

**À LA COUR SUPRÊME DES COURS SIMULÉES POUR LES APPELS EN MATIÈRE  
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

ENTRE :

**HEALTHWARD CANADA**

Appelante

- et -

**VAXCO, LTD.**

Intimée

---

**MÉMOIRE DE L'APPELANTE**

---

**TABLE DES MATIERES**

***PARTIE I — Aperçu général..... 2***

***PARTIE II —Énoncé des faits..... 2***

***PARTIE III —Questions en litige..... 6***

***PARTIE IV —Exposé des arguments..... 7***

**Question 1: Est-ce que l’emploi de la marque FLUSTOPPA est en contrefaçon avec la marque officielle FLUSTOPPER ?..... 7**

A) La marque FLUSTOPPA est en contrefaçon des droits conférés par la marque officielle FLUSTOPPER ... 7

B) Healthward est une autorité publique qui bénéficie des protections pour la marque officielle FLUSTOPPER ..... 8

**Question 2 : Le registraire a-t-il commis une erreur en refusant l’enregistrement de « FLUSTOPPA » compte tenu de la marque officielle de Healthward ? ..... 13**

A) La marque « FLUSTOPPA » n’a pas été employée en lien avec des produits ..... 13

B) La marque « FLUSTOPPA » n’a pas été employée en lien avec des services..... 14

***PARTIE VI —Table des autorités..... 18***

## **PARTIE I — Aperçu général**

[ 1 ] Dans le monde moderne, les marques sont omniprésentes: gage de qualité ou d'authenticité, symbole de luxe, d'originalité. Suivant ce souci d'authenticité et dans le but de protéger les intérêts des autorités publiques, certaines marques ont ainsi été réservées. Ces « marques officielles » bénéficient d'une protection plus large et plus agressive, afin de dissocier les autorités de toute confusion potentielle avec un autre produit. Le présent appel met donc en cause leur portée.

[ 2 ] En 2019, après avoir œuvré principalement aux États-Unis, Vaxco Ltd. (« Vaxco ») obtient l'approbation de ses vaccins pour le marché canadien. Le registraire refuse toutefois l'enregistrement de sa marque, FLUSTOPPA, prétextant que celle-ci porte à confusion avec la marque officielle détenue par Healthward Canada (« Healthward »), FLUSTOPPER. Vaxco conteste ainsi cette décision, de même que la validité de la marque de Healthward.

[ 3 ] L'appel soulève ainsi, d'une part, la qualité requise en tant qu'organisme public afin de bénéficier des droits élargis que confère une marque officielle. D'autre part, cet appel remet aussi en question la notion d'emploi de la marque. Healthward demande donc une déclaration que la marque de Vaxco porte à confusion avec la sienne, de plus qu'une injonction afin d'empêcher son emploi.

## **PARTIE II — Énoncé des faits**

[ 4 ] Les parties oeuvrent toutes les deux dans le domaine de la santé et de la vaccination. Alors que Vaxco œuvre depuis plusieurs années essentiellement aux États-Unis, les activités de Healthward ont débuté au Canada en 2014.

*La marque FLUSTOPPER de Healthward*

[ 5 ] Healthward Canada est un organisme à but non lucratif, œuvrant dans le domaine de la santé publique et de la vaccination. Siégeant à Toronto, celle-ci a commencé ses activités en 2014. Effectuant au départ du lobbying auprès du gouvernement fédéral, elle est ensuite entrée dans une entente de financement avec Santé Canada en 2015<sup>1</sup>.

[ 6 ] L'entente avec Santé Canada est constituée ainsi: Santé Canada couvre jusqu'à 75% des frais d'opération de Healthward, le reste provenant notamment de dons privés et de revenus de licences<sup>2</sup>. Healthward a pour sa part comme mission d'établir des programmes éducatifs sur l'importance de la vaccination, ainsi que de fournir des services de clinique mobile de vaccination dans des communautés dans le besoin, identifiées par Santé Canada.

[ 7 ] Santé Canada fait également partie du conseil d'administration de Healthward, celle-ci détenant de 2 à 5 sièges sur celui-ci, pouvant également conseiller Healthward quant à ses programmes éducatifs. Par ailleurs, chacune des deux parties a le droit de mettre fin à l'entente suite à un avis remis dans un délai raisonnable<sup>3</sup>.

[ 8 ] En janvier 2019, Healthward obtient sa marque officielle, FLUSTOPPER, suite à l'avis public d'adoption et d'emploi<sup>4</sup>.

[ 9 ] Healthward est également affiliée à Healthward Industries Corp (« Industries »), une corporation manufacturant des vaccins et du matériel médical depuis 1990<sup>5</sup> et compétiteur direct

---

<sup>1</sup> *Vaxco v Healthward*, 2020 TCCIP 1222 au para 10.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid* au para 11.

<sup>4</sup> *Ibid* au para 8.

<sup>5</sup> *Ibid* au para 12.

de Vaxco. Industries fournit ainsi à plusieurs hôpitaux canadiens et cliniques de vaccination les vaccins et le matériel qu'elle produit. C'est également elle qui fournit à Healthward le matériel pour ses cliniques mobiles. Ainsi, Industries possède une autorisation de la part de Healthward d'employer sa marque officielle sur ses produits, en échange de redevances sur les ventes de ceux-ci<sup>6</sup>.

*La marque FLUSTOPPA de Vaxco*

[ 10 ] Vaxco œuvre depuis plus de vingt ans dans la manufacture, la distribution et la vente de vaccins aux États-Unis, employant la marque FLUSTOPPA. Or, ce n'est qu'en février 2019, un mois après l'obtention de la marque officielle de Healthward, que Vaxco a eu la possibilité de fournir ses produits et services au Canada<sup>7</sup>.

[ 11 ] En mars 2019, celle-ci dépose une demande d'enregistrement de marque de commerce pour FLUSTOPPA ainsi que son logo <sup>8</sup>, associé aux biens et services suivants :

Goods

(1) Pharmaceutical preparations, diagnostic preparations and biological products for human use, namely, influenza vaccine; vaccine injectors; syringes; parts and fittings for vaccine injectors and syringes.

Services.

(1) Research and development services for pharmaceutical preparations and substances.

(2) Training relating to vaccination practices.

(3) Medical advice and information in connection with vaccination.

(4) Retail, wholesale and distribution services online and in-store in the field of vaccination <sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibid* au para 13.

<sup>7</sup> *Ibid* au para 4.

<sup>8</sup> *Ibid* au para 6.

<sup>9</sup> *Ibid* au para 7.

[ 12 ] La demande a été refusée par le registraire en vertu du paragraphe 12(1)(e) de la *Loi sur les marques de commerce* (« L.m.c. »)<sup>10</sup>, citant la marque officielle de Healthward, FLUSTOPPER<sup>11</sup>.

#### *Décision de première instance*

[ 13 ] En mai 2020, Vaxco demande au Tribunal de Première Instance du Canada, division de la propriété intellectuelle d’infirmier la décision du registraire refusant l’enregistrement de sa marque. Celle-ci demande également de radier la marque détenue par Healthward. Pour sa part, Healthward demande une déclaration que l’emploi de la marque de Vaxco est en contrefaçon de sa marque officielle, de même qu’une injonction interdisant son emploi au Canada<sup>12</sup>.

[ 14 ] Le Tribunal juge que la marque de Healthward est valide et que la marque déposée par Vaxco porte à confusion avec celle-ci<sup>13</sup>. Il ne considère toutefois pas que les prétentions d’emploi de Vaxco constituent réellement un emploi de la marque au Canada au sens de la L.m.c., refusant de ce fait l’injonction demandée par Healthward<sup>14</sup>.

#### *Décision en appel*

[ 15 ] En appel de la décision, en septembre 2020, Vaxco argumente que le juge de première instance a erré en droit d’une part quant à la validité de l’enregistrement de Healthward, puis quant à la présence d’un emploi de la marque par Vaxco au Canada<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> *Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13.

<sup>11</sup> *Vaxco v Healthward*, *supra* note 1 au para 8.

<sup>12</sup> *Ibid* au para 3.

<sup>13</sup> *Ibid* au para 21.

<sup>14</sup> *Ibid* au para 26.

<sup>15</sup> *Vaxco v Healthward*, 2020 CAIP 333 au para 2.

[ 16 ] La Cour d'appel infirme la décision de première instance, décidant en effet que, d'une part, il n'y a pas confusion entre les deux marques<sup>16</sup> et que le juge a erré en décidant que Healthward constituait une autorité publique au sens de l'article 9 de la L.m.c. Sa marque officielle étant invalide, elle ne pouvait bloquer l'enregistrement de Vaxco<sup>17</sup>. Par ailleurs, la Cour refuse également l'injonction demandée par Healthward, considérant que l'emploi de Vaxco au Canada avant le dépôt de la marque officielle avait été démontré<sup>18</sup>.

### **PARTIE III —Questions en litige**

[ 17 ] Il y a deux questions en litige devant la Cour :

**Question 1: Est-ce que l'emploi de la marque FLUSTOPPA est en contrefaçon avec la marque officielle FLUSTOPPER ?**

**Question 2 : Le registraire a-t-il commis une erreur en refusant l'enregistrement de « FLUSTOPPA » compte tenu de la marque officielle de Healthward ?**

---

<sup>16</sup> *Ibid* au para 6.

<sup>17</sup> *Ibid* au para 10.

<sup>18</sup> *Ibid* au para 14.

## PARTIE IV —Exposé des arguments

### **Question 1: Est-ce que l'emploi de la marque FLUSTOPPA est en contrefaçon avec la marque officielle FLUSTOPPER ?**

*A) La marque FLUSTOPPA est en contrefaçon des droits conférés par la marque officielle FLUSTOPPER*

[ 18 ] Les marques officielles bénéficient d'une protection particulière dans la *Loi sur les marques de commerce* : personne ne peut enregistrer une marque prohibée à l'article 9(1)(n)(iii) L.m.c. La jurisprudence considère que dès qu'une autorité publique adopte et publie une marque officielle valide, elle devient « hardy and virtually unexpungeable »<sup>19</sup>. Lorsqu'une autorité publique présente un avis public d'adoption et d'emploi de la marque officielle au Registraire des marques de commerce, le Registraire n'a aucun pouvoir de contrôle pour refuser une marque officielle<sup>20</sup>. Les tribunaux devraient s'abstenir d'interférer dans le processus d'adoption d'une marque officielle, car le législateur a jugé qu'une autorité publique devrait avoir des droits étendus sur leurs marques, peu importe les conséquences hypothétiques sur d'autres commerçants<sup>21</sup>. Si le législateur avait voulu imposer des limites aux droits d'une autorité publique, il l'aurait fait.

[ 19 ] Le test applicable pour déterminer si une marque de commerce est en contrefaçon d'une marque officielle est celui de la première impression et du souvenir imparfait, c'est-à-dire « de

---

<sup>19</sup> *Mihaljevic v British Columbia*, [1979] 23 CPR (3rd) 80 au para 17; *Ontario Assn of Architects c Assn of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218 au para 63.

<sup>20</sup> *Insurance Corporation of British Columbia c Registrar of Trade Marks*, [1980] 1 FC 669 au para 74.

<sup>21</sup> *Ibid.*



savoir si une personne qui ne connaît qu'une des marques en cause et en garde un vague souvenir pourrait, sous l'effet d'une première impression, se tromper ou se méprendre »<sup>22</sup>.

[ 20 ] Le juge de première instance utilise correctement les critères énumérés à l'article 6(5) L.m.c. dans l'analyse de la confusion à l'article 9(1) L.m.c.<sup>23</sup>. En l'espèce, non seulement la nature du commerce, le genre de produits et services et le son des mots sont presque les mêmes, mais aussi le seul élément propre à la marque FLUSTOPPA se retrouve dans sa terminaison et représente simplement l'abrégé moins formel du mot FLUSTOPPER. Le résultat d'une telle analyse est clair : une personne qui regarderait la marque FLUSTOPPA sous l'effet d'une première impression porterait certainement à confusion avec la marque officielle FLUSTOPPER.

[ 21 ] Comme la contrefaçon s'établit aisément, le seul point réellement en litige est la demande d'invalidité de la marque officielle FLUSTOPPER par les intimés, et donc la qualification de Healthward comme autorité publique. En l'espèce, Healthward Canada est une autorité publique et a donc le droit de se prévaloir d'une marque officielle et des droits conférés par cette dernière en vertu de l'article 9(1)(n)(iii) L.m.c.

*B) Healthward est une autorité publique qui bénéficie des protections pour la marque officielle FLUSTOPPER.*

[ 22 ] Une entité sera considérée comme étant une autorité publique lorsque les conditions suivantes sont réunies<sup>24</sup> :

---

<sup>22</sup> *Canadian Olympic Assn c Health Care Employees Union of Alberta*, [1992] ACF n° 1129 au para 23; *Big Sisters Assn of Ontario c Big Brothers of Canada*, [1997] FCJ n° 627 au para 88.

<sup>23</sup> *The Queen c Kruger* (1978), 44 C.P.R. (2d) 135 au para 12; *Big Sisters Assn. of Ontario c Big Brothers of Canada*, *supra* note 22 au para 88.

<sup>24</sup> *Canada (Registrar Of Trade Marks) c Cdn Olympic Association*, [1982] 1 CF 692.

- a) il doit avoir une obligation envers le public en général;
- b) il doit, dans une mesure importante, être soumis au contrôle gouvernemental; et
- c) les bénéfices ne doivent pas servir un intérêt privé, mais doivent profiter à l'ensemble du public.

[ 23 ] Le juge Urie de la Cour fédérale<sup>25</sup> et la jurisprudence subséquente<sup>26</sup> ont jugé qu'il n'était pas nécessaire que l'organisme ait des devoirs et obligations exécutoires envers le public, mais qu'il y ait au moins un intérêt public.

[ 24 ] Les deux volets les plus importants sont donc le contrôle gouvernemental sur l'organisme et l'intérêt public de ses opérations<sup>27</sup>. En l'espèce, Healthward satisfait ces deux critères.

#### i) Healthward est soumis à un contrôle gouvernemental continu et important

[ 25 ] Le niveau de contrôle gouvernemental ne doit pas être absolu, mais plutôt suffisamment important<sup>28</sup>. La Cour fédérale dans *See You In-Canadian Athletes Fund Corporation c. Canadian Olympic Committee* a affirmé que « le contrôle est une affaire à la fois juridique et factuelle qui peut s'exercer tant directement qu'indirectement »<sup>29</sup>. Il est donc important d'examiner le contexte complet de l'entente entre Healthward et le gouvernement fédéral, et non simplement une clause parmi tant d'autres.

[ 26 ] Premièrement, le contrôle du gouvernement sur les activités de Healthward se démontre par le financement substantiel de son programme de vaccination et d'éducation au public. La simple présence de financement gouvernemental à une entité a été suffisante pour conclure au

---

<sup>25</sup> *Ibid* aux para 24-26.

<sup>26</sup> *Ontario Assn of Architects c Assn of Architectural Technologists of Ontario*, *supra* note 19 aux para 49-51; *Stadium Corporation of Ontario Ltd v Wagon-Wheel Concessions Ltd (TD)*, [1989] 3 FC 132 au para 12.

<sup>27</sup> *Ontario Assn of Architects c Assn of Architectural Technologists of Ontario*, *supra* note 19 au para 51.

<sup>28</sup> *See You In-Canadian Athletes Fund Corp c Canadian Olympic Committee*, 2007 CF 406 au para 60.

<sup>29</sup> *Ibid* au para 63.

statut d'autorité publique<sup>30</sup>. Dans *See You In-Canadian Athletes Fund Corporation*, le tribunal a considéré que même un financement de 30% des activités constituait un indice de contrôle suffisant sur les activités de l'autorité publique<sup>31</sup>. Il est donc clair que Healthward, en raison du financement substantiel de 75% de ses dépenses annuelles de la part du gouvernement, est sous un contrôle gouvernemental suffisant.

[ 27 ] Deuxièmement, la présence de deux membres nommés par le gouvernement sur le conseil d'administration d'Healthward dans le cadre de cette entente de financement est une démonstration d'un contrôle suffisamment important sur Healthward. La simple présence de membres représentant le gouvernement sur le conseil d'administration a été considérée comme étant un indice de contrôle suffisant pouvant donner lieu au statut d'autorité publique par la Cour Supérieure de l'Ontario<sup>32</sup>.

[ 28 ] Troisièmement, la direction continue de Santé Canada dans la gestion et l'organisation des activités de Healthward constitue un lien contextuel important à prendre en considération. Dans le cadre de son financement, Santé Canada donne des directives à Healthward quant au contenu même de ses programmes de vaccination et d'éducation du public<sup>33</sup>. De plus, Santé Canada ordonne Healthward de servir des populations défavorisées avec leurs cliniques mobiles sous peine de reprendre une portion de leur financement si Healthward était incapable de le faire<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> *Council of Natural Medicine College of Canada c College of Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists of British Columbia*, 2013 CF 287 au para 57; *Ontario Assn. of Architects c Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, *supra* note 19 au para 20.

<sup>31</sup> *See You In-Canadian Athletes Fund Corp c Canadian Olympic Committee*, *supra* note 28 au para 61.

<sup>32</sup> *Anne of Green Gables Licensing Authority Inc v Avonlea Traditions Inc*, [2000] OJ 740 au para 170.

<sup>33</sup> *Vaxco v Healthward*, *supra* note 1, au para 11.

<sup>34</sup> *Ibid.*

[ 29 ] Ces éléments dépassent une simple relation contractuelle entre les parties et sont indicatifs d'un contrôle important par le gouvernement de virtuellement toutes les activités de Healthward.

ii) Healthward exerce ses activités dans l'intérêt public

[ 30 ] Le juge de première instance ainsi que la Cour d'appel ont tous les deux affirmé que les activités de Healthward constituaient un bénéfice clair pour le public. Ces activités de vaccination et d'éducation au public constituent un vrai bénéfice tangible au public sous la direction du gouvernement.

[ 31 ] La Cour d'appel, n'ayant pas conclu sur ce volet définitivement, a affirmé que la relation avec Healthward Industries était inappropriée et ne bénéficiait pas le public. Dans *Ontario Assn. of Architects v. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, le juge McKeown a conclu que malgré que certaines activités de l'organisme pouvaient être dans l'intérêt privé, l'organisme bénéficie aussi l'intérêt public, ce qui est suffisamment important<sup>35</sup>. Le tribunal reconnaît donc la possibilité d'avoir un intérêt privé et public qui s'opère en même temps. Le juge Phelan dans *See You In-Canadian Athletes Fund Corporation* reconnaît aussi qu'il pourrait y avoir des activités au sein de l'organisme qui n'étaient pas nécessairement au bénéfice du public<sup>36</sup>.

[ 32 ] Healthward a donné son consentement à Healthward Industries d'employer sa marque officielle pour ses activités de vaccination en vertu de l'article 9(2)(a) L.m.c. Le texte de loi est clair : seul l'organisme qui publie l'avis d'adoption et d'emploi doit constituer une autorité publique au sens de l'article 9(1)(n)(iii) L.m.c. Cette même obligation ne se présente pas à l'article

---

<sup>35</sup> *Ontario Assn. of Architects c. Assn. of Architectural Technologists of Ontario*, supra note 19 au para 20.

<sup>36</sup> *See You In-Canadian Athletes Fund Corp. c Canadian Olympic Committee*, supra note 28 au para 64.

9(2) L.m.c. lorsqu'une autorité publique décide de donner son consentement à l'emploi de sa marque. L'intention du législateur n'était donc pas de limiter la liberté d'une autorité publique à offrir l'emploi d'une marque officielle à une autre entité. D'ailleurs, le juge Cattnach reconnaît que le législateur a donné beaucoup de liberté à l'autorité publique d'employer sa marque officielle "sans aucune autre restriction ou contrôle que sa propre conscience"<sup>37</sup>.

[ 33 ] La Cour devrait donc éviter de se poser si l'autorité publique donne son consentement à une autre autorité publique, puisque le Parlement n'a prévu aucunement une telle condition à 9(2) L.m.c. Que l'organisme soit à but non lucratif ou une autorité publique, dès que l'entité reçoit le consentement d'une autorité publique d'employer une marque officielle, l'analyse de l'entité qui reçoit le consentement n'est pas pertinente aux fins de l'analyse de la marque officielle valablement obtenue auprès du Registraire.

[ 34 ] En conclusion, la marque de commerce FLUSTOPPA est en contrefaçon des droits conférés par la marque officielle FLUSTOPPER. La défense soulevée par Vaxco d'attaquer la validité de cette marque officielle sur la base du statut de Healthward doit être rejetée, comme Healthward remplit les critères d'autorité publique établis par la jurisprudence.

[ 35 ] L'injonction demandée par Healthward devrait également être octroyée. Vaxco a reçu l'approbation de Santé Canada pour commercialiser ses produits en février 2019<sup>38</sup> et a déjà commencé à vendre leurs vaccins FLUSTOPPA en mars 2019<sup>39</sup>. Les faits démontrent une intention claire de Vaxco à commercialiser ses produits et services au Canada. L'intervention de

---

<sup>37</sup> *Insurance Corporation of British Columbia c Registrar of Trade Marks*, supra note 20 au para 75.

<sup>38</sup> *Vaxco v Healthward*, supra note 1, au para. 11.

<sup>39</sup> *Vaxco v Healthward*, supra note 1, au para. 6.

la Cour est nécessaire afin de protéger les droits conférés par la marque officielle FLUSTOPPER et cesser le préjudice causé à Healthward depuis le début des activités de Vaxco en février 2019.

**Question 2 : Le registraire a-t-il commis une erreur en refusant l'enregistrement de « FLUSTOPPA » compte tenu de la marque officielle de Healthward ?**

[ 36 ] Le registraire n'a pas commis d'erreur en refusant l'enregistrement de FLUSTOPPA puisque celle-ci est susceptible de porter à confusion avec la marque officielle de Healthward, qui était déjà au registre.

[ 37 ] Vaxco ne peut se baser sur un emploi antérieur valide pour employer sa marque, qui n'a pas été employé en association avec ses produits et services.

*A) La marque « FLUSTOPPA » n'a pas été employée en lien avec des produits*

[ 38 ] En vertu du paragraphe 4 L.m.c. l'emploi d'une marque à l'égard de produits constitue un emploi valable si ceux-ci s'inscrivent « dans la pratique normale du commerce » au Canada. En effet, lors du transfert de produits arborant la marque, ceux-ci doivent faire partie d'une transaction<sup>40</sup> impliquant la conclusion d'une vente, avec l'objectif de produire des profits<sup>41</sup>.

[ 39 ] Or, avant février 2019, Vaxco n'avait jamais vendu ses produits FLUSTOPPA au Canada. Le contenu éducationnel présenté sur le site Web de Vaxco était disponible gratuitement et ne procurait donc aucun profit à Vaxco.

---

<sup>40</sup> *Molson Cos. v Halter*, [1976] F.C.J. No. 302 à la page 177; *Window World International, LLC (Re)*, 2019 COMC 40 au para 44.

<sup>41</sup> *Cast Iron Soil Pipe Institute c Concourse International Trading Inc* (1988), 19 CPR (3d) 393 TMOB; *Riches, McKenzie & Herbert c Cosmetic Warriors Limited*, 2017 COMC 36 au para 19.

[ 40 ] Davantage, ce n'est qu'à partir de février 2019 que Vaxco a commencé à vendre ses vaccins FLUSTOPPA au Canada. Or, puisque la marque de Healthward a été obtenue en janvier 2019, les ventes de Vaxco ne sont pas pertinentes pour établir un emploi antérieur au Canada.

[ 41 ] Il ressort de la preuve que Vaxco a fait de la publicité sur des panneaux d'affichage dans quelques villes canadiennes près de la frontière américaine pour encourager les Canadiens à se rendre aux États-Unis pour acheter et recevoir les vaccins FLUSTOPPA. Le site Web de Vaxco ne permettait pas aux Canadiens d'acheter leurs produits au Canada et donc, il n'y avait qu'une offre de vente aux États-Unis, ne permettant pas de prouver un emploi valable au Canada. La promotion et la publicité ne permettent pas de faire la preuve de l'emploi d'une marque de commerce en lien avec des produits<sup>42</sup>. De plus, l'offre de vente ne constitue pas un emploi<sup>43</sup>.

[ 42 ] Ainsi, le registraire n'a pas erré en refusant l'enregistrement de FLUSTOPPA puisque celle-ci porte à confusion avec la marque antérieurement employée par la demanderesse, Healthward. De plus, FLUSTOPPA n'a pas été employée à l'égard de ses produits, « dans la pratique normale du commerce » au Canada. La combinaison de certains faits, à savoir l'absence de ventes et de profits avant février 2019 des vaccins FLUSTOPPA, est fatale à l'établissement d'un emploi antérieur par Vaxco en vertu du paragraphe 4 (1) L.m.c.

*B) La marque « FLUSTOPPA » n'a pas été employée en lien avec des services*

[ 43 ] En vertu du paragraphe 4 (2) L.m.c., « une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des services si elle est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces

---

<sup>42</sup> *Loblaws Inc. c Columbia Insurance Co.*, 2019 CF 961 au para 131.

<sup>43</sup> *Mustafa Attar (Re)*, 2017 COMC 118 au para 27; *RAVINTORAISSIO OY (Re)*, 2018 COMC 55 au para 34; *Forbes (Re)*, 2019 COMC 114 au para 15.

services. » Les services présentés dans la demande d'enregistrement de Vaxco incluent notamment les « conseils médicaux et informations en rapport avec la vaccination » ainsi que les « services de vente au détail, de gros et de distribution en ligne et en magasin dans le domaine de la vaccination ».

[ 44 ] Les faits révèlent que Vaxco maintient un site Web fournissant des informations éducatives sur l'importance des vaccins et que ce site présente la marque FLUSTOPPA. Toutefois, le simple fait d'avoir un site Web accessible au Canada n'est pas suffisant en soi pour constituer un emploi<sup>44</sup>, ni même la simple exposition ou l'annonce de la marque de commerce au Canada<sup>45</sup>.

[ 45 ] Encore faut-il que les services soient rendus ou, à tout le moins, soient disponibles pour être exécutés au Canada<sup>46</sup>. Il est important de ne pas assimiler l'annonce des services à la prestation réelle des services<sup>47</sup>. En l'espèce, les Canadiens peuvent payer pour prendre des rendez-vous dans les cliniques de Vaxco, mais les services sont ultimement rendus aux États-Unis et non au Canada.

[ 46 ] D'ailleurs, malgré que la L.m.c. ne définit par ce que constitue un « service », il a été établi qu'il n'y avait pas emploi au Canada lorsque l'exécution des services annoncés ne peut être accomplie que par le biais d'un voyage à l'extérieur du Canada<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> *AT&T Intellectual Property II, L.P. (Re)*, 2016 COMC 91 au para 56.

<sup>45</sup> *Porter v Don the Beachcomber*, [1966] Ex.C.R. 982; *Cornerstone Securities Canada Inc. v Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1994] F.C.J. No. 1713 au par. 420; *Tint King of California Inc. c Canada (Registrar of Trade-Marks)*, 2006 CF 1440 au para 44; *Yeti Coolers, LLC c HowSue Holdings Inc.*, 2019 CF 316 au para 26.

<sup>46</sup> *Orange Brand Services Ltd. (Re)*, 2016 COMC 111 au para 65; *Swing Paints Ltd. (Re)*, 2016 COMC 48 au para 7; *J. Benny Inc. (Re)*, 2016 COMC 55 au para 4; *Supershuttle International, Inc. (Re)*, 2014 COMC 155 au para 32.

<sup>47</sup> *Dollar General Corp (Re)*, 2017 COMC 46 au para 68; *Kamlins-Plaskacz c Alibaba Group Holding Limited*, 2018 COMC 105 au para 28.

<sup>48</sup> *Marineland Inc v Marine Wonderland and Animal Park Ltd*, [1974] A.C.F. no 163 au para 52.



[ 47 ] Bien que l'avantage que procure une activité aux consommateurs peut constituer un service<sup>49</sup>, il doit s'agir d'avantages concrets et importants à partir du Canada<sup>50</sup>. La jurisprudence<sup>51</sup> reconnaît que pour faire la preuve de l'emploi de cette activité, il importe de démontrer « un certain degré d'interactivité avec d'éventuels clients canadiens afin de permettre de conclure à l'existence d'un avantage suffisant pour les Canadiens pour maintenir cet enregistrement. »<sup>52</sup>

[ 48 ] Or, le site Web de Vaxco ne permet pas aux Canadiens d'acheter et de recevoir les vaccins FLUSTOPPA au Canada. Ils peuvent seulement utiliser le site Web pour rechercher les produits présentés par Vaxco et pour prendre des rendez-vous afin de recevoir leurs vaccins dans les cliniques de Vaxco aux États-Unis.

[ 49 ] Ces activités, soit la consultation du contenu éducationnel sur le site Web de Vaxco et la réservation de rendez-vous, ne représentent pas des avantages concrets et suffisants pour les Canadiens, à partir du Canada. Le degré d'interactivité entre le site Web et les Canadiens n'est pas suffisamment important en raison de l'absence d'expédition de marchandises au Canada. La preuve ne démontre pas que sur le site Web de Vaxco comprenait des indications ou renseignements spécifiquement destinés aux Canadiens.

[ 50 ] Il faut donc conclure que le registraire n'a pas commis d'erreur en refusant l'enregistrement de FLUSTOPPA vu la présence au registre de la marque officielle FLUSTOPPER. La marque de Vaxco n'a pas été employé à l'égard des services annoncés dans la demande d'enregistrement de Vaxco avant l'obtention de la marque officielle de Healthward. Les services annoncés en rapport

---

<sup>49</sup> *Ibid*, au para 8-9.

<sup>50</sup> *Hilton Worldwide Holding LLP c Miller Thomson*, 2018 CF 895 au para 90.

<sup>51</sup> *Dollar General Corp c 2900319 Canada Inc*, 2018 CF 778.

<sup>52</sup> *Ibid*, au para 19, citant la décision *West Seal, Inc (Re)*, 2012 COMC 114 au para 27-28; *TSA Stores, Inc. c Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2011 CF 273 au para. 19-21.

avec la marque FLUSTOPPA ne sont ni disponibles ni exécutés au Canada. Les services accessoires à la marque FLUSTOPPA, c'est-à-dire la consultation du site Web de Vaxco et la réservation de rendez-vous, ne représentent pas des avantages concrets et suffisants pour les Canadiens afin de pouvoir qualifier ceux-ci de services employés au Canada.

#### **PARTIE V —Ordonnance demandée**

[ 51 ] Healthward désire que cet appel soit accueilli, et que la décision de la Cour d'appel soit infirmée. Healthward réclame également que la Cour adjuge les dépens en sa faveur, ici et devant les instances inférieures, contre Vaxco.

Signé le 12 janvier 2021

---

Équipe no. 10

Avocat et avocates de l'appelante

## PARTIE VI —Table des autorités

### Législation

*Loi sur les marques de commerce*, LRC 1985, c T-13.

### Jurisprudence

*Anne of Green Gables Licensing Authority Inc v Avonlea Traditions Inc*, [2000] OJ 740.

*AT&T Intellectual Property II, LP (Re)*, 2016 COMC 91.

*Big Sisters Assn of Ontario v Big Brothers of Canada*, [1997] FCJ n° 627.

*Canada (Registrar Of Trade Marks) c Cdn Olympic Association*, [1982] 1 CF 692.

*Canadian Olympic Assn v Health Care Employees Union of Alberta*, [1992] ACF n° 1129.

*Cast Iron Soil Pipe Institute c Concourse International Trading Inc* (1988), 19 CPR (3d) 393 TMOB.

*Cornerstone Securities Canada Inc v Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1994] FCJ n° 1713.

*Council of Natural Medicine College of Canada c College of Traditional Chinese Medicine Practitioners and Acupuncturists of British Columbia*, 2013 CF 287.

*Dollar General Corp c 2900319 Canada Inc*, 2018 CF 778.

*Dollar General Corp (Re)*, 2017 COMC 46.

*Forbes (Re)*, 2019 COMC 114.

*HENAN REBECCA HAIR PRODUCTS INC (Re)*, 2018 COMC 150.

*Hilton Worldwide Holding LLP c Miller Thomson*, 2018 CF 895.

*Insurance Corporation of British Columbia c Registrar of Trade Marks*, [1980] 1 FC 669.

*J. Benny Inc (Re)*, 2016 COMC 55.

*Kamlins-Plaskacz c Alibaba Group Holding Limited*, 2018 COMC 105.

*Loblaws Inc c Columbia Insurance Co*, 2019 CF 961.

*Marineland Inc v Marine Wonderland and Animal Park Ltd*, [1974] ACF n° 163.

*Mihaljevic v British Columbia*, [1979] 23 CPR (3rd) 80.

*Molson Cos. v Halter*, [1976] FCJ n° 302.

*Mustafa Attar (Re)*, 2017 COMC 118.

*Ontario Assn of Architects v Assn of Architectural Technologists of Ontario*, 2002 CAF 218.

*Orange Brand Services Ltd (Re)*, 2016 COMC 111.

*Porter v Don the Beachcomber*, [1966] ExCR 982.

*RAVINTORAISSIO OY (Re)*, 2018 COMC 55.

*Riches, McKenzie & Herbert c Cosmetic Warriors Limited*, 2017 COMC 36.

*See You In-Canadian Athletes Fund Corp v Canadian Olympic Committee*, 2007 CF 406.

*Société nationale des chemins de fer français c Venice Simplon-Orient-Express Inc*, [2000] ACF n° 1897.

*Stadium Corporation of Ontario Ltd v Wagon-Wheel Concessions Ltd (TD)*, [1989] 3 FC 132.

*Supershuttle International, Inc (Re)*, 2014 COMC 155.

*Swing Paints Ltd (Re)*, 2016 COMC 48.

*The Queen v Kruger* (1978), 44 C.P.R. (2d) 135.

*Tint King of California Inc c Canada (Registrar of Trade-Marks)*, 2006 CF 1440.

*TSA Stores, Inc c Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2011 CF 273.

*Vaxco v Healthward*, 2020 TCCIP 1222.

*Vaxco v Healthward*, 2020 CAIP 333.

*West Seal, Inc (Re)*, 2012 COMC 114.

*Window World International, LLC (Re)*, 2019 COMC 40.

*Yeti Coolers, LLC c HowSue Holdings Inc*, 2019 CF 316.