



## Office de la propriété intellectuelle du Canada

### **LE REGISTRAIRE DES MARQUES DE COMMERCE**

**Référence** : 2023 COMC 065

**Date de la décision** : 2023-03-31

**[TRADUCTION CERTIFIÉE, NON RÉVISÉE]**

### **DANS L'AFFAIRE D'UNE OPPOSITION**

**Opposante** : ATP Athlétique et Thérapeutique Pharma Inc.

**Requérante** : ATP Institute Pty Ltd

**Demande** : 1,838,527 pour ATP SCIENCE & Dessin

### **INTRODUCTION**

[1] ATP Institute Pty Ltd (la Requérante) a déposé la demande d'enregistrement pour la marque de commerce ATP SCIENCE & Dessin reproduite ci-dessous (la Marque) pour emploi en liaison avec divers suppléments à base d'herbes, alimentaires et nutritionnels.



[2] La Marque est composée de l'acronyme ATP dans une police épaisse et angulaire au-dessus du mot SCIENCE dans un petit lettrage espacé, au-dessus de tout se trouve un grand motif de vortex circulaire ressemblant un nœud à quatre pointes emmêlées dans des rubans.

[3] ATP Athlétique et Thérapeutique Pharma Inc (l'Opposante) s'oppose à la demande n° 1,838,527 pour la Marque (la Demande), dont le fondement est principalement une allégation que la Marque crée de la confusion avec les marques de commerce et les noms commerciaux propres à l'Opposante composés de l'acronyme ATP, ou l'intégrant, lequel est employé en liaison avec des suppléments semblables et des produits de santé naturels. Notamment, l'Opposante emploie également la phrase « athletic • therapeutic • pharma » dans ses marques de commerce, et une variante de celle-ci dans certains de ses noms commerciaux, et les lettres « ATP » sont les initiales de cette phrase.

[4] L'acronyme ATP a également une signification scientifique : il s'agit de l'abréviation acceptée pour *adénosine triphosphate*, une molécule biologique importante qui transfère l'énergie dérivée des aliments pour divers processus physiologiques. L'ATP est formé naturellement dans le corps humain et est également employé comme ingrédient dans les suppléments alimentaires. La familiarisation du consommateur moyen avec l'expression en question, en l'espèce, et les positions des parties à cet égard seront abordées de façon plus détaillée dans l'évaluation de la probabilité de confusion.

[5] En bout de compte, pour les raisons qui suivent, l'opposition est accueillie.

## **LE DOSSIER**

[6] La demande a été déposée le 19 mai 2019 et est fondée sur l'emploi projeté de la Marque au Canada en liaison avec les produits suivants (les Produits) :

[TRADUCTION]

Suppléments alimentaires pour la santé et le bien-être en général; suppléments alimentaires pour favoriser la perte de poids; suppléments à base de plantes et suppléments alimentaires pour favoriser la récupération musculaire après l'exercice; suppléments à base de plantes pour la santé et le bien-être en général; suppléments minéraux; suppléments alimentaires sous forme de substituts de repas en barre pour augmenter l'énergie; suppléments alimentaires pour augmenter la masse musculaire; suppléments nutritifs pour la santé et le bien-être en général; protéines en poudre servant de substitut de repas; suppléments vitaminiques.

[7] La Demande a été annoncée aux fins d'opposition le 18 juillet 2018 et a fait l'objet d'une opposition le 5 décembre 2018, quand l'Opposante a produit la déclaration d'opposition en vertu de l'article 38 de la *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13 (la Loi). La Requérante a produit une contre-déclaration contestant tous les motifs d'opposition.

[8] Les motifs d'opposition allèguent que la Demande n'est pas conforme aux exigences de dépôt établies aux articles 30e) et i) de la Loi; que la Requérante n'a pas droit à l'enregistrement de la Marque en vertu des articles 16(1)a) et c) de la Loi; et que la Marque n'est pas distinctive au sens de l'article 2 de la Loi. De nombreuses modifications à la Loi sont entrées en vigueur le 17 juin 2019. Conformément aux dispositions transitoires à l'article 70 de la Loi pour les demandes annoncées avant le 17 juin 2019, les motifs d'opposition seront évalués sur le fondement de la Loi dans sa version précédant immédiatement la modification, à l'exception de la définition de confusion aux articles 6(2) à 6(4) de la Loi, qui sera appliquée dans sa version actuelle.

[9] Afin d'appuyer son opposition, l'Opposante a produit la déclaration solennelle (la Déclaration) de son président, Robert Légaré, laquelle est en date du 27 mai 2019. M. Légaré décrit l'entreprise de l'Opposante et son emploi et sa promotion des marques de commerce et des noms commerciaux composés de l'acronyme ATP, ou l'intégrant.

[10] En appui de la Demande, la Requérante a produit deux affidavits de D. Jill Roberts, une auxiliaire juridique employée par l'agent de la Requérante, dont les affidavits sont tous deux en date du 30 juillet 2020. Mme Roberts fournit les résultats de diverses recherches qu'elle a menées dans des documents de référence et par Internet en juillet 2020 concernant l'occurrence des lettres « ATP » dans les marques de commerce et les noms commerciaux et à l'égard de la définition de l'expression. Son premier affidavit (DJR n° 1) fournit les résultats de ses recherches dans les registres de marques de commerce en ligne du Canada et des États-Unis et certains documents de référence imprimés, lesquelles elle a menées le 28 juillet 2020; son deuxième affidavit (DJR n° 2) fournit les résultats de ses recherches antérieures au moyen du moteur de recherche en ligne *google.ca* qu'elle a menées du 2 juillet 2020 au 22 juillet 2020.

[11] M. Légaré et Mme Roberts ont été contre-interrogés et les transcriptions de leur contre-interrogatoire ont été versées au dossier, ainsi que les réponses à un engagement pris et une demande prise en délibéré au cours de leur contre-interrogatoire respectif.

[12] Seule la Requérante a produit des observations écrites, mais les deux parties ont été représentées lors d'une audience.

### **FARDEAU DE PREUVE ET FARDEAU ULTIME**

[13] Dans une procédure d'opposition, il incombe au requérant de démontrer que sa demande est conforme aux dispositions de la Loi. Toutefois, pour chaque motif d'opposition, l'opposant doit s'acquitter du fardeau de preuve initial de produire suffisamment d'éléments de preuve admissibles à partir desquels on pourrait raisonnablement conclure à l'existence des faits allégués à l'appui de chaque motif d'opposition. Si l'opposant s'est acquitté de ce fardeau initial, le requérant doit alors convaincre le registraire, selon la prépondérance des probabilités, que les motifs d'opposition ne devraient pas empêcher l'enregistrement de la marque de commerce en question [*Joseph E Seagram & Sons Ltd c Seagram Real Estate Ltd* (1984), 3 CPR (3d) 325 (COMC); *John Labatt Ltd c Molson Companies Ltd* (1990), 30 CPR (3d) 293 (CF 1<sup>re</sup> inst)].

**MOTIFS D'OPPOSITION SOMMAIREMENT REJETÉS : CONFORMITÉ AUX ARTICLES 30E) ET 30I)**

[14] L'Opposante fait valoir que la Demande n'est pas conforme à l'article 30e) de la Loi, puisque : i) à la date de dépôt de la Demande, la Requérente (ou son prédécesseur en titre, le cas échéant) avait déjà employé la Marque au Canada, dans son ensemble ou en partie, en liaison avec les Produits; ou ii) la Requérente n'a jamais eu l'intention d'employer la Marque au Canada, par elle-même ou par un licencié, soit sous la forme illustrée dans la Demande, soit en liaison avec chacun des Produits; et iii) la Marque ne sera pas employée au sens de l'article 4 de la Loi, puisqu'elle ne sera pas employée comme marque de commerce.

[15] L'Opposante fait également valoir que la Demande n'est pas conforme à l'article 30i) de la Loi, puisque la déclaration de la Requérente qu'elle était convaincue quant à son droit d'employer la Marque au Canada est fautive, compte tenu des faits allégués dans la déclaration d'opposition, y compris la connaissance de la Requérente des droits de l'Opposante et de l'illégalité d'un tel emploi. Plus particulièrement, l'Opposante fait valoir que la Requérente a fait la déclaration prescrite de mauvaise foi, compte tenu de sa connaissance ou de sa connaissance présumée des marques de commerce ou des noms commerciaux de l'Opposante et de la connaissance que la Marque créerait de la confusion avec eux.

[16] Lors de l'audience, l'Opposante a admis que la preuve versée au dossier est insuffisante pour lui permettre de s'acquitter de son fardeau de preuve initial à l'égard de ces motifs d'opposition en particulier. En effet, l'Opposante n'a fourni aucune preuve ou n'a fait aucune observation écrite ou orale en appui à ces allégations. En conséquence, les motifs d'opposition précédents sont rejetés.

**MOTIFS D'OPPOSITION FONDÉS SUR LE DROIT À L'ENREGISTREMENT EN VERTU DES ARTICLES 16(3)A) ET C)**

[17] L'Opposante fait valoir que la Requérente n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la Marque, puisque, à la date de dépôt de la Demande et à toutes les dates pertinentes, la Marque créait de la confusion avec les marques de commerce

et les noms commerciaux de l'Opposante composés du mot ATP, ou l'intégrant, lesquels ont été employés et, dans le cas des marques de commerce, révélés au Canada par l'Opposante ou ses prédécesseurs en titre ou, à son propre profit, par des licenciés, en liaison avec ce qui suit :

- depuis au moins 2011, les produits couverts par les demandes d'enregistrement de marques de commerce de l'Opposante n° 1,857,937 pour ATP, 1,857,938 pour ATP LAB et 1,857,939 pour ATP & Dessin; je note que cette dernière est composée du mot ATP dans une police tubulaire avec flux ondulé de points de diverses tailles s'étendant au-dessus et au-delà de la lettre P, comme il est reproduit ci-dessous, et que chacune des demandes couvre les produits établis à l'annexe A de cette décision, étant divers suppléments et autres produits de santé et de beauté :



(ATP & Dessin)

- les Produits de la Requérante, ainsi que des produits qui sont semblables ou du même genre;
- d'autres produits ou services de l'Opposante, nommément une gamme de produits de santé naturels.

[18] Je note dès le départ que la déclaration d'opposition est quelque peu vague, puisqu'elle ne précise pas les marques de commerce et les noms commerciaux intégrant le mot ATP qui sont invoqués par l'Opposante; plutôt, les observations indiquent simplement que ces marques de commerce *comprennent* ATP LAB et LABORATOIRES ATP et que les noms commerciaux *comprennent* ATP LAB, LABORATOIRES ATP et ATP Athlétique et Thérapeutique Pharma Inc. En l'absence d'une décision interlocutoire ou de toute limitation par l'Opposante lors de l'audience, il demeure nécessaire de déterminer la portée des observations. Une fois la preuve

produite, cette détermination doit être faite en tenant compte des deux observations et de la preuve [voir *Novopharm Ltd c AstraZeneca AB*, 2002 CAF 387].

[19] Je commencerai donc par déterminer les marques de commerce et les noms commerciaux qui intègrent ATP et qui sont versés dans la preuve et si l'Opposante est en mesure de s'acquitter de son fardeau initial pour chacun de ceux-ci. Cependant, la preuve de l'Opposante est également imprécise, puisque M. Légaré fait référence dans sa Déclaration seulement à « la marque ATP », « le nom commercial ATP ou ATP LAB » et « la marque et le nom ATP »; même lorsque la référence est pour consigner une marque figurative ou un nom commercial qui *intègre* simplement « ATP » ou « ATP LAB ». Lors de son contre-interrogatoire, M. Légaré a confirmé que « ATP » se retrouve sur tous les produits de l'Opposante (« Q—Et par ailleurs, sur tous les produits, je vais retrouver ATP? R—Oui. » [transcription, page 47]) et que l'Opposante emploie également la marque de commerce « ATP LAB » (« Q— Vous utilisez la marque ATP Lab, si je ne me trompe? R—On utilise les deux (2). » [transcription, page 10]). Il est donc nécessaire d'examiner la preuve consignée de M. Légaré de façon détaillée.

### ***Le fardeau initial de l'Opposante***

[20] En ce qui a trait aux motifs fondés sur la révélation, je note dès le départ que l'Opposante ne s'est pas acquittée de son fardeau initial, puisqu'elle n'a pas respecté les exigences établies à l'article 5 de la Loi. En particulier, bien que M. Légaré a mentionné lors du contre-interrogatoire que les produits de l'Opposante sont distribués dans le monde entier, il n'a fourni aucune preuve particulière d'emploi de marques de commerce dans un autre pays avant la date pertinente.

[21] En ce qui a trait aux motifs fondés sur l'emploi antérieur, l'article 16 de la Loi n'exige pas qu'un opposant démontre un quelconque niveau d'emploi ou de réputation. Si l'opposant démontre que sa marque de commerce ou son nom commercial fonctionne comme tel, que son emploi satisfait aux exigences de l'article 4 de la Loi, qu'un tel emploi a eu lieu avant la date de dépôt de la demande et que la marque de commerce ou le nom commercial n'avait pas été abandonné à la date de l'annonce de la demande, alors l'opposant s'acquittera de son fardeau, même si un tel emploi se

limite à une seule vente ou un seul événement [*JC Penney Co c Gaberdine Clothing Co*, 2001 CFPI 1333; voir également *Olive Me Inc, et al c 1887150 Ontario Inc*, 2020 COMC 26].

[22] En ce qui a trait aux noms commerciaux, les principes figurant aux articles 2 et 4 de la Loi ont été considérés comme s'appliquant de façon à ce que l'emploi ait lieu dans la pratique normale d'une entreprise fonctionnelle et en liaison à la catégorie ou aux catégories de personnes avec qui une telle entreprise doit être menée; la présentation d'un nom commercial dans l'exécution ou la publicisation des services disponibles au Canada sera suffisante pour démontrer un tel emploi [voir *Carbon Trust Inc c Pacific Carbon Trust*, 2013 CF 946; et *Mr Goodwrench Inc c General Motors Corp* (1994), 55 CPR (3d) 508 (CF 1<sup>re</sup> inst)].

[23] Comme le dévoilera mon analyse, je ne suis pas convaincue que l'Opposante se soit acquittée de son fardeau initial à l'égard de la marque de commerce composée reproduite ci-dessous (le Logo de l'Opposante), laquelle est une variante de la marque de commerce ATP & Dessin de l'Opposante où i) la plupart des points sont d'un ton plus pâle et ii) la phrase « athletic • therapeutic • pharma », en petits caractères d'un ton plus pâle, est arborée en dessous de l'acronyme (la seule preuve fournie en couleur [un catalogue de 2019] a les points plus pâles en orange et le texte plus pâle en gris) :



(Logo de l'Opposante)

#### L'entreprise et le commerce de l'Opposante

[24] L'entreprise de l'Opposante menée sous les marques de commerce et les noms commerciaux invoqués se spécialise dans le développement, la production et le marketing de produits de santé naturels, lesquels sont distribués partout au Canada et dans le monde au moyen d'un réseau de distributeurs internationaux [para 5; transcription, pages 11 et 18]. M. Légaré souligne les produits suivants en particulier



(les Produits de l'Opposante), qui correspondent tous à ceux couverts par les demandes de l'Opposante :

préparations cosmétiques pour l'amincissement, suppléments alimentaires pour l'état général de la santé et le bien-être, pour stimuler la perte de poids, suppléments botaniques pour l'état général de la santé et le bien-être, suppléments de calcium, suppléments de vitamines, suppléments minéraux, ainsi que suppléments nutritionnels pour développer la masse musculaire et pour l'état général de la santé et le bien-être;

[25] Pour illustrer la gamme de produits offerts au Canada, M. Légaré joint à sa Déclaration un imprimé sans date de la page d'accueil de l'Opposante ainsi que des photocopies partielles de la version anglaise d'un catalogue de produits de 2018 distribué aux détaillants de l'Opposante [Pièce RL-3; transcription, page 29]. Une version française originale du catalogue de 2019 a été fournie subséquemment à un engagement pris au cours du contre-interrogatoire. M. Légaré confirme que le catalogue de 2018 est représentatif de ceux distribués au Canada depuis 2010, clarifiant lors du contre-interrogatoire qu'ils étaient à l'origine publiés à titre de feuilles de produits, avec les catalogues actuels débutant en 2013 alors que la gamme de produits s'est élargie [para 14; transcription, page 28].

#### Le Logo de l'Opposante

[26] M. Légaré indique que l'Opposante a, depuis sa création en janvier 2010, employé [TRADUCTION] « la marque de commerce ATP » dans la pratique normale du commerce au Canada [para 6 et 11]. Il explique que « ATP » dans ce contexte représente la phrase inventée de l'Opposante « Athlétique. Thérapeutique. Pharma. » [para 7]. En appui, il joint à sa Déclaration une photo de produit représentative de la façon dont la marque de commerce a été arborée sur les Produits de l'Opposante depuis 2010 [Pièce RL-2] et plus d'une douzaine de factures représentatives de certaines transactions [Pièce RL-1; voir également la transcription, pages 13 à 18]. L'Opposante est identifiée sur les factures par le nom commercial « Athletic-Therapeutic-Pharma », lequel est abrégé par « atp » dans les adresses de courriel et du site Web *info@atp-lab.com*, *sales@atp-lab.com* et *www.atp-lab.com* et le Logo de l'Opposante est arboré dans la partie supérieure des factures. L'emballage du

produit, lequel comporte une variante du logo intégrant la phrase « ATB LAB » sera, sera abordé dans une section subséquente.

[27] Les factures, lesquelles sont en date de janvier 2011 à mai 2013, sont adressées à divers détaillants de produits de santé et de centres de conditionnement physique en Ontario et au Québec et couvrent un large éventail de suppléments alimentaires et nutritionnels. À l'exception d'une facture de 2013 sans aucuns frais, le montant total de chaque facture varie d'une peu plus de 200 \$ à plus de 2 000 \$. Les suppléments individuels sont en général identifiés seulement par un nom de produit, lequel M. Légaré explique est conçu pour donner aux clients une indication de l'objectif du supplément; par exemple, T-ANDRO pour accroître l'androgène ou la testostérone ou ESTRO CONTROL pour la détoxification du xénoestrogène [transcription, page 13]. Une exception est la facture de 2013 pour une sélection de produits sans frais, laquelle a « ATP » dans la description du produit [TRADUCTION] « Ensembles d'échantillons ATP NzW – New Zealand Whey ».

[28] Je note que certaines des factures comprennent des articles promotionnels et des accessoires sans frais, nommément des bouteilles de mélange, des cordons, des tee-shirts et des brochures, et qu'une marque de commerce de tiers, XPN, est présente dans les descriptions de produits pour les bouteilles de mélange, les cordons et certains des tee-shirts. Lors de son contre-interrogatoire, M. Légaré a expliqué que l'Opposante distribuait également à l'époque les produits de marque XPN d'une connaissance et il a remarqué que l'une des factures comporte actuellement deux autres produits de cette sorte, identifiés sur la facture simplement par « THERMO SLIM » et « RIPPED XTREM » [transcription, pages 17 et 18]. M. Légaré ne précise pas à quel moment l'entente de distribution a pris fin, mais il a confirmé que l'Opposante vend présentement seulement ses propres produits.

[29] Compte tenu de l'évidence du Logo de l'Opposante sur les factures et de la confirmation de M. Légaré qu'elles accompagnaient les produits lors du transfert de la propriété à l'acheteur [para 12], je suis convaincue qu'un avis de liaison a été donné entre le Logo de l'Opposante et les produits individuels énumérés sur les factures au

moment du transfert, satisfaisant ainsi aux exigences de l'article 4 de la Loi [selon *Tint King of California Inc c Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2006 CF 1440, 56 CPR (4th) 223; et *Hortilux Schreder BV c Iwasaki Electric Co*, 2012 CAF 321].

[30] J'estime que cet avis de liaison n'aurait pas été miné de façon grave par les notations « ATP » et « XPN » sur certaines factures, puisque ces notations ne font pas obstacle à ce qui semble être la pratique générale de l'Opposante d'arborer sa marque de commerce pour l'ensemble des produits facturés une seule fois, dans la partie supérieure de la facture. En effet, les entrées pour les ventes actuelles du produit New Zealand Whey (plutôt que les ensembles d'échantillons gratuits) identifient ce produit simplement par « NzW Vanille » ou « NzW Chocolat » (faisant référence à leur saveur respective). En ce qui a trait à « XPN », bien que la preuve de M. Légaré concernant l'ancienne entente de distribution et l'image de marque connexe ne soit pas aussi claire qu'elle pourrait l'être, la distribution de produits de tiers ne semble pas être la pratique générale de l'Opposante et au moins certaines factures fournies à titre de preuve sont seulement pour les propres produits de l'Opposante.

[31] Les produits facturés comprennent les suivants :

- TA 2.0 T-Andro : M. Légaré confirme [transcription, page 26] qu'il s'agit de l'ancien nom du produit identifié dans le catalogue par T-Alpha, un supplément qui favorise l'équilibre hormonal chez les hommes, avec des objectifs qui comprennent l'augmentation de la force et de l'énergie et des ingrédients qui comprennent le fenugrec et le ginseng asiatique.
- Es 1.0 Estro Control : Selon le catalogue, ce produit favorise l'équilibre hormonal chez les femmes, offrant une bonne source d'antioxydants, et maintient une bonne santé, avec des ingrédients qui comprennent le curcuma, les extraits de thé vert et le calcium.
- IBCAA (lime) : Le catalogue indique que ce produit contient des acides aminés à chaîne latérale ramifiée à dissolution instantanée [« instantly-dissolving branched chain amino acids » en anglais] et constitue la préparation idéale pour

les concours de conditionnement physique, avec des objectifs qui comprennent l'augmentation de l'énergie et de l'endurance, le développement de la masse musculaire (en diminuant la fragmentation des muscles causée par l'exercice), l'amélioration du rendement et de l'entraînement athlétiques et l'aide à la récupération après l'entraînement.

- NzW Vanille; NzW Chocolat : Le catalogue indique que ces poudres de protéine parfumées fournissent du sodium et du potassium, avec des objectifs qui comprennent la facilitation de la récupération des muscles.
- CS Cortisom : M. Légaré explique que ce produit améliore le sommeil et la récupération en diminuant le cortisol [transcription, page 15].
- HD Hepatik Defence : Le catalogue indique que les objectifs de ce produit comprennent aider au soutien de la fonction du foie et favoriser la perte de poids.

[32] Je suis convaincue que l'Opposante a démontré l'emploi du Logo de l'Opposante à la date pertinente en liaison avec chacun des produits précédents, lesquels j'estime correspondre aux produits invoqués suivants (les Produits de l'Opposante) :

- suppléments alimentaires pour l'état général de la santé et le bien-être;
- suppléments alimentaires pour stimuler la perte de poids;
- suppléments botaniques pour l'état général de la santé et le bien-être;
- suppléments de calcium;
- suppléments minéraux;
- suppléments nutritionnels pour développer la masse musculaire;
- suppléments nutritionnels pour l'état général de la santé et le bien-être;
- suppléments alimentaires pour favoriser la récupération musculaire après l'exercice;
- suppléments à base de plantes pour la santé et le bien-être en général;
- une gamme de produits de santé naturels.

[33] De plus, je suis convaincue que la présentation du Logo de l'Opposante sur pages couvertures et plusieurs pages intérieures des versions de 2018 et 2019 du catalogue établit que cette marque de commerce n'avait pas été abandonnée lorsque la Demande a été annoncée le 5 décembre 2018.

[34] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincue que l'Opposante s'est acquittée de son fardeau initial de démontrer l'emploi antérieur et le non-abandon du Logo de l'Opposante en liaison avec les Produits de l'Opposante.

#### La marque de commerce ATP à elle seule

[35] L'Opposante observe que le Logo de l'Opposante donne également un avis de liaison entre la marque de commerce ATP en soi et les Produits de l'Opposante, toutefois je ne suis pas en mesure d'arriver à cette conclusion.

[36] L'emploi d'une marque de commerce avec des mots supplémentaires ou éléments de dessins constitue généralement un emploi de la marque de commerce en soi si le public, à la première vue, perçoit la marque de commerce en soi comme étant employée. La question est une question de fait qui dépend de certains facteurs comme la question de savoir si la marque de commerce se démarque des éléments additionnels, notamment par l'emploi de lettres différentes ou de tailles de caractères différents, et si les éléments additionnels seraient perçus comme un élément purement descriptif ou comme une marque de commerce ou un nom commercial distinct [*Nightingale Interloc Ltd c Prodesign Ltd* (1984), 2 CPR (3d) 535 (COMC)].

[37] En l'espèce, la phrase supplémentaire « athletic • therapeutic • pharma » est arborée sur une ligne séparée d'ATP, est imprimée dans une taille plus petite et suggère certaines qualités qui peuvent être associées aux Produits de l'Opposante. Cependant, j'estime que cette phrase a de l'importance à titre d'allusion au nom commercial de l'Opposante et comme créant un jeu de mots distinctif avec la signification scientifique de l'expression ATP. J'estime donc que cette phrase est une caractéristique intégrante du Logo de l'Opposante qui ne sera probablement pas

ignorée par les consommateurs dans une mesure suffisante pour que « ATP » soit perçue comme une marque de commerce distincte.

[38] Je note également que, selon la preuve dont je dispose, je n'estime pas que la notation « ATP » dans la description des ensembles d'échantillons de New Zealand Whey ait probablement une influence importante sur la perception du Logo de l'Opposante. Ce produit est le dernier de seize indiqué et aucune des autres listes ne contient une notation semblable. Dans les circonstances, je ne suis pas convaincue que la notation ATP serait perçue comme une marque autonome. De plus, même si cela pourrait être perçu de cette façon, il n'est pas clair si cette facture en particulier a été émise dans la pratique normale du commerce. Le prix unitaire de chaque article énuméré est un montant de zéro dollar et M. Légaré ne fournit aucun renseignement quant aux circonstances dans lesquelles l'Opposante fournit des produits sans frais. Bien que la fourniture d'échantillons en anticipation de ventes puisse parfois constituer un transfert dans la pratique normale du commerce, je ne suis pas prête à conclure que le transfert en question a été nécessairement fait dans de telles circonstances. En effet, la facture pour les bouteilles de mélange, les cordons et les tee-shirts gratuits indique qu'ils sont fournis [TRADUCTION] « pour la journée de reconnaissance des clients », ce qui suggère un contexte purement promotionnel.

#### Le Logo ATP LAB

[39] Comme il est noté ci-dessus, M. Légaré affirme également que l'image de produit jointe à titre de Pièce RL\_2 à sa Déclaration est représentative de la façon dont la marque de commerce « ATP » est arborée depuis 2010. La photo fournie à titre de preuve illustre un contenant du supplément IBCAA sur lequel est arborée la marque de commerce composée reproduite ci-dessous (le Logo ATP LAB), laquelle est une variante du Logo de l'Opposante où « ATP » est suivi par le mot LAB dans un lettrage légèrement plus petit de la même police (particulièrement masqué dans l'image) :



(Logo ATP LAB)

[40] Cependant, la plupart des suppléments illustrés dans le catalogue de l'Opposante portent des étiquettes d'un style légèrement différent et, en général, ces étiquettes semblent avoir un contenu différent où le Logo ATP LAB serait arboré. Par exemple, le produit IBCAA correspondant indique un espace vide alors que le produit NEW ZEALAND WHEY indique un motif de texte différent. Seulement deux produits, nommément les suppléments PURE EAA (acide aminé essentiel) et PreBioFib (fibre prébiotique), présentent ce qui semble être un logo correspondant dans cette région, toutefois seulement la partie de gauche est visible, ce qui fait qu'il n'est pas clair de savoir si le Logo de l'Opposante ou le Logo ATP LAB est arboré.

[41] Par conséquent, il semble que l'image représentative à la Pièce RL-2 est seulement une représentation générale, plutôt qu'une qui est précise. Dans les circonstances, et en l'absence d'un contre-interrogatoire sur ce sujet en particulier, je suis prête à accepter qu'un logo intégrant « ATP » ait été arboré d'une manière généralement semblable, à tout le moins quelque part sur les contenants de produits, depuis 2010. Cependant, puisque M. Légaré ne fait pas la distinction entre les différentes marques de commerce intégrant « ATP », l'image n'établit pas si ce logo avait toujours été le Logo ATP LAB. En effet, la photo à la Pièce RL-2 est le seul élément de preuve où le Logo ATP LAB est présenté plutôt que le Logo de l'Opposante et M. Légaré n'explique pas la raison pour cet écart.

[42] Peu importe, je n'estime pas que la position de l'Opposante serait plus robuste si l'analyse de la confusion était menée à l'égard du Logo ATP LAB moins semblable plutôt que pour le Logo de l'Opposante.

### Le nom commercial ATP Athletic and Therapeutic Pharma

[43] En ce qui a trait à l'emploi du nom commercial, M. Légaré indique que l'Opposante mène ses activités sous [TRADUCTION] « le nom commercial ATP ou ATP LAB » et que la photo de produit jointe à titre de Pièce RL-2 à sa Déclaration est représentative de la façon dont [TRADUCTION] « la marque de commerce et le nom ATP » ont été arborés sur les Produits de l'Opposante depuis 2010 [para 6 et 13]. Bien qu'il soit difficile de lire les petits caractères sur le contenant du produit de la photo, un bloc de texte au-dessus du Logo ATP LAB semble contenir le nom commercial « ATP Athletic and Therapeutic Pharma » et l'adresse du site Web *www.atplab.com*.

[44] Cependant, de nouveau, M. Légaré ne fait pas la distinction entre les différents noms commerciaux intégrant « ATP » et il n'est donc pas clair s'il atteste que l'emballage de produits a toujours arboré le nom commercial particulier « ATP Athletic and Therapeutic Pharma » ou si des noms différents ont été arborés de cette manière à différents moments. Par exemple, je note que le seul nom commercial arboré sur les factures fournies à titre de preuve de 2011 à 2013 est Athletic-Therapeutic-Pharma et M. Légaré ne précise pas si le nom commercial sur le contenant est différent puisque la pratique de l'Opposante est d'arborer des noms commerciaux différents dans différents contextes ou puisque le nom de l'Opposante a changé entre-temps; ou pour une autre raison. En l'absence de confirmation de la part de M. Légaré quant au moment auquel l'emploi du nom commercial particulier « ATP Athletic and Therapeutic Pharma » a débuté, je ne peux pas conclure que l'image de produit fournie à titre de preuve de son emploi avant la date pertinente.

### Logos d'entreprise comme noms commerciaux

[45] L'emploi d'une marque de commerce et d'un nom commercial n'est pas nécessairement mutuellement exclusif; une marque de commerce peut être intégrée dans un nom commercial et vice-versa [voir *Consumers Distributing Co c Toy World Ltd*, 1990 CarswellNat 1398 (COMC)]. Cependant, en l'espèce, je ne suis pas convaincue que le Logo de l'Opposante sur les factures fournies à titre de preuve ou le



Logo ATP LAB sur le contenant de produit seraient perçus comme un logo d'entreprise fonctionnant comme nom commercial.

[46] En ce qui a trait au Logo de l'Opposante, M. Légaré caractérise les factures fournies à titre de preuve seulement comme démontrant l'emploi de la *marque de commerce* « ATP ». Contrairement au cas de l'image de produit, il n'affirme pas que les factures démontrent l'emploi « d'ATP » comme marque de commerce et comme nom commercial. En effet, le nom commercial présenté à côté de l'adresse de l'Opposante sur les factures fournies à titre de preuve est « Athletic-Therapeutic-Pharma », ce qui ne comporte pas « ATP ». De plus, la phrase « athletic • therapeutic • pharma » dans le Logo de l'Opposante, bien qu'évoquant le nom commercial, est présentée plutôt comme une série de trois concepts. Dans ce contexte, j'estime qu'il est probable que le Logo de l'Opposante soit interprété non pas comme un deuxième nom commercial, mais comme une marque de commerce simplement inspirée par le nom commercial adjacent.

[47] J'arrive à une conclusion semblable en ce qui a trait au Logo ATP LAB, lequel est arboré sur le contenant de produit fourni à titre de preuve à côté du nom commercial « ATP Athletic and Therapeutic Pharma », lequel n'intègre pas la phrase « ATP LAB » et combine les trois éléments séparés « athletic », « therapeutic » et « pharma » en une seule expression unitaire suggérant l'idée de produits pharmaceutiques pour l'athlétisme et la thérapie.

#### Les noms commerciaux ATP, ATP LAB, ATP LABS, LABORATOIRES ATP et ATP LABORATORIES

[48] En ce qui a trait aux autres noms commerciaux employés par l'Opposante, je note d'abord que les deux versions du catalogue font référence à l'Opposante par « ATP ».

[49] La version de 2019 contient également des références à « laboratoires ATP » (aux pages 2, 10 et 27) et à « ATP laboratories » (sur la page couverture dorsale), toutefois la lettre initiale dans « laboratoires » et « laboratories » n'est pas en majuscule et il n'est pas clair, selon le contexte, si la signification de ces références est celle de noms commerciaux ou simplement de références aux laboratoires de l'Opposante et

aux gens qui y travaillent. Les références correspondantes dans la version de 2018 sont principalement tronquées dans la preuve et ne clarifient pas plus.

[50] De plus, bien que l'imprimé de la page d'accueil de l'Opposante à la Pièce RL-3 n'arbore aucune marque de commerce ou aucun nom commercial, deux pages Web individuelles de ce site sont introduites à titre de preuves au contre-interrogatoire de M. Légaré et elles font chacune référence à « ATP LAB » dans leur titre. L'une d'elles fait également référence à un produit [TRADUCTION] « par ATP labs » et comprend des billets par [TRADUCTION] « directeur ATP », lequel est identifié par M. Légaré comme le gestionnaire du site Web de l'Opposante [transcription, page 39].

[51] Cependant, M. Légaré n'indique pas à quel moment les catalogues ont été publiés ou si cette date est indiquée dans les catalogues eux-mêmes. Bien que j'estime qu'il soit plausible qu'un catalogue de 2018 ait déjà été publié à la fin de 2017, je ne suis pas prête à spéculer quant à savoir si le catalogue fourni à titre de preuve a été publié aussi tôt qu'en mai 2017. En ce qui a trait aux pages Web, une contient un billet de blogue de 2018 et les deux ont été imprimées en 2019. Par conséquent, ni les catalogues ni les pages Web n'établissent l'emploi du nom commercial avant la date pertinente.

[52] Je note également que, bien que M. Légaré affirme que le catalogue de 2018 est représentatif de ceux distribués depuis 2010 [para 14], il ne précise pas qu'il est représentatif de la présentation de la marque de commerce et du nom commercial, comme il l'a fait pour la photo de produit fournie à titre de preuve. Son introduction pour la preuve de catalogue précise seulement qu'il illustre la *gamme de produits* offerte sous la marque de commerce « ATP » [para 14]. Bien que la déclaration complète de M. Légaré soit que la pièce illustre cette gamme de produits « entres autres », je ne suis pas prête à conclure, en l'absence d'une quelconque précision concernant l'énoncé « entre autres », que le catalogue sert de preuve d'emploi d'un quelconque nom commercial *en particulier* avant la date pertinente.

## Adresses Internet

[53] Enfin, je note que je ne suis pas prête à conclure que les adresses *www.atp-lab.com*, *info@atp-lab.com* ou *sales@atp-lab.com* dans les coordonnées des factures fonctionnent comme marques de commerce ou noms commerciaux. Compte tenu du manque de mise en évidence de ces notations, je ne suis pas convaincue qu'elles seraient perçues comme des marques de commerce associées aux produits individuels facturés ou comme noms commerciaux. J'arrive à une conclusion semblable à l'égard de la référence à *www.atplab.com* sur le contenant de produit et le catalogue.

### ***Conclusion concernant le fardeau initial de l'Opposante et le rejet du motif fondé sur l'article 16(3)c)***

[54] Compte tenu de ce qui précède, je suis seulement convaincue que l'Opposante s'est acquittée de son fardeau initial dans le cadre de l'article 16(3)a) de la Loi à l'égard du Logo de l'Opposante en liaison avec les Produits de l'Opposante.

[55] Pour les raisons abordées ci-dessus, je ne suis pas convaincue que l'Opposante se soit acquittée de son fardeau initial à l'égard de tout nom commercial invoqué. Par conséquent, le motif d'opposition fondé sur l'absence du droit à l'enregistrement selon l'emploi antérieur d'un nom commercial en vertu de l'article 16(3)c) de la Loi est rejeté.

### ***Test en matière de confusion***

[56] L'Opposant s'étant acquittée de son fardeau initial à l'égard du Logo de l'Opposante dans le cadre de l'article 16(3)a) de la Loi, il incombe maintenant à la Requérante de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que, à la date de dépôt de la Demande, la Marque n'avait aucune probabilité de créer de la confusion avec le Logo de l'Opposante, précédemment employée par l'Opposante en liaison avec les Produits de l'Opposante.

[57] L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi dans la même région serait susceptible de faire conclure que les produits ou services liés à la marque de commerce du requérant et ceux liés à la marque de commerce de l'opposant sont fabriqués, vendus, donnés à

bail, loués, embauchés ou réalisés par cette même personne [article 6(2) de la Loi]. Ainsi, le test en matière de confusion ne concerne pas la confusion entre les marques de commerce elles-mêmes, mais plutôt la confusion portant à croire que les produits et les services liés à chacune des marques de commerce des parties proviennent de la même source. Lorsqu'il est probable que les produits du requérant proviennent de l'opposant ou sont approuvés, autorisés ou appuyés par l'opposante, il s'ensuit que les marques de commerce créent de la confusion [voir *Glen-Warren Productions Ltd c Gertex Hosiery Ltd* (1990), 2 CPR (3d) 7 (CF 1<sup>re</sup> inst)].

[58] Le test doit être appliqué comme une question de la première impression dans l'esprit du consommateur ordinaire plutôt pressé à la vue de la marque de commerce du requérant, alors qu'il n'a qu'un vague souvenir des marques de commerce de l'opposant et qu'il ne s'arrête pas pour réfléchir à la question en profondeur, pas plus que pour examiner de près les ressemblances et les différences entre les marques de commerce [*Veuve Clicquot Ponsardin c Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23]. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, y compris celles établies aux articles 6(5)a) à e) de la Loi, mais ces critères ne sont pas exhaustifs et le poids accordé à chacun des facteurs variera dans une analyse adaptée au contexte [*Mattel USA Inc c 3894207 Canada Inc*, 2006 CSC 22].

**Article 6(5)e) : Degré de ressemblance entre les marques de commerce dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu'elles suggèrent**

[59] Le degré de ressemblance entre les marques de commerce en question est souvent le facteur qui aura probablement la plus grande influence sur l'analyse de la confusion et est donc un point de départ approprié [*Masterpiece Inc c Alavida Lifestyles Inc*, 2011 CSC 27]. Chaque marque de commerce doit être considérée dans son ensemble et évaluée pour son effet sur le consommateur moyen comme question de première impression; l'approche appropriée n'est pas de mettre les marques de commerce côte à côte et de les examiner soigneusement pour retirer les similarités et les différences. Toutefois, il est tout de même possible d'en faire ressortir des caractéristiques particulières de chaque marque de commerce susceptibles de jouer un rôle déterminant dans la perception du public [selon *United Artists Pictures Inc c Pink*

*Panther Beauty Corp* (1998), 80 CPR (3d) 247 (CAF)]. À cet égard, il est préférable de se demander d'abord si les marques de commerce présentent un aspect « particulièrement frappant ou unique » [*Masterpiece*, précité, au para 64].

[60] J'estime que l'aspect le plus frappant du Logo de l'Opposante est composé des lettres « ATP » avec un dessin au-dessus. Bien que le texte restant ne soit pas aussi frappant, j'estime malgré tout qu'il constitue un élément important dans la marque de commerce dans son ensemble à la lumière du jeu de mots unique qu'il crée. Avec cet ajout, l'acronyme ATP a une double signification, représentant à la fois la molécule *adénosine triphosphate* et la phrase « athletic • therapeutic • pharma ». Cependant, comme il a été mentionné ci-dessus, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si le consommateur moyen reconnaîtrait la première signification. J'aborderai cette question ci-dessous.

[61] J'estime que l'aspect le plus frappant de la Marque est composé des lettres « ATP » avec le grand motif de ruban entremêlé au-dessus. De nouveau, bien que le texte restant ne soit pas autant frappant, j'estime que cela constitue tout de même un élément important au sein de la marque de commerce dans son ensemble, puisque cela forme la phrase « ATP SCIENCE », suggérant soit la science de l'ATP, soit la science mise en pratique à l'aide de l'ATP. De nouveau, la question de savoir si le consommateur moyen comprendrait ATP comme la molécule *adénosine triphosphate* sera abordée ci-dessous.

[62] Tout compte fait, j'estime qu'il y a un degré de ressemblance notable entre les deux marques de commerce.

[63] Sur le plan visuel, les deux marques de commerce comportent le grand acronyme ATP dans une police stylisée et je suis d'accord avec l'Opposante que cet élément attire l'attention dans les deux marques de commerce. De plus, bien que leurs polices soient différentes et que le Logo de l'Opposante soit plus allongé à l'horizontale, il y a une certaine ressemblance dans la disposition générale des marques de commerce, étant une disposition empilée d'un élément figuratif au-dessus de

l'acronyme ATP dans un lettrage en bloc stylisé au-dessus du texte en petits caractères.

[64] Cela étant dit, il n'y a virtuellement aucune ressemblance sur le plan visuel dans les éléments figuratifs frappants de chaque marque de commerce, même si les deux comportent des formes circulaires abstraites. De plus, je suis d'accord avec la Requérante que l'élément figuratif large et quelque peu détaillé de la Marque attire l'œil dans une plus grande mesure que l'élément figuratif plus petit et simple de l'Opposante. En termes d'impression visuelle, j'estime que l'élément figuratif de la Marque est légèrement dominant par rapport aux éléments nominaux en raison de leur taille, alors que dans le Logo de l'Opposante, j'estime que l'élément ATP plus large est légèrement dominant par rapport au dessin. Malgré tout, l'élément ATP demeure très en évidence dans la Marque également.

[65] Sur le plan phonétique, il y a un point de ressemblance puisque les deux marques de commerce commencent par le son des lettres A, T et P. De plus, la première partie d'une marque de commerce est en général considérée comme la plus importante aux fins de la distinction [voir *Conde Nast Publications Inc c Union des Editions Modernes* (1979), 46 CPR (2d) 183 (CF 1<sup>re</sup> inst)]. Cependant, dans la mesure que les mots en petits caractères seraient également prononcés, les marques dans leur ensemble diffèrent sur le plan du son.

[66] En ce qui a trait aux idées suggérées, j'estime qu'elles sont semblables. La partie verbale des deux marques de commerce est dominée par l'acronyme ATP et dans les deux cas cet acronyme est suivi par le texte descriptif d'un caractère scientifique : les mots THERAPEUTIC et PHARMA suggérant la science médicale; le mot ATHLETIC dans cette combinaison suggérant la science des sports; et le mot SCIENCE expressément évoquant la science en général.

[67] Les éléments figuratifs suggèrent principalement des idées différentes : une vague de points de différentes tailles dans le Logo de l'Opposante et un dessin de vortex ou de nœud fantaisiste dans la Marque. Cependant, dans le contexte des marques de commerce dans leur ensemble, lesquelles se terminent par le texte

descriptif d'un caractère scientifique et sont destinées à l'emploi en liaison avec des suppléments nutritionnels, j'estime également qu'il y a une légère similarité dans les idées suggérées par les dessins respectifs, dans la mesure que les deux dessins abstraits sont quelque peu scientifiques dans leur apparence. Par exemple, le Logo de l'Opposante pourrait suggérer un flux de particules, de gouttelettes ou de bulles chimiques, alors que la Marque pourrait suggérer une représentation abstraite d'un certain type de structure biologique.

[68] En ce qui a trait à la connotation scientifique de « ATP », comme il a été indiqué ci-dessus, les parties ne s'entendent pas sur la signification que le consommateur moyen attribuerait à cet acronyme. La Requérante observe qu'il serait reconnu comme correspondant à *adénosine triphosphate*, la molécule qui transporte l'énergie du corps, y compris vers les muscles. La Requérante souligne de nombreuses définitions du dictionnaire et sources de référence expliquant le rôle majeur de la molécule dans le corps humain et, lors du contre-interrogatoire, M. Légaré a confirmé que « ATP » est une molécule très fondamentale, produite lorsque vous mangez et respirez [pages 33 et 34]. En revanche, l'Opposante affirme que la preuve n'arrive pas à établir que le consommateur moyen connaîtrait cette signification scientifique. À cet égard, l'Opposante souligne la preuve de M. Légaré lors de son contre-interrogatoire selon lequel il a seulement parlé avec quelques clients qui ont démontré cette connaissance [page 45].

[69] Le registraire peut prendre connaissance d'office de définitions de dictionnaire pour des mots qui se trouvent dans les marques de commerce [*Tradall SA c Devil's Martini Inc*, 2011 COMC 645]. Cependant, en évaluant ce que les consommateurs comprendraient d'une combinaison de mots courants comme, le registraire doit non seulement évaluer la preuve, mais également faire preuve de bon sens [voir *Candrug Health Solutions Inc c Thorkelson*, 2008 CAF 100; et *Neptune SA c Procureur général du Canada*, 2003 CFPI 715]. De plus, le registraire n'a pas le droit de prendre connaissance d'office qu'un mot possède une seule signification sans une preuve à cet effet [*McDowell c Laverana GmbH & Co KG*, 2017 CF 327; *Caterpillar Inc c Puma SE*, 2021 CF 974].

[70] J'estime que les sources de référence citées par la Requérante, considérées en combinaison avec la preuve de M. Légaré confirmant la nature fondamentale de la molécule, fournit un fondement pour la conclusion qu'au moins quelques consommateurs reconnaîtraient l'acronyme « ATP » comme évoquant une molécule associée au métabolisme énergétique et ainsi un ingrédient potentiel pour les supplémentaires alimentaires. J'estime que ces consommateurs reconnaîtraient en retour le jeu de mots dans la marque de commerce de l'Opposante et percevraient la Marque comme suggérant soit la science de l'ATP, soit la science mise en pratique à l'aide de l'ATP. Ainsi, il y aurait un point de ressemblance dans le choix de la molécule d'ATP comme fondement pour les marques de commerce. En revanche, il y aurait un point de différence puisque l'Opposante intègre ATP dans un jeu de mots, alors que la Requérante l'emploie dans une phrase plus descriptive.

[71] Du point de vue de ces consommateurs qui ne connaissent pas l'*adénosine triphosphate*, il y aurait un point de ressemblance puisque les deux marques de commerce comportent le même acronyme ou la même combinaison de lettres dans un contexte scientifique. Il y aurait également un point de différence puisque l'Opposante associe l'acronyme à une phrase correspondante alors que la Requérante ajoute seulement le qualificatif général « SCIENCE ».

[72] Il a souvent été soutenu que, lorsqu'une partie d'une marque de commerce est un mot descriptif ou suggestif commun, son importance diminue [voir *Park Avenue*, précité; et *Vancouver Sushiman Ltd c Sushiboy Foods Co* (2002), 22 CPR (4th) 107 (COMC)]. Ainsi, il peut y avoir une tendance parmi les consommateurs qui connaissent l'*adénosine triphosphate* d'ignorer quelque peu l'importance de l'élément ATP en évidence dans les marques de commerce des parties, dans la mesure qu'il suggère un caractère ou une qualité des produits connexes, comme un ingrédient possible une fonction ou un domaine d'emploi. Pour les consommateurs qui ne connaissent pas cette expression, il peut tout de même y avoir une tendance de se concentrer davantage sur les caractéristiques de stylisation et figuratives, puisque les initiales et les combinaisons de lettres simples en soi sont en général considérées comme des éléments faibles [voir *GSW Ltd c Great West Steel Industries Ltd* (1975), 22 CPR (2d) 154 (CF 1<sup>re</sup> inst)].



Cependant, peu importe la façon dont « ATP » est interprété, j'estime que la tendance à minimiser son importance au moment de souvenir du Logo de l'Opposant serait seulement légère, compte tenu de la couche de signification créée par la phase [TRADUCTION] « explicative » dans le Logo de l'Opposante.

[73] Dans l'ensemble, bien que j'estime que le motif de vortex de rubans larges de la Marque soit une caractéristique frappante, je ne suis pas convaincue qu'il l'emporte sur la ressemblance conceptuelle générale des marques figuratives des parties et la ressemblance entre leurs parties inférieures, présentant un grand « ATP » stylisé au-dessus d'un libellé plus petit sur le thème de la science. Bien que les éléments figuratifs particuliers diffèrent et bien que le mot SCIENCE soit beaucoup plus court en longueur et plus large en signification que « athletic • therapeutic • pharma », l'impression générale d'œuvrer dans le domaine de la science demeure. Tout compte fait, en raison de l'évidence de l'élément « ATP » sur le plan de la présentation, du son et du concept, ainsi que de la ressemblance entre les marques de commerce dans la disposition générale et dans les idées suggérées par les marques de commerce dans leur ensemble, j'estime que le facteur de la ressemblance favorise légèrement l'Opposante.

***Article 6(5)a) : Caractère distinctif inhérent des marques de commerce et mesure dans laquelle elles sont devenues connues***

[74] L'examen du facteur prévu à l'article 6(5)a) comporte une combinaison du caractère distinctif inhérent et acquis. Les marques de commerce déficientes en caractère distinctif ont seulement droit à une protection limitée, c'est-à-dire qu'un degré accru de discrimination peut justement être attendu de la part du public et des différences relativement petites entre les marques de commerce peuvent être suffisantes pour éviter la confusion [voir *GSW*, précité].

Caractère distinctif inhérent

[75] Le caractère distinctif inhérent d'une marque de commerce fait référence à son originalité. Les marques de commerce composées dans l'ensemble ou en partie de mots descriptifs des articles à vendre ou des services à offrir attirent une portée plus

limitée de protection qu'un mot inventé, unique ou non descriptif ou un dessin original [voir *General Motors Corp c Bellows*, [1949] RCS 678, citant *Office Cleaning Services Ltd c Westminster Window & General Cleaners, Ltd* (1946), 63 RPC 39 à la p 41 (HL); et *Fairmount Properties Ltd c Fairmount Management LLP*, 2008 CF 876]. Il a également été soutenu que les marques de commerce composées d'une simple combinaison de lettres ou d'initiales, sans les indices distinctifs en accompagnement, ont tendance à avoir un faible degré de caractère distinctif [GSW, précité; *ITV Technologies Inc c WIC Television Ltd*, 2003 CF 1056].

[76] La Requérante observe que le Logo de l'Opposante possède très peu de caractère distinctif inhérent, puisque l'élément dominant est bien connu comme acronyme pour une molécule importante qui a depuis longtemps été disponible sur le plan commercial en tant que produit fini et qu'ingrédient. De plus, la Requérante observe que la phrase « Athletic. Therapeutic. Pharma. » soit est clairement descriptive, soit donne une description trompeuse du genre et de la fonction des produits de l'Opposante. Selon l'observation de la Requérante, la Marque possède un degré plus élevé de caractère distinctif inhérent en raison de son élément figuratif original et du mot SCIENCE qui ne fournit pas une description claire des Produits.

[77] En appui au caractère descriptif de « ATP », la Requérante attire l'attention à la preuve que Mme Roberts fournit dans son premier affidavit, auquel elle joint les définitions de trois dictionnaires français en date de 1963 à 1993, de trois dictionnaires anglais en date de 1986 à 2001 et d'un dictionnaire des sciences et de la technologie publié en 1992, chacun indiquant que « ATP » est un acronyme pour *adénosine triphosphate* (en français) ou *adenosine triphosphate* (en anglais) : un produit biochimique servant de source d'énergie pour les processus physiologiques, noté dans plusieurs dictionnaires pour son importance dans la contraction des muscles [para 12 à 19; Pièces H à N]. Également joints au premier affidavit de Mme Roberts sont des extraits d'un cahier de biochimie publié en 1975 et l'encyclopédie chimique *Merck Index* publiée en 1989, fournissant des détails supplémentaires sur la nature et la fonction de la molécule d'ATP [para 9 à 11; Pièces F et G].

[78] La Requérante cite *R c Krymowsky*, 2005 CSC 7, pour la proposition que les dictionnaires doivent être considérés comme une [TRADUCTION] « source de précision indiscutable » pour prendre connaissance d’office non seulement de la signification des mots, mais également du fait que la signification serait connue de la personne moyenne. Selon l’observation de la Requérante, n’importe qui peut connaître ce qui se trouve dans un dictionnaire régulier, lequel contient des mots du langage commun et dans le domaine du commun. Cependant, je suis d’accord avec l’Opposante que les dictionnaires, bien que des registres exacts de la signification des mots, ne contiennent pas seulement des mots qui seraient connus par le consommateur moyen; ils contiennent également des mots archaïques et obscurs. En effet, dans *Krymowsky*, les dictionnaires sont proposés seulement pour déterminer si un mot qui a été prononcé *pourrait* avoir une certaine signification; il n’y a aucune suggestion que les dictionnaires indiquent à quel point cette signification serait connue et, en effet, il a été jugé que d’autres facteurs devaient également faire l’objet de considérations pour déterminer les intentions des locuteurs.

[79] Jointes au deuxième affidavit de Mme Roberts sont les résultats de recherches Internet qu’elle a menées au moyen du moteur de recherche Google en saisissant les phrases « atp as ingredient » [TRADUCTION « ATP COMME INGRÉDIENT »], « atp as an ingredient » [TRADUCTION « ATP COMME UN INGRÉDIENT »] et « Adenosine Triphosphate » [TRADUCTION « ADÉNOSINE TRIPHOSPHATE »] [Pièces 1, 4 et 17]. Ces recherches ont trouvé des œuvres de référence supplémentaires, y compris une entrée dans l’encyclopédie Britannica Online Encyclopedia [Pièce 13]; une entrée dans l’encyclopédie Wikipédia [Pièce 18]; une page Web de l’Université de Bristol mettant en vedette l’ATP comme sa première [TRADUCTION] « Molécule du mois » en 1998 [Pièce 2]; et une vue d’ensemble de Science Direct de livres contenant des chapitres sur la molécule d’ATP, dont huit ont été publiés avant 2017 [Pièce 31]. Les extraits fournis à titre de preuve indiquent en général que l’ATP est un transporteur d’énergie, parfois décrit comme une forme de [TRADUCTION] « devise » énergétique, transportant l’énergie dérivée de la nourriture partout dans le corps humain pour alimenter un large

éventail de processus, notamment du travail mécanique (comme le mouvement des muscles), le transport d'autres molécules entre les membranes et la biosynthèse.

[80] De plus, les résultats de la recherche de Mme Roberts comprennent des entrées de sites Web de base de données décrivant l'application de la molécule d'ATP dans les suppléments nutritionnels et les produits cosmétiques, y compris Drug Bank.ca [Pièce 4], le dictionnaire d'ingrédients Paula's Choice Skincare [Pièce 5] et les profils d'ingrédients Environmental Working Group's Skin Deep [Pièce 6]. Des articles de recherche publiés dans le *Journal of the International Society of Sports Nutrition* (JISSN) en 2012 et 2016, respectivement, disponibles sur le site Web du gouvernement des États-Unis, décrivent des études de suppléments visant à accroître directement ou indirectement les concentrations d'ATP dans le corps, notant l'importance de la molécule comme source d'énergie et son rôle dans tout un éventail de processus, y compris la fonction cardiaque, la neurotransmission, la circulation sanguine et la contraction des muscles [para 11 et 12; Pièces 10 et 11]. Un article du 26 octobre 2017 publié sur le site Web de nouvelles et d'analyses de William Reed *Nutra ingredients-usa.com* (Nutra Ingredients) décrit une étude sur le supplément d'ATP pour accroître l'énergie et le rendement dans l'entraînement de résistance [Pièce 7].

[81] Enfin, les recherches de Mme Roberts ont trouvé plusieurs sites Web publicisant des suppléments alimentaires qui soit contenaient de l'ATP, soit visaient à accroître la propre production du corps de cette molécule. Ces références seront abordées dans le contexte de l'état du marché comme circonstance de l'espèce supplémentaire qui pourrait influencer le caractère distinctif d'une marque de commerce. Cependant, je note à cette étape que l'un des propres produits de l'Opposante, le supplément d'entraînement athlétique d'augmentation du rendement MYOPRIME 1.0, contient un ingrédient identifié par « PEAK ATP », lequel M. Légaré a confirmé, lors de son contre-interrogatoire, qu'il s'agissait d'une version synthétique de l'*adénosine triphosphate* obtenue d'un tiers [transcription, page 33]. Le supplément MYOPRIME est décrit dans le matériel promotionnel de l'Opposante comme étant conçu pour améliorer la capacité du corps à générer plus d'ATP, avec les objectifs d'accroître les niveaux d'énergie et de circulation du sang au cours de l'entraînement résistance, améliorant

ainsi la force, la puissance, le rendement, l'endurance et le développement des muscles. Un logo PEAK ATP est arboré parmi d'autres logos dans l'entrée de catalogue MYOPRIME, où il est également partiellement visible sur la bouteille illustrée, et la marque nominale correspondante est également présente dans le billet de blogue intitulé [TRADUCTION] « Qu'est-ce que le sommet de l'ATP? » [dans la transcription, Pièce P-1].

[82] J'accepte selon la preuve ci-dessus que le mot « ATP » serait descriptif des suppléments qui soit contiennent de *l'adénosine triphosphate*, soit augmentent la production naturelle du corps de cette molécule, et serait suggestif de suppléments visant à accroître l'énergie ou le rendement musculaire. Cependant, il reste une question quant à savoir si cette signification vient à l'esprit du consommateur moyen comme question d'impression immédiate. À cet égard, je note que seulement une partie du matériel trouvé par M<sup>me</sup> Roberts indique une publication avant la date pertinente et rien dans la preuve n'indique dans quelle mesure les Canadiens ont visité les divers sites Web ou autrement consulté les articles et les livres mentionnés. De plus, bien que j'estime que les mentions de PEAK ATP sur les bouteilles de MYOPRIME renforce présumément la connotation descriptive de « ATP » dans le Logo de l'Opposante, la preuve ne démontre pas si MYOPRIME était disponible à la date pertinente. En tenant compte de la preuve dans son ensemble, je suis prête à accepter qu'à tout le moins les consommateurs avec une expérience scientifique, un intérêt marqué pour la biologie ou un intérêt spécial dans les suppléments alimentaires pour le rendement athlétique connaîtraient probablement *l'adénosine triphosphate* et s'en souviendraient au moment de voir l'acronyme « ATP » en liaison avec une gamme de suppléments alimentaires.

[83] En ce qui a trait à la phrase « athletic • therapeutic • pharma », le principal argument de la Requérente est que la phrase donne une description trompeuse, puisque M. Légaré a admis lors de son contre-interrogatoire que l'Opposante n'est pas une entreprise pharmaceutique et que les suppléments de l'Opposante n'ont aucune fonction thérapeutique [transcription, pages 9 et 10]. Lors de l'audience, la Requérente a observé qu'une telle description trompeuse devrait être découragée et a remis en question l'affirmation que les consommateurs percevraient les lettres « ATP » comme

un acronyme pour une phrase donnant une description trompeuse comme question de première impression.

[84] Cependant, j'estime que la phrase ci-dessus est seulement suggestive. À cet égard, M. Légaré indique que l'Opposante a toujours produit ses produits de santé naturels avec des normes de contrôle de la qualité et de fabrication se rapprochant de celles de l'industrie *pharmaceutique* [para 8 et 9]. Il a également expliqué lors de son contre-interrogatoire que certains *thérapeutes* emploient les produits de l'Opposante, même s'il ne peut pas affirmer qu'il y a des bénéfices thérapeutiques directs [transcription, pages 9 et 30]. En effet, bien que le catalogue de l'Opposante contienne des avertissements selon lesquels les produits ne visent pas à diagnostiquer, traiter, guérir ou prévenir des maladies, le catalogue fait référence aux ingrédients [TRADUCTION] « de qualité pharmaceutique » dans les suppléments GLUTAMED, New Zealand Whey et New Zealand Isolate et il mentionne la puissance thérapeutique du triglycéride Oméga-3 et des [TRADUCTION] « bénéfices thérapeutiques incroyables » de l'huile d'Oméga-3. Enfin, comme l'a admis la Requérante, les suppléments de l'Opposante sont vendus aux centres de conditionnement physique et publicisés pour l'emploi dans l'entraînement *athlétique* et pour améliorer le rendement *athlétique*.

[85] En général, j'estime que le Logo de l'Opposante possède un niveau moyen de caractère distinctif inhérent. Bien que son élément le plus large est un acronyme qui pourrait être suggestif, voire descriptif, dans le contexte des suppléments alimentaires, j'estime que cet acronyme fait également partie d'un jeu de mots inventé. De plus, la marque de commerce dans son ensemble comporte un élément figuratif qui est plus qu'un simple motif géométrique et j'estime que cela fournit un intérêt visuel suffisant pour être une caractéristique clé.

[86] J'arrive à cette conclusion en gardant également à l'esprit que le Logo de l'Opposante est employé comme marque maison pour un large éventail de suppléments et pas comme un nom de produit comme MYOPRIME ou un nom d'ingrédient comme PEAK ATP. Je reviendrai à cette distinction dans mon évaluation de l'état du marché.

[87] J'estime que la Marque possède un niveau semblable de caractère distinctif inhérent. En l'espèce, l'acronyme ATP est tout aussi suggestif, voire descriptif. De plus, le mot ajouté SCIENCE évoque l'idée de suppléments ayant des formulations scientifiques et je n'estime pas que la combinaison « ATP SCIENCE » est aussi originale que le jeu de mots de l'Opposante. Cependant, j'estime que l'élément figuratif plus large et plus complexe dans la Marque lui accorde un certain niveau de caractère distinctif inhérent.

#### Mesure dans laquelle les marques de commerce sont devenues connues

[88] Le caractère distinctif d'une marque de commerce peut être renforcé par l'emploi et la promotion dans le marché [voir *Sarah Coventry Inc c Abrahamian* (1984), 1 CPR (3d) 238 (CF 1<sup>re</sup> inst)].

[89] La Requérante observe que, peu importe un quelconque caractère distinctif acquis, lorsqu'une partie choisit d'employer une marque de commerce suggestive non distinctive, elle doit « accepter une certaine confusion sans sanction » [*Man & His Home Ltd c Mansour Electronics* (1999), 87 CPR (3d) 218 (CF 1<sup>re</sup> inst), citant *Molson Co c John Labatt Ltd./John Labatt Ltée* (1994), 58 CPR (3d) 527 (CAF) aux p 529-530]. Cependant, bien que je sois d'accord que le caractère distinctif acquis n'est pas un avantage insurmontable, je n'estime pas que ce principe, exprimé dans le contexte d'une action de violation, ne s'écarte des directives fournies par la Cour suprême du Canada selon lesquelles *toutes* les circonstances de l'espèce doivent être évaluées dans l'évaluation de la probabilité de confusion en vertu de la Loi, avec le poids accordé à chaque facteur dépendant du contexte particulier de l'affaire [*Mattel*, précité].

[90] La Marque est visée par une demande selon l'emploi projeté et il n'y a aucune preuve que sa promotion a été faite avant la date pertinente. En revanche, M. Légaré a démontré l'emploi du Logo de l'Opposante en liaison avec divers suppléments de santé naturels au Canada remontant à 2011. Cependant, l'étendue de son emploi et de sa promotion au Canada avant la date pertinent n'est pas claire.

[91] En ce qui a trait à l'emploi, M. Légaré atteste que les ventes annuelles de l'Opposante de produits « portant la marque et le nom ATP » n'ont jamais chuté en dessous de 100 000 \$ depuis 2011 ou en dessous de 4 millions de dollars depuis 2015 [para 16], toutefois il n'indique pas si ces chiffres concernent exclusivement le Canada. Puisque M. Légaré a indiqué lors de son contre-interrogatoire que les produits de l'Opposante sont distribués partout au Canada et dans le monde entier, par un réseau de distributeurs internationaux [transcription, pages 11 et 18], je ne suis pas prête à conclure que les chiffres de ventes annuels fournis concernent nécessairement seulement le Canada.

[92] De plus, M. Légaré a indiqué lors du contre-interrogatoire que l'Opposante fabrique également des produits pour d'autres entreprises auxquels elle applique les marques *de ces entreprises* [transcription, pages 18 et 19] et il ne précise pas si ces chiffres de ventes comprennent de tels produits arborant la marque de tiers. Bien que subséquemment il ait confirmé que « ATP » se trouve sur *l'ensemble* des produits de l'Opposante [transcription, page 47], cela n'est pas équivalent à dire que le Logo de L'Opposante se retrouve sur tous les produits.

[93] En ce qui a trait à la promotion, les catalogues fournis à titre de preuve sont ultérieurs à la date pertinente, comme c'est le cas des deux pages Web arborant le Logo de l'Opposante introduites à titre de pièces au contre-interrogatoire de M. Légaré. Le Logo de l'Opposante est également arboré sur cinq publicités que M. Légaré joint à titre de Pièce RL-4 à sa Déclaration pour démontrer la façon dont les produits de marque ATP de l'Opposante sont publicisés au Canada, toutefois j'estime que, également, ceux-ci sont probablement ultérieurs à la date pertinente. À cet égard, je note que la publicité pour le supplément de santé pour hommes [TRADUCTION] « nouveau et amélioré » ALPHA JACK, qui, selon l'explication de M. Légaré lors de son contre-interrogatoire, est une reformulation du produit antérieurement offert sous le nom T-ALPHA [pages 31 et 32]. Présumément, cette publicité aurait été publiée subséquemment aux catalogues de 2018 et 2019, lesquels annoncent T-ALPHA. J'arrive à la même conclusion concernant la publicisation pour OPTISOM 3.0, puisque les catalogues annoncent ce qui semble être une version antérieure, OPTISOM 2.0.



Les trois autres publicités sont dans un style semblable et deux de celles-ci comportent également ce qui semble être de nouveaux produits qui ne figurent pas dans les catalogues : ADIPOSLIM ([TRADUCTION] « nouveau supplément de perte de poids ») et KIK 2.0 ([TRADUCTION] « nouveau supplément nootropique préalable à l'exercice amélioré »).

[94] M. Légaré fournit les dépenses annuelles en publicités pour les produits arborant la marque de commerce et le nom commercial ATP entre 2011 et 2018, lesquelles augmentent de 30 000 \$ en 2011 à plus de 250 000 \$ en 2016 [para 17]. Puisqu'il atteste que le catalogue de 2018 et les publicités sont représentatifs des catalogues et des publicités distribués depuis 2010 [para 14 et 15], il se peut bien que le Logo de l'Opposante ait été arboré sur des publicités semblables au cours des années. Contrairement à la preuve d'emploi du nom commercial, la preuve à l'égard des marques figuratives de l'Opposante illustre uniformément le Logo de l'Opposante à lui seul dans les documents (le Logo ATP LAB étant sur l'emballage des produits plutôt). De nouveau, M. Légaré ne précise toutefois pas si les chiffres de publicisation représentent seulement la part *canadienne* des publicités de l'Opposante.

[95] Dans les circonstances, et en l'absence de quelconques renseignements sur la taille relative des marchés canadiens et internationaux de l'Opposante, il n'est pas possible de déterminer si le Logo de l'Opposante avait été employé au Canada, et si sa promotion y a été faite, dans quoi que ce soit autre qu'une mesure limitée.

#### Conclusion concernant le caractère distinctif inhérent et acquis

[96] Tout compte fait, j'estime que la preuve est inconcluante concernant la mesure dans laquelle le consommateur moyen considérerait l'élément ATP dans les marques de commerce des parties comme un mot courant du dictionnaire. Cependant, peu importe si « ATP » est vu comme étant descriptif de la composition ou de la fonction des produits, une allusion talentueuse aux résultats escomptés ou simplement des initiales, le niveau de caractère distinctif inhérent des marques de commerce de chaque partie, dans l'ensemble, serait semblable et relativement faible. Le niveau de caractère distinctif inhérent est légèrement amélioré par la caractéristique figurative plus

frappante, toutefois le caractère distinctif du Logo de l'Opposante est également légèrement bonifié par le jeu de mots. Seule l'Opposante a produit une preuve d'emploi et de promotion, toutefois, compte tenu de son manque de précision, je ne suis pas en mesure de conclure que le Logo de l'Opposante était devenu connu à la date pertinente dans plus qu'une mesure limitée. Dans l'ensemble, je conclus que le facteur de l'article 6(5)a favorise l'Opposante, mais seulement légèrement.

**Article 6(5)b) : Période pendant laquelle les marques de commerce ont été en usage**

[97] Comme l'a noté la Cour d'appel fédérale « [par] rapport à une marque qui fait son apparition, une marque qui est employée depuis longtemps est présumée avoir fait une certaine impression à laquelle il faut accorder un certain poids » [*United Artists Pictures Inc c Pink Panther Beauty Corp*, [1998] 3 CF 534]. En l'espèce, à la date pertinente, le Logo de l'Opposante était une marque établie employée depuis six ans, comme l'a démontré la preuve de ventes de l'Opposante à divers détaillants canadiens remontant jusqu'en janvier 2011. En revanche, la Demande est fondée sur l'emploi projeté. Par conséquent, ce facteur favorise l'Opposante.

**Articles 6(5)c) et d) : Genre des produits et des entreprises et nature du commerce des parties**

[98] Il semble que le genre des produits des parties en l'espèce est en grande partie le même. Les Produits de l'Opposante soit sont les mêmes, soit chevauchent directement les Produits. De plus, les produits facturés fournis sans frais en 2013 comprennent un pulvérisateur de vitamine D3, illustrant que des aspects de la gamme de produits disponible de l'Opposante correspondaient également à la portée du Produit « suppléments de vitamines » depuis avant la date pertinente.

[99] Il semble n'y avoir aucune preuve d'emploi du Logo de l'Opposante en liaison avec [TRADUCTION] « suppléments à base de plantes pour favoriser la récupération musculaire après l'exercice », [TRADUCTION] « protéines en poudre servant de substitut de repas » ou [TRADUCTION] « suppléments alimentaires sous forme de substituts de repas en barre pour augmenter l'énergie ». Cependant, j'estime qu'il existe un

chevauchement important entre de tels Produits et les poudres de protéines de bœuf pur et de petit lait de la Nouvelle-Zélande facturées de l'Opposante pour stimuler la récupération des muscles et ses divers suppléments alimentaires facturés pour augmenter l'énergie, notamment ceux fournissant des acides aminés (IBCAA) ou des acides gras essentiels (LIPIDRIUM).

[100] À l'égard des voies de commercialisation, la preuve indique que, à la date pertinente, les produits de l'Opposante étaient vendus par des détaillants de produits de santé et des centres de conditionnement physique aux consommateurs de suppléments alimentaires [voir la Déclaration de M. Légaré, au para 20]. Lors de son contre-interrogatoire, M. Légaré a mentionné que l'Opposante avait un réseau de distribution international qui comprend des entraîneurs spécialisés, des médecins et des naturopathes, toutefois il n'a pas précisé si les Produits de l'Opposante passaient par de telles voies de commercialisation au Canada à la date pertinente.

[101] La Requérante n'a fourni aucune preuve de ses voies de commercialisation. Les recherches Internet de M<sup>me</sup> Roberts ont trouvé un site Web *atpscience.com*, lequel semble faire référence à un produit ciblant l'énergie des muscles et une boutique en ligne pour des suppléments nutritionnels et des protéines [DJR n° 2, Pièce 1], toutefois Mme Roberts n'a fourni aucun imprimé de ce site et ne mentionne pas s'il est affilié à la Requérante.

[102] Peu importe, les Produits doivent être évalués compte tenu des voies de commercialisation normalement liées à ces produits [selon *Mr Submarine Ltd c Amandista Investments Ltd* (1987), 19 CPR (3d) 3 (CAF); et *Henkel Kommanditgesellschaft auf Aktien c Super Dragon Import Export* (1986), 12 CPR (3d) 110 (CAF)]. Compte tenu des ressemblances entre les Produits et les Produits de l'Opposante, et en l'absence de preuve du contraire, j'estime qu'il est raisonnable de conclure que les voies de commercialisation des parties sont probablement les mêmes ou semblables.

[103] En général, ces deux facteurs favorisent l'Opposante.

**Autre circonstance de l'espèce : preuve de l'état du registre et de l'état du marché**

[104] La Requérante observe que l'acronyme ATP n'est pas unique à l'Opposante, mais est plutôt employé par d'autres fabricants de produits composés ou contenant de l'ATP à titre de réactif, d'ingrédient ou de supplément nutritionnel.

[105] Lorsque les marques de commerce appartenant à différentes personnes ont des caractéristiques communes, leur importance sur le plan de la propriété tend à être annulée. L'existence commune d'un certain élément dans les marques de commerce tend à amener les acheteurs à prêter plus d'attention aux autres caractéristiques des marques de commerce et à les distinguer par ces autres caractéristiques. Cependant, ce principe exige que les marques de commerce composées de l'élément commun aient un emploi plutôt répandu dans le marché pertinent [*Maximum Nutrition Ltd c Kellogg Salada Canada Inc* (1992), 43 CPR (3d) 349 (CAF)].

[106] Lorsqu'un grand nombre de marques de commerce pertinentes est cerné dans le registre, le registraire peut conclure que l'élément qu'elles ont toutes en commun est employé dans le marché [voir *Maximum Nutrition*, précité; *McDowell c Laverana GmbH & Co KG*, 2017 CF 327; et *Canada Bread Company, Limited c Dr Smood APS*, 2019 CF 306]. Parmi les marques de commerce pertinentes, on compte celles qui : i) sont déposées ou autorisées et fondées sur l'emploi; ii) celles qui concernent des produits et services similaires à ceux des marques de commerce en cause; et iii) celles qui incluent l'élément en question en tant qu'élément important [*Sobeys West Inc c Schwan's IP, LLC*, 2015 COMC 197, conf par 2017 CF 38]. Lorsque le nombre de marques de commerce pertinentes indiquées au registre n'est pas important, la preuve d'emploi doit être fournie.

[107] M<sup>me</sup> Roberts joint à son premier affidavit les résultats de ses recherches en ligne de la Base de données sur les marques de commerce canadiennes pour les marques de commerce actives contenant le mot « ATP » en liaison avec les suppléments et les éléments nutritifs [para 2 à 6, Pièces A à D]. Autres que les marques de commerce des parties, ces recherches ont trouvé des enregistrements pour les marques de commerce

ATP Nutrition & Dessin (LMC820,190) et ATP NRG (LMC918,736), les deux appartenant à ATP Nutrition Limited pour l'emploi en liaison avec les [TRADUCTION] « engrais et suppléments pour les plantes » et la demande n° 1,957,188 au nom de VDF FutureCeuticals, Inc pour la marque de commerce ELEVATP pour l'emploi en liaison avec les [TRADUCTION] « suppléments alimentaires et nutritionnels », laquelle n'avait pas encore été examinée. Deux enregistrements dans un domaine différent (préparations pour la croissance des plantes) et une demande qui n'a pas encore été acceptée ne me permettent pas de tirer une quelconque conclusion utile quant à l'état du marché pour les produits de santé naturels au Canada ou la capacité des consommateurs à distinguer les marques de commerce contenant l'acronyme ATP en liaison avec les suppléments alimentaires et nutritionnels.

[108] Les résultats des recherches de M<sup>me</sup> Roberts du marché en ligne sont établis dans son deuxième affidavit. En particulier, ses recherches Google susmentionnées pour « atp as ingredient » et « atp as an ingredient » ont trouvé les sites Web suivants mentionnant des suppléments marqués qui soit contiennent de l'ATP comme ingrédient, soit sont conçues pour améliorer la production naturelle d'ATP du corps :

- XtendLife, concernant ses suppléments complets de marque XtendLife! Balance Children's, Total Balance Men's et Total Balance Men's Premium contenant de l'ATP pour des bénéfices qui comprennent l'augmentation de l'énergie physique et le soutien à divers processus physiologiques (le site Web comprend un billet de blogue sur l'historique et les bénéfices pour la santé de l'ATP) [Pièce 3];
- Deerland Probiotics & Enzymes, concernant son supplément digestif ATPPrime, lequel fournit à la fois de l'ATP et améliore sa production naturelle pour les processus comme la digestion et le métabolisme [Pièce 8];
- MaxGSLCanada.ca, concernant la boisson énergétique MaxATP de Max International pour appuyer la production cellulaire d'ATP [Pièce 12];
- Mary Ross MD Supplements, concernant un supplément ATP 360 de marque Researched Nutritionals pour appuyer la génération naturelle d'ATP et améliorer

la production d'énergie cellulaire, disponible pour l'expédition au Canada [para 16, Pièce 15];

- West Clinic Online, concernant un supplément ATP TORCH de marque NATURES NX pour appuyer la synthèse d'ATP et les niveaux d'énergie [Pièce 16];
- le site Web Nutra Ingredients susmentionné, dont l'article d'octobre 2017 sur le supplément d'ATP pour l'énergie et le rendement fait référence à un produit commercial de PromoMera contenant la forme PEAK ATP d'ATP [Pièce 7].

[109] Ces recherches ont également trouvé un site Web publicisant des formulations marquées pour l'emploi dans la fabrication, nommément Formulator Sample Shop, lequel annonce une combinaison FSS ATP d'ATP avec des acides aminés de collagène conçue pour augmenter les niveaux d'énergie dans les cellules vieillissantes et pour appuyer la biosynthèse de protéines qui revitalisent la peau vieillissante [Pièce 9]. Cependant, puisque ce site Web cible les fabricants, j'estime qu'il est peu probable qu'il soit porté à l'attention des consommateurs dans le marché des suppléments.

[110] M<sup>me</sup> Roberts a également mené des recherches Google particulièrement pour « Peak ATP » et « Peak ATP Canada » [Pièce 19]. PEAK ATP a été enregistré aux États-Unis en 2005 à titre de marque nominale et de marque figurative par Technical Sourcing International, Inc (TSI), pour l'emploi en liaison avec [TRADUCTION] « des aides alimentaires, nommément un ingrédient d'adénosine triphosphate employé dans les suppléments alimentaires ou nutritionnels, ainsi que des produits alimentaires et des boissons » [DJR n° 1 para 7 et 8, Pièce E]. Les sites Web du groupe d'entreprises TSI décrivent les bénéfices clés de cet ingrédient comme incluant une circulation sanguine accrue et une augmentation de la puissance musculaire, de la récupération des muscles et de la croissance musculaire [DJR n° 2, Pièce 21 et 22]. Les recherches de M<sup>me</sup> Roberts ont trouvé les sites Web suivants comme publicisant des suppléments contenant l'ingrédient PEAK ATP ou faisant rapport d'études sur la supplémentation avec ce produit :

- Muscle Tech, *Amazon.ca*, et *Supplementsource.ca*, publicisant les suppléments PEAK ATP de marque Muscle Tech [Pièces 24, 27 et 29];
- *Amazon.com*, publicisant les suppléments PEAK ATP de marque Swanson pour l'énergie physique et une circulation saine [Pièce 25];
- *Supersmart.com*, publicisant les suppléments Super Smart contenant PEAK ATP [Pièce 26];
- *Evitamins.com* et *Amazon.ca*, publicisant les suppléments PEAK ATP de marque LifeExtension [Pièces 28 et 29];
- Natural Healthy Concept, publicisant les suppléments de marque KLEAN contenant PEAK ATP et des acides aminés à chaîne ramifiée [Pièce 30];
- le site Web susmentionné pour le JISSN, avec un rapport de 2012 sur l'effet de la supplémentation avec PEAK ATP sur la force des muscles et la fatigue au cours d'exercice à forte intensité répété [Pièce 20];
- le site Web susmentionné de Nutra Ingredients, avec un article du 3 mai 2017 concernant une étude sur l'effet de la supplémentation avec PEAK ATP sur le niveau de glucose dans le sang et la santé cardiaque [Pièce 23].

[111] Je note que le site *Amazon.com*, à la Pièce 25, indique également d'autres marques de suppléments ATP, nommément une marque de supplément ATP MAX de marque Dr. Dale's, un supplément ATP Cofactors d'Optimox, un supplément « A.T.P. » de Montiff, un supplément ATP Evolution de marque NutraBio et un supplément ATP Boost dont la marque maison n'est pas claire.

[112] Enfin, la recherche Google de Mme Roberts pour « ATP Purchase » [TRADUCTION « ACHAT ATP »] a trouvé plusieurs sites Web offrant des préparations de la molécule ATP pour la vente aux fins de la recherche, y compris les sites Web Thermo Fisher Scientific, SigmaAldrich, Selleck Chemical, AdooQ Bioscience et New England BioLabs (tous indiquant une disponibilité au Canada) et BOC Sciences [Pièces 32 à 38].

Cependant, puisque ces produits ATP sont destinés à la recherche scientifique plutôt

que la supplémentation, j'estime qu'il est peu probable qu'ils seront portés à l'attention des consommateurs dans le marché des suppléments.

[113] Les résultats des recherches Internet sont en général considérés comme du oui-dire et ne peuvent pas être invoqués pour la véracité de leur contenu. Dans le meilleur des cas, ils démontrent que les pages Web en question étaient présentes au moment de leur impression. En l'espèce, toutes les pages ont été imprimées en 2020 et, à l'exception du rapport de 2012 et de l'article du 3 mai 2017, il n'y a aucune indication que ces pages auraient présenté les mêmes renseignements ou auraient même existé à la date pertinente. Même si j'étais prête à conclure qu'au moins *certain*s des sites Web étaient accessibles au Canada à la date pertinente, ce fait en lui-même n'établit pas depuis quand les sites étaient exploités au Canada, l'étendue de leurs activités ou l'étendue dans laquelle les Canadiens ont visité les sites.

[114] De plus, je note que les vendeurs trouvés par Mme Roberts semblent employer l'acronyme ATP soit comme référence générique à l'*adénosine triphosphate*, soit comme élément d'un nom de produit suggestif signalant que le produit contient ou stimule la production de l'*adénosine triphosphate*. Dans presque tous les cas, le produit est également marqué ou associé à une marque maison ou un nom commercial (soulignés dans les exemples ci-dessus) et je note qu'aucune de ces marques maison et aucun de ces noms commerciaux ne comprennent l'élément « ATP ». Je ne serais pas en mesure de conclure à partir d'une telle preuve que le consommateur moyen est habitué à voir les lettres « ATP » dans des logos d'entreprise ou des marques maison pour une gamme complète de suppléments.

[115] Dans le meilleur des cas, j'estime que l'emploi d'ATP dans de telles descriptions et de tels noms de produits est pertinent dans la mesure qu'il tend à corroborer les définitions de dictionnaire fournies par Mme Roberts et à appuyer l'argument de la Requérante que « ATP » a une signification descriptive. En l'espèce, bien que la preuve soit en grande partie après la date pertinente, j'estime qu'il est probable qu'elle représente la signification générale que « ATP » avait à la date pertinente [voir *Speedo Knitting Mills Pty Ltd c Beaver Knitwear (1975) Ltd (1985)*, CPR (3d) 176 (COMC) au



sujet de tirer des conclusions quant à la situation générale à la date pertinente à partir de preuves subséquentes]. Cependant, en l'absence de preuve quant à la façon dont ces références de tiers auraient été connues pour le consommateur canadien moyen, je suis seulement prête à leur accorder un poids minimal.

[116] En résumé, j'estime que la preuve concernant l'état du marché favorise la Requérante, mais seulement légèrement.

***Conclusion à l'égard de l'absence du droit à l'enregistrement fondé sur l'emploi antérieur de marques de commerce en vertu de l'article 16(3)a***

[117] Dans une procédure d'opposition, l'opposant n'a pas le fardeau de démontrer que la confusion est probable, mais c'est plutôt le requérant qui doit convaincre le registraire, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'y a aucune probabilité raisonnable de confusion. La présence d'un fardeau ultime qui incombe au requérant signifie que, s'il est impossible d'arriver à une conclusion déterminante une fois que toute la preuve a été examinée, la question doit être tranchée à l'encontre du requérant.

[118] Ayant considéré l'ensemble des circonstances de l'espèce, j'estime que les probabilités sont égales entre une conclusion de confusion avec le Logo de l'Opposante et une conclusion d'absence de confusion. J'arrive à cette conclusion en tenant compte du degré important de ressemblance entre les marques de commerce des parties et du caractère presque identique dans le genre de produits et les voies de commercialisation probables. Bien que le caractère distinctif du Logo de l'Opposant soit seulement moyen et, selon la preuve disponible, que je ne sois pas en mesure de conclure qu'il est devenu connu plus que dans une mesure limitée, il s'agit malgré tout d'une marque établie à la date pertinente par l'emploi au Canada remontant à plus de six ans. En revanche, la Demande est fondée sur l'emploi projeté. J'estime qu'un consommateur ordinaire rencontrant la Marque avec seulement un souvenir général du Logo de l'Opposante pourrait bien croire, comme question de première impression, que les Produits associés à la Marque proviennent de l'Opposante. J'estime que la preuve concernant l'état du marché est insuffisante pour pencher cet équilibre en faveur de la Requérante à la lumière des limitations abordées ci-dessus.

[119] Selon tout ce qui précède, j'estime que la Requérante ne s'est pas acquittée de son fardeau ultime de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'y avait aucune probabilité raisonnable de confusion entre la Marque et le Logo de l'Opposante à la date pertinente. Le motif d'opposition fondé sur l'absence du droit à l'enregistrement selon l'emploi antérieur de la marque de commerce en vertu de l'article 16(3)a) de la Loi est donc accueilli.

### **MOTIF D'OPPOSITION FONDÉ SUR LE CARACTÈRE DISTINCTIF EN VERTU DE L'ARTICLE 2**

[120] L'Opposante fait valoir que la Marque ne distingue pas ni ne peut distinguer les Produits au sens de l'article 2 de la Loi, parce que la Marque ne distingue pas les Produits des produits ou services de l'Opposante, compte tenu des faits allégués dans la déclaration d'opposition. En l'absence de plus de détails, cet argument se limite à une allégation de confusion avec les marques de commerce et les noms commerciaux de l'Opposante composés du mot ATP, ou l'intégrant, y compris ceux abordés dans le cadre des motifs précédents.

[121] La date pertinente pour le motif fondé sur le caractère distinctif est le 5 décembre 2018, la date de production de la déclaration d'opposition [*Metro-Goldwyn-Mayer Inc c Stargate Connections Inc*, 2004 CF 1185]. Afin que ce motif soit accueilli, un opposant invoquant sa propre marque de commerce ou son propre nom commercial doit démontrer que la marque ou le nom était devenu suffisamment connu au Canada à cette date pour annuler le caractère distinctif de la marque de commerce d'un requérant. À cet égard, un opposant a le fardeau initial de démontrer que sa marque de commerce ou son nom commercial était connu au Canada au moins dans une certaine mesure, c'est-à-dire que sa réputation était « importante, significative ou suffisante » ou sinon être bien connu dans une région particulière du Canada [*Motel 6, Inc c No 6 Motel Ltd* (1981), 56 CPR (2d) 44 (CF 1<sup>re</sup> inst); *Bojangles' International, LLC c Bojangles Café Ltd*, 2006 CF 657]. Dans l'un ou l'autre cas, un opposant ne peut pas simplement affirmer que sa marque de commerce ou son nom commercial était connu; il doit y avoir une preuve claire de la mesure dans laquelle il est connu [*Bojangles*, précité; *Sadhu Singh Hamdard Trust c Navsun Holdings Ltd*, 2019 CAF 10].

[122] Pour les raisons abordées dans le cadre des motifs fondés sur le droit à l'enregistrement, j'estime que la preuve n'arrive pas à démontrer que le Logo de l'Opposante, ou toute autre marque de commerce ou tout autre nom commercial relevé dans mon analyse, était connu au Canada dans une mesure suffisante pour annuler le caractère distinctif de la Marque, même à la date pertinente ultérieure.

[123] Bien que la preuve démontre que certaines ventes aient été faites à des détaillants au Canada sous le Logo de l'Opposante, la preuve limitée de ventes se termine en 2013. De plus, les chiffres de ventes pour 2011, 2015 et 2018 n'établissent pas l'étendue dans laquelle une marque de commerce ou un nom commercial en particulier serait devenu connu au Canada, puisque les chiffres ne sont pas ventilés par marché géographique, par marque de commerce ou par nom commercial.

[124] Les chiffres relatifs aux publicités pour les années 2011 à 2018 sont de la même façon inconcluants et M. Légaré ne fournit aucun détail quant à l'étendue de la distribution d'un quelconque matériel promotionnel de l'Opposante. Par exemple, j'estime qu'il est raisonnable de conclure que le catalogue de 2018, lequel invite les lecteurs à [TRADUCTION] « être les premiers à recevoir nos tout nouveaux produits de 2018 », aurait été publié avant le 5 décembre 2018 et constitue ainsi une preuve d'emploi du nom commercial « ATP » à la date pertinente. Cependant, bien que M. Légaré ait précisé lors de son contre-interrogatoire que de tels catalogues ont été distribués à des détaillants, il n'a fourni aucune indication de l'étendue dans laquelle les détaillants offriraient alors ces catalogues de façon répandue aux consommateurs [voir la transcription, pages 28 et 29]. On se trouve obligé de spéculer sur de tels points, ce que la Cour fédérale a indiqué qu'il y a lieu de résister [*1648074 Ontario Inc c Akbar Brothers (Pvt) Ltd*, 2019 CF 1305].

[125] Compte tenu de ce qui précède, le motif d'opposition fondé sur l'absence de caractère distinctif est rejeté, puisque l'Opposante ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve.

## **DÉCISION**

[126] Compte tenu de ce qui précède, dans l'exercice des pouvoirs qui m'ont été délégués en vertu des dispositions de l'article 63(3)a) de la Loi, je rejette la Demande selon les dispositions de l'article 38(12) de la Loi.

---

Oksana Osadchuk  
Membre  
Commission des oppositions des marques de commerce  
Office de la propriété intellectuelle du Canada

Traduction certifiée conforme  
William Desroches

Le français est conforme aux WCAG.

## **ANNEXE A : PRODUITS DANS LES DEMANDES DE L'OPPOSANTE (CLASSE DE NICE ET DÉCLARATION)**

- 3(1) Préparations cosmétiques pour l'amincissement.
- 5(2) Acide folique; capsules de ginseng pour la santé et le bien-être; compléments alimentaires d'acides aminés, d'albumine, d'huile de graines de lin, de caséine; de germes de blé, de graines de lin, de levure, de pollen, de propolis; compléments diététiques à base de protéines de soja; coupe-faim; eau additionnée de minéraux; eau additionnée de vitamines; ginkgo biloba; hamamélis; huile d'onagre; huile de foie de morue; huile de ricin à usage médical; huiles d'amande à usage pharmaceutique; jus de fruits enrichi de vitamines; jus de fruits enrichis de calcium; lécithine comme supplément alimentaire; mélanges protéiques à boire; millepertuis homéopathique; minéraux; multivitamines; pilules amaigrissantes; pilules antioxydantes; poudre de perle pour utilisation comme un supplément de calcium; poudres protéinées de substituts de repas; préparations de vitamines; préparations de vitamines sous forme de boissons et poudres pour remplacer les repas; préparations multivitaminiques; préparations vitaminées; supplément de bêta-carotène; suppléments à base de plantes pour l'état général de la santé et le bien-être, pour la stimulation de la fonction hépatique, pour le traitement de l'arthrite; suppléments alimentaires d'armoise; suppléments alimentaires pour l'état général de la santé et le bien-être, pour stimuler la perte de poids; suppléments botaniques pour l'état général de la santé et le bien-être; suppléments de calcium; suppléments de vitamines; suppléments minéraux; suppléments nutritionnels pour développer la masse musculaire, pour l'état général de la santé et le bien-être; vitamines; vitamines en bonbons gélifiés; vitamines en comprimés; vitamines et préparations vitaminiques; vitamines gélifiées à saveurs de fruits; vitamines sous forme de comprimés effervescents.
- 16(3) Cartes cadeaux; certificats-cadeaux.
- 21(4) Shakers; boîtes à pilules.
- 25(5) T-shirts.

# Comparutions et agents inscrits au dossier

**DATE DE L'AUDIENCE :** 2023-01-24

## **COMPARUTIONS**

**Pour l'Opposante :** Barry Gamache

**Pour la Requérante :** Adele Finlayson

## **AGENTS AU DOSSIER**

**Pour l'Opposante :** ROBIC

**Pour la Requérante :** Moffat & Co.