pour une analyse de ces facteurs. Dans cet arrêt, le Juge Binnie a formulé les commentaires qui suivent relativement à l'évaluation des facteurs énumérés au paragraphe 6(5) de la Loi pour trancher la question de probabilité de confusion entre deux marques de commerce :

Pour l'application du critère de « toutes les circonstances de l'espèce », le par. 6(5) de la Loi énumère cinq facteurs à prendre en compte pour décider si une marque de commerce crée ou non de la confusion. Ce sont : « a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus; b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage; c) le genre de marchandises, services ou entreprises; d) la nature du commerce; e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'ils suggèrent ». La liste des circonstances n'est pas exhaustive et un poids différent sera attribué à différents facteurs selon le contexte. Voir *Gainers Inc. c. Marchildon*, [1996] A.C.F. no 297 (QL) (1^{re} inst.). Comme je l'ai déjà dit, dans le cadre d'une procédure d'opposition, c'est au requérant (en l'occurrence l'intimée) qu'incombe le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'aucune confusion n'est susceptible de survenir.
[...]

Quel point de vue faut-il alors adopter pour apprécier la probabilité d'une « conclusion erronée »? Ce n'est pas celui de l'acheteur prudent et diligent. Ni, par ailleurs, celui du « crétin pressé », si cher à certains avocats qui plaident en matière de commercialisation trompeuse : *Morning Star Co-Operative Society Ltd. c. Express Newspapers Ltd.*, [1979] F.S.R. 113 (Ch. D.), p. 117. C'est plutôt celui du consommateur mythique se situant quelque part entre ces deux extrêmes, surnommé « l'acheteur ordinaire pressé » par le juge en chef Meredith dans une décision ontarienne de 1927 : *Klotz c. Corson* (1927), 33 O.W.N. 12 (C.S.), p. 13. Voir aussi *Barsalou c. Darling* (1882), 9 R.C.S. 677, p. 693. Dans *Aliments Delisle Ltée c. Anna Beth Holdings Ltd.* [1992], C.O.M.C. n° 466 (QL), le registraire a dit :

Pour évaluer la question de la confusion, il faut examiner les marques de commerce du point de vue du consommateur moyen pressé, ayant une réminiscence imparfaite de la marque de l'opposante, qui pourrait tomber sur la marque de commerce de la Requérante utilisée sur le marché en liaison avec ses marchandises.

En ayant présent à l'esprit ces principes généraux, je procéderai à l'examen des éléments de preuve pertinents et à l'évaluation de chacun des facteurs énumérés ci-dessus.

Le Marque n'a pas de caractère distinctif inhérent. Lorsqu'elle est employée en liaison avec les Services, la combinaison des mots « nature » et « source » évoque les services (1) parce qu'elle laisse croire que les magasins de détail vendent des produits d'origine naturelle. La marque de commerce déposée NATURSOURCE de l'Opposante est un mot inventé mais elle évoque également les marchandises de l'Opposante.

Si la marque de commerce est employée et connue au Canada, son degré de caractère distinctif peut être renforcé.

M. Obertfield est président de l'Opposante depuis 1980. Il soutient que l'Opposante se spécialise dans la production d'aliments naturels depuis 1980. Il déclare que l'Opposante achète des ingrédients naturels, pavères kasher, libres d'organisme par modification génétique et sans gras trans. Un engagement de la sorte a été salué par différentes organisations telles que le Conseil de la communauté juive de Montréal et le *Quality Assurance International*. Le certificat émanant de *Quality Assurance International* et produit au dossier renvoie à des produits portant la marque de commerce NATUR SOURCE. Je remarque qu'elle est écrite en deux mots mais à la lumière des principes énoncés dans *Promafil Canada Ltd. c. Munsingwear Inc.* (1992), 44 C.P.R. (3d) 59, je

suis d'avis qu'une telle modification ne constitue pas une référence à une marque de commerce différente.

M. Obertfield déclare que l'Opposante utilise sa marque de commerce déposée NATURSOUCE depuis le 1^{er} avril 1980 au Canada dans la pratique normale du commerce en liaison avec des céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits. Il a fourni les chiffres de vente annuels au Canada des produits portant la marque de commerce depuis 1981 jusqu'en 2004 inclusivement, ainsi que les dépenses annuelles de publicité encourues entre 1985 et 2004. Les ventes annuelles se situent au-dessus de 2,5 M\$ et les dépenses de publicité depuis 2000 excèdent les 100 k\$. Le montant total des ventes entre 1981 et 2004 est supérieur à 44 M\$. Ces ventes ont été conclues partout au Canada comme les échantillons de factures produites le démontrent.

M. Obertfield a produit des échantillons d'étiquettes, ainsi que des sacs et des boîtes dans lesquels les produits de l'Opposante sont distribués : tous portent la marque de commerce NATURSOUCE. Il a aussi produit des échantillons de réclames publicitaires et des étiquettes distinctes portant le nom commercial Natursource Inc. Enfin, il a produit des extraits du site Web de l'Opposante créé en 2005.

En contre-interrogatoire, M. Obertfield reconnaît que la marque de commerce apparaissant sur l'emballage est composée d'un dessin qui comprend un plus gros S stylisé. Cela s'applique également à la marque de commerce apposée sur les factures et les pages Web produites. Toutefois, je suis d'avis qu'un tel emploi n'est pas assimilé à celui d'une marque de commerce différente. De toute façon, le certificat d'enregistrement de l'Opposante a été délivré à l'égard du mot servant de marque « natursource ». Libre à l'Opposante d'employer sa marque de commerce sous quelque forme stylisée que ce soit; du moment que l'emploi dans son ensemble de la portion prédominante de la marque de commerce soit « natursource », ce qui est le cas en l'espèce, l'emploi d'une forme stylisée remplit alors les conditions de l'emploi de mot servant de marque.

Son second affidavit traite principalement de la question relative aux nouvelles exigences quant à l'étiquetage et la publicité des aliments ainsi que des politiques, entrées en vigueur le 12

décembre 2005, s'appliquant aux déclarations et réclamations formulées à l'égard de produits alimentaires. Il a produit des échantillons de sacs répondant aux nouvelles exigences et démontrant l'emploi de la marque de commerce NATURSOURCE et des noms commerciaux Natursource Inc. et Natursource.

M. Jagota est le président et chef de la direction de la Requérante depuis 1998. La Requérante exploite des magasins de vente au détail en Ontario et offre des consultations thérapeutiques. Sont vendus dans les magasins de détail, dont la spécialité est le commerce des suppléments, des suppléments nutritifs, des suppléments de vitamines et minéraux, des suppléments aux herbes, des produits de régime et d'amaigrissement, et des produits de condition physique.

M. Jagota dit que la Requérante a employé la Marque au Canada en liaison avec les Services. Il déclare que les magasins de vente au détail ont desservi quelques 400 000 clients depuis 1998.

M. Jagota a produit les chiffres de vente annuels des magasins de détail entre 1998 et 2005. Ils varient entre 1,2 M\$ en 1998 et 2,9 M\$ en 2005. Il a également fourni le montant des dépenses de publicité pour sensiblement la même période qui sont passées de plus de 50 k\$ en 2000 à environ 245 k\$ en 2005. Les magasins de détail de la Requérante sont situés en Ontario uniquement.

Des échantillons de réclames publicitaires publiées dans des journaux régionaux ainsi que des échantillons de publicité sur des panneaux-réclame, des enseignes et des affiches étaient jointes à son affidavit. Il a aussi produit des échantillons de réclames publicitaires pour des conférences et des événements commandités par la Requérante.

M. Jagota a produit des exemplaires d'articles dans lesquels on traite de l'entreprise de la Requérante mais nous ne disposons d'aucune indication sur la date et le lieu de leur publication. Il soutient qu'il a assisté à des foires commerciales sans les nommer. Il a produit différents échantillons de sacs et d'étiquettes portant la Marque utilisés dans les magasins de détail de la Requérante. La Requérante publie un bulletin d'information traitant de différentes questions en matière de santé et il en a produit des spécimens.

M. Jagota a produit des échantillons de livrets distribués aux clients de la Requérente. Enfin, il a produit d'autres documents imprimés sur lesquels la Marque de la Requérente apparaît, tels que des brochures, circulaires, lettres aux praticiens, certificats-cadeaux, rapports de prescription et formulaires de liste d'envoi.

De ces éléments de preuve, je conclus que la marque de commerce de l'Opposante est plus connue que la Marque. Tout joue en cette faveur, le nombre d'années pendant lesquelles l'Opposante a employé sa marque de commerce, le montant total des chiffres de vente et le territoire couvert. En conséquence, le facteur prévu par l'alinéa 6(5)a) de la Loi joue en faveur de l'Opposante.

La durée pendant laquelle les marques de commerce ont été employées jouent également en faveur de l'Opposante.

En ce qui concerne la nature des marchandises et des services, et leurs voies de commercialisation, je résume les éléments de preuve pertinents.

Les produits de l'Opposante vendus au Canada en liaison avec sa marque de commerce NATURSOUSOURCE sont des céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits. Ils sont vendus dans les supermarchés, dépanneurs, épicerie, magasins d'aliment santé, machines distributrices, pharmacies, et par les sociétés aériennes, exploitants de services alimentaires, et dans des paniers cadeaux corporatifs. La Requérente prodigue ses Services à une clientèle intéressée à les obtenir parce que des praticiens les leur recommandent (médecins, chiropraticiens, naturopathes, homéopathes). Des thérapeutes, nutritionnistes, naturopathes et biochimistes peuvent être consultés sur place à chacun des sites exploités par la Requérente.

Les parties ont débattu de l'admissibilité de certaines des affirmations se trouvant dans l'affidavit de Mme Guy, une employée du cabinet des agents de l'Opposante, plus particulièrement de la teneur d'une conversation téléphonique avec une personne ayant répondu au téléphone à l'occasion d'un appel fait à l'un des établissements exploités par la Requérente. Par cet élément de preuve, l'Opposante tente d'établir que la vente de céréales est offerte dans les établissements

de la Requérente. M. Jagota soutient que la Requérente ne vend désormais plus de céréales et qu'elle n'entend pas le faire à l'avenir.

Je conviens avec la Requérente que le contenu de la conversation téléphonique entre Mme Guy et un ou une de ses employés(es) présumé(e) n'est pas admissible en preuve. La teneur de la conversation a trait à une question litigieuse et de tels éléments de preuve ne peuvent être soumis par un membre du personnel de la Requérente. [Voir *Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Limited c. Hyundai Auto Canada* (2006), 53 C.P.R. (4th) 286]. De toute façon, le débat devrait porter principalement sur les Services tels que décrits dans la demande et non sur les marchandises vendues par l'Opposante en liaison avec la marque de commerce NATURSOUCE.

Il existe un certain chevauchement entre les produits de l'Opposante, des produits alimentaires, et les services offerts dans les magasins de détail spécialisés dans la vente de suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes et de produits de régime et d'amaigrissement, et de produits de condition physique. Je suis d'avis que les Services décrits à la rubrique (2) ci-dessus ne chevauchent pas les produits de l'Opposante car ils sont de type professionnels. En ce qui a trait aux Services décrits aux rubriques (3) et (4), il pourrait y avoir chevauchement parce qu'ils renvoient à la vente de « suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes et de produits de régime et d'amaigrissement, et de produits de condition physique ».

En ce qui concerne la nature du commerce respectif des parties, il ne suffit pas, pour les distinguer, de s'appuyer sur le simple principe que l'Opposante vend des marchandises alors que la Requérente offre des services. Il pourrait y avoir chevauchement entre les commerces respectifs des parties si une relation était établie entre les marchandises de l'Opposante et les Services de la Requérente. Les marchandises vendues par l'Opposante en liaison avec la marque de commerce NATURSOUCE pourraient entrer dans la catégorie générale de produits alimentaires de régime et de condition physique. Ils sont effectivement vendus dans des magasins de produits diététiques. La possibilité de chevauchement n'est pas éliminée du fait que la Requérente a expressément exclu les produits vendus par l'Opposante. En conséquence, ces facteurs jouent en faveur de l'Opposante en ce qui a trait aux Services (1), (3) et (4).

Les marques se ressemblent tant phonétiquement que visuellement. Bien qu'elles ne soient pas identiques, les idées qu'elles sous-tendent offrent certaines similitudes dont l'origine naturelle des marchandises de l'Opposante et des Services de la Requérante. Ce facteur joue également en faveur de l'Opposante.

La Requérante fait valoir deux facteurs additionnels : la preuve relative à l'état du registre et le fait que l'Opposante n'a présenté aucune preuve de cas de confusion même si les marques ont coexisté pendant une période de plus de neuf (9) ans.

Quant au dernier point, il a déjà été mentionné que la plupart sinon la totalité des magasins de la Requérante sont situés dans le sud de l'Ontario, diminuant ainsi la possibilité que des cas de confusion soient portés à l'attention de l'Opposante. De plus, l'Opposante n'a pas à faire la preuve de cas de confusion pour établir la probabilité de confusion. Le registraire tiendra compte de ce facteur pour étayer la conclusion d'absence de probabilité de confusion qu'il aura tirée de l'analyse d'autres facteurs pertinents.

La preuve de l'état du registre se trouve dans l'affidavit de M. Haggerty, recherchiste en marque de commerce qui travaille pour la Requérante. L'Opposante conteste l'admissibilité de l'affidavit de M. Haggerty pour les motifs dont les détails suivent. Ce dernier y déclare qu'il a accès à une base de données connue sous le nom de « Onscope » et il ajoute [TRADUCTION] « [...] qui est la même base de données, à ma connaissance, que celle utilisée dans la salle de recherche de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada ». L'Opposante met en cause l'utilisation de l'expression « à ma connaissance » et se dit d'avis que le témoignage de M. Haggerty constitue du ouï-dire.

Il n'est pas nécessaire de décortiquer chacun des allégués d'un affidavit : il doit être lu comme un tout. M. Haggerty déclare sous serment dans les paragraphes suivants :

[TRADUCTION]

« 4. La base de données Onscope est un outil interactif de recherche sur les marques de commerce dont le fournisseur est Marque d'Or.

5. La base de données que j'utilise pour mes recherches est mise à jour hebdomadairement. Elle contient toutes les marques de commerce inscrites au registre des marques de commerce canadiennes disponibles par voie électronique à l'OPIC.

6. La base de données compte quatre champs de recherche pour les index sur les marques de commerce [...] »

Je considère que les déclarations de M. Haggerty ne constituent pas du ouï-dire. Il est familier avec la base de données Onscope et il en a donné une description détaillée.

J'ai passé en revue les éléments de preuve produits par M. Haggerty. Il n'y a que quatre (4) mentions (NATÜR SOURCE & dessin, NATURESOURCE, SOURCE NATURALS & dessin, et SOURCE NATURELLE) de marques de commerce dont la phonétique est équivalente ou les traductions françaises de la maque de commerce NATURSOURCE de l'Opposante. Ce nombre de mentions n'est pas suffisant pour en inférer que le consommateur a l'habitude de trouver sur le marché de telles marques de commerce et qu'il peut donc les différencier.

Je tiens à souligner que j'ai volontairement écarté les mentions à l'intérieur desquelles la combinaison des mots « source » et « naturelle » constituait une description claire des marchandises. Nous retrouvons dans nombre de ces mentions « EAU DE SOURCE NATURELLE [...] » comme élément de marques de commerce déposées en liaison avec de l'eau naturelle ou de source. Elles ne sont pas pertinentes en l'espèce.

En résumé nous avons la Marque de la Requérente qui ressemble à la marque de commerce NATURSOURCE de l'Opposante. Cette marque est faible mais, au fil des ans, elle a acquis un caractère distinctif par suite d'un usage étendu. Il y a un certain lien entre les marchandises de l'Opposante et les Services (1), (3) et (4) de la Requérente. En conséquence, à l'égard de ces services, la Requérente ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque n'était pas susceptible de créer de la confusion avec la marque de commerce NATURSOURCE de l'Opposante.

Je maintiens donc le troisième motif d'opposition mais seulement en ce qui concerne les Services (1), (3) et (4). Je rejette ce motif d'opposition à l'égard des Services (2) car la différence dans la

nature de ces services suffit à éliminer, selon la prépondérance des probabilités, la probabilité de confusion entre les marques en cause.

V Droit à l'enregistrement de la Marque et caractère distinctif

D'après la preuve décrite précédemment, je conclus que l'Opposante s'est acquittée de son fardeau de preuve initial d'établir l'emploi antérieur de sa marque de commerce NATURSOUCE depuis les dates pertinentes en vertu des paragraphes 16(1) et (3) de la Loi. Elle a également démontré l'emploi antérieur de son nom commercial Natursource Inc. au moyen des divers emballages produits et de ses factures. Les éléments de preuve versés au dossier indiquent que l'Opposante n'avait pas abandonné cet emploi depuis la date de publication de la demande de la Requérante [par. 16(5) de la Loi].

La question principale porte sur la probabilité de confusion entre la Marque et la marque de commerce NATURSOUCE ainsi que les noms commerciaux Natursource Inc. et Natursource de l'Opposante. Il y a tout autant lieu d'appliquer à cette question les conclusions tirées de l'examen de l'enregistrabilité de la Marque. Le quatrième motif d'opposition fondé sur l'alinéa 16(1)c) est donc maintenu seulement à l'égard des Services (1) et il est rejeté quant aux Services (2). En ce qui a trait au cinquième motif d'opposition fondé sur l'alinéa 16(3)c), il est maintenu en ce qui concerne les Services (3) et (4) seulement.

La différence des dates pertinentes entre les motifs d'opposition fondés sur le droit à l'enregistrement et sur le caractère distinctif ne constituerait pas un facteur déterminant. En conséquence, la même conclusion s'applique. La Marque n'est pas distinctive en ce qui concerne les Services (1), (3) et (4).

VI Conclusion

La Requérante ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la Marque n'offre aucune probabilité de confusion avec la marque de commerce NATURSOUCE de l'Opposante lorsqu'employée en liaison avec les services suivants :

- (1) Service de magasin de détail spécialisé dans la vente de suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes, de produits aux fibres, et produits de régime et d'amaigrissement, produits de condition physique, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits.
- (3) Services de franchisage, nommément offre d'aide technique dans l'établissement et/ou l'exploitation de boutiques au détail spécialisées en services cliniques et dans la vente de suppléments nutritifs, de vitamines et de suppléments minéraux, de suppléments aux herbes, de produits aux fibres, et de produits de régime et d'amaigrissement, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits.
- (4) Services de commerce électronique, nommément : conception et exploitation d'une boutique électronique qui offre une gamme complète de produits de santé et de beauté, [TRADUCTION] excluant les céréales, céréales granola, grignotines granola, porridge, noix rôties, graines rôties, mélanges de fruits séchés et de noix, et biscuits.

En vertu des pouvoirs qui m'ont été délégués par le registraire des marques de commerce en application du paragraphe 63(3) de la Loi, et appliquant les principes énoncés dans *Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet Werke Heinrich SCH* 10 C.P.R. (3d) 482, je rejette l'opposition en vertu du paragraphe 38(8) de la Loi, seulement en ce qui concerne les services suivants :

- (2) Services de santé, nommément : services consultatifs en nutrition; consultation en naturopathie et en homéopathie, aromathérapie, chiropratique, iridologie, massage, réflexologie, shiatsu, et amaigrissement.

FAIT À BOUCHERVILLE (QUÉBEC), LE 16 JANVIER 2009.

Jean Carrière,
Membre, Commission des oppositions des marques de commerce

Traduction certifiée conforme
Jean-Jacques Goulet, L.L.L.