

TRADUCTION/TRANSLATION

INSTANCE FONDÉE SUR L'ARTICLE 45
MARQUE DE COMMERCE : TWISTER
ENREGISTREMENT N^o TMA 413,006

Le 22 décembre 1999, à la demande de Dimock Stratton Clarizio, le registraire a fait parvenir un avis en application de l'article 45 à Noveltech, Inc., propriétaire inscrite de la marque de commerce portant le numéro d'enregistrement susmentionné.

La marque de commerce TWISTER est enregistrée pour emploi en liaison avec les marchandises « frozen confections » (friandises glacées).

Conformément à l'article 45 de la *Loi sur les marques de commerce*, la propriétaire inscrite de la marque de commerce est tenu d'indiquer que la marque a été employée au Canada en liaison avec chacune des marchandises ou chacun des services que spécifie l'enregistrement, à un moment quelconque au cours de la période de trois ans qui précède immédiatement la date de l'avis, et, dans la négative, la date où elle a été ainsi employée en dernier lieu et la raison de son défaut d'emploi depuis cette date.

En réponse à l'avis, la déposante a présenté les affidavits de Dick Gross et de Wendy Halbert ainsi que des pièces.

La partie requérante a demandé à contre-interroger les deux auteurs d'affidavits. Le registraire a rejeté cette demande parce qu'il n'a pas le pouvoir d'ordonner un contre-interrogatoire sur un affidavit présenté en réponse à un avis donné en application de l'article 45. Les deux parties ont présenté des observations écrites et étaient représentées lors de l'audience tenue le 28 mars 2002.

Résumé de la preuve présentée :

Affidavit de Dick Gross

Dans son affidavit, Dick Gross déclare être le vice-président de Noveltech, Inc. (la déposante). Il affirme que Popsicle Industries Ltd. a obtenu, le 31 juillet 1992, l'autorisation de la déposante d'utiliser la marque de commerce TWISTER au Canada, et il nous renvoie à la pièce B, une copie du [TRADUCTION] « contrat de licence et de financement » (ci-après désigné le « contrat de licence ») pour appuyer sa déclaration. M. Gross indique que, en vertu du paragraphe 9 du contrat de licence, la déposante a autorisé Popsicle Industries Ltd. à employer la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées fabriquées conformément aux normes qu'elle a établies. Il indique également que, aux termes du contrat de licence, la déposante a vendu à Popsicle Industries Ltd. du matériel nécessaire à la fabrication des friandises glacées TWISTER.

M. Gross explique ensuite que, le ou vers le 1^{er} février 1993, U L Canada, Inc. s'est portée acquéreur des actifs de Popsicle Industries Ltd. et a pris en charge, avec l'autorisation de la déposante, ses droits et obligations issus du contrat de licence.

Au paragraphe 5, M. Gross affirme que le contrat de licence a été prorogé jusqu'à la fin de 1997

par voie d'entente entre U L Canada et la déposante, et que U L Canada Inc. a poursuivi ses activités dans le cadre du contrat de licence par le biais de sa division Good Humor-Breyers, laquelle utilisait parfois le nom de Popsicle Industries.

M. Gross soutient que, conformément au contrat de licence, U L Canada, par le biais de sa division Good Humor-Breyers, procédait à la fabrication et à l'emballage de friandises glacées en liaison avec la marque de commerce TWISTER. Il précise au paragraphe 6 que les produits TWISTER ont été vendus au Canada du mois d'août 1992 jusqu'à la fin de 1997 et il nous renvoie à la pièce E, un échantillon de boîte qu'il dit être représentatif des emballages de friandises glacées TWISTER vendues au Canada au cours de cette période.

Affidavit de Wendy Halbert

Dans son affidavit, Wendy Halbert indique qu'elle est directrice de la mise en marché des nouveautés de la division Good Humor-Breyers de U L Canada (ci-après désignée la « Good Humor-Breyers »). Elle ajoute que, à la date de l'affidavit, elle occupait ce poste depuis six ans et qu'elle connaît bien les pratiques courantes de sa compagnie relativement aux friandises glacées. Au paragraphe 2, elle explique que les friandises glacées sont fabriquées par ou pour la division Good Humor-Breyers de U L Canada, laquelle, en retour, vend ces produits aux grossistes ou aux détaillants. Ceux-ci louent des locaux dans des entrepôts frigorifiques et Good Humor livre les produits à ces entrepôts où les acheteurs se rendent au besoin.

Au paragraphe 3, Mme Halbert affirme que les documents comptables de sa compagnie

indiquent que les friandises glacées TWISTER ont été vendues au Canada pendant la période de trois ans antérieure au 2 décembre 1999 en vertu de la licence accordée par Noveltech, Inc. Elle dit avoir examiné les documents comptables de Good Humor-Breyers et avoir trouvé des documents démontrant la vente et l'expédition de friandises glacées TWISTER.

Aux paragraphes 4 à 6, Mme Halbert explique en quoi les pièces A, B, C, D et E démontrent les ventes et les expéditions de friandises glacées TWISTER fabriquées par la division Good Humor-Breyers de U L Canada Inc. au cours de la période pertinente.

Au paragraphe 7 de son affidavit, elle affirme que ses dossiers indiquent que toutes les friandises glacées TWISTER vendues par Good Humor-Breyers étaient placées dans des boîtes portant la marque de commerce TWISTER, et elle nous renvoie à la pièce F pour un échantillon de cette boîte.

Questions en litige :

Les deux principales questions dont je suis saisie sont les suivantes :

1. L'emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées fabriquées par U L Canada constitue-t-il un emploi par la déposante au cours de la période pertinente en vertu des paragraphes 50(1) ou 50(2) de la *Loi sur les marques de commerce*?
2. L'emploi de la marque de commerce TWISTER par U L Canada, telle que déposée, a-t-il été démontré, au cours de la période pertinente, en liaison avec des friandises glacées au Canada conformément au paragraphe 4(1) de la *Loi sur les marques de commerce*?

L'emploi de la marque de commerce constitue-t-il un emploi par la déposante?

La première question que j'examinerai est celle de savoir si l'emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées fabriquées par U L Canada est réputé être un emploi de la déposante au cours de la période pertinente.

L'article 50 de la *Loi sur les marques de commerce* précise dans quelles circonstances un emploi autorisé par licence est réputé être un emploi par le déposant. Il dispose comme suit :

50(1) Pour l'application de la présente loi, si une licence d'emploi d'une marque de commerce est octroyée, pour un pays, à une entité par le propriétaire de la marque, ou avec son autorisation, et que celui-ci, aux termes de la licence, contrôle, directement ou indirectement, les caractéristiques ou la qualité des marchandises et services, l'emploi, la publicité ou l'exposition de la marque, dans ce pays, par cette entité comme marque de commerce, nom commercial — ou partie de ceux-ci — ou autrement ont le même effet et sont réputés avoir toujours eu le même effet que s'il s'agissait de ceux du propriétaire.

L'avocat de la partie requérante soutient que la preuve est insuffisante et ambiguë parce que la déposante n'a fourni aucun des documents suivants :

1. Une licence de sous-titulaire signée par U L Canada Inc. ou par Good Humor-Breyers;
2. Un contrat de licence entre la déposante et U L Canada Inc. ou Good Humor-Breyers;
3. Une licence conventionnelle datant d'avant juin 1993 entre la déposante et U L Canada Inc. ou Good Humor-Breyers et portant sur la marque de commerce;
4. Des renseignements concernant les liens entre les sociétés U L Canada Inc. et Good Humor-Breyers.

Par ailleurs, l'avocat de la déposante prétend que, entre 1993 et 1997, la déposante a octroyé une licence d'emploi de la marque de commerce à U L Canada puisque la preuve démontre les faits

suivants :

1. En 1993, lorsque U L Canada s'est portée acquéreur des actifs de Popsicle Industries Ltd., elle a pris en charge les droits et les obligations de Popsicle Industries Ltd. aux fins du contrat de licence;
2. La durée du contrat de licence entre la déposante et U L Canada a été prorogée jusqu'à la fin de 1997 sur consentement des parties.

Deux sous-questions doivent être examinées s'agissant de l'application du paragraphe 50(1) :

1. U L Canada détenait-elle une licence d'emploi de la déposante ou accordée par la déposante concernant la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées au Canada au cours de la période pertinente?
2. Advenant l'existence d'une telle licence, la déposante, aux termes de la licence, contrôlait-elle, directement ou indirectement les caractéristiques ou la qualité des marchandises?

Afin de déterminer si U L Canada possédait une licence d'emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées au Canada au cours de la période pertinente, je me réfère à l'affidavit de M. Gross. Il y est dit, au paragraphe 3, que la déposante a accordé, le 31 juillet 1992, une licence d'emploi à Popsicle Industries Ltd. pour la marque de commerce TWISTER au Canada.

Aux termes du contrat de licence, la déposante a vendu à Popsicle Industries Ltd. du matériel de fabrication de friandises glacées TWISTER et, aux termes du paragraphe 9 du contrat, elle lui a accordé une licence d'emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées fabriquées en conformité avec les normes qu'elle a établies.

M. Gross explique ensuite que le ou vers le 1^{er} février 1993, U L Canada Inc. s'est portée acquéreur des actifs de Popsicle Industries Ltd. Il précise que, avec l'autorisation de la déposante, U L Canada Inc. a pris en charge les droits et obligations de Popsicle Industries Ltd. conformément au contrat de licence et que la déposante et U L Canada ont prorogé la durée de ce contrat jusqu'à la fin de l'année 1997.

Il importe de prendre en considération les déclarations sous serment que l'on retrouve dans un affidavit et de leur accorder le poids qui leur revient. Compte tenu de l'affidavit et des pièces présentées par M. Gross dans leur ensemble, je suis prête à admettre les faits suivants :

1. Le ou vers le 1^{er} février 1993, avec l'autorisation de la déposante, U L Canada Inc. a pris en charge les droits et obligations de Popsicle Industries Ltd. conformément au contrat de licence fourni comme pièce B avec l'affidavit de M. Gross;
2. La durée de la licence entre U L Canada et la déposante a été prorogée jusqu'à la fin de l'année 1997 sur consentement des parties;
3. En vertu de cette licence, conformément au paragraphe 9 de la pièce B, la déposante contrôlait, directement ou indirectement, les caractéristiques ou la qualité des marchandises.

En conséquence, vu l'ensemble de la preuve et appliquant le paragraphe 50(1) aux faits de l'espèce, je suis disposée à accepter que U L Canada détenait une licence d'emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées du 21 décembre 1996 à la fin de l'année 1997 de la période pertinente et que, en vertu de cette licence, la déposante contrôlait, directement ou indirectement, les caractéristiques ou la qualité des marchandises. Donc, au cours de la période s'étendant du 21 décembre 1996 à la fin de l'année 1997, l'emploi de la marque de

commerce TWISTER en liaison avec les friandises glacées fabriquées par U L Canada est acquis à la déposante.

En ce qui concerne le nom « Good Humor-Breyers », M. Gross a clairement indiqué que, en vertu du contrat de licence, U L Canada exerçait ses activités par le biais de sa division Good Humor-Breyers. De plus, Mme Halbert a clairement indiqué qu'il s'agit d'une division de U L Canada. Comme Good Humor-Breyers est simplement une division de U L Canada et ne constitue pas une entité juridique distincte, je suis disposée à accepter que l'emploi démontré par Good Humor-Breyers est un emploi par U L Canada et, par conséquent, un emploi acquis à la déposante.

Présomption de licence d'emploi en vertu du paragraphe 50(2) de la *Loi sur les marques de commerces*

Quoi qu'il en soit, l'avocat de la déposante prétend que sa cliente devrait bénéficier de la présomption de licence d'emploi prévue au paragraphe 50(2) de la *Loi sur les marques de commerce*.

Le paragraphe 50(2) de la *Loi sur les marques de commerce* prévoit :

Pour l'application de la présente loi, dans la mesure où un avis public a été donné quant à l'identité du propriétaire et au fait que l'emploi d'une marque de commerce fait l'objet d'une licence, cet emploi est réputé, sauf preuve contraire, avoir fait l'objet d'une licence du propriétaire, et le contrôle des caractéristiques ou de la qualité des marchandises et services est réputé, sauf preuve contraire, être celui du propriétaire.

Au paragraphe 6 de son affidavit, M. Gross fait référence à la pièce E, une photocopie d'une boîte qu'il dit être un échantillon d'emballage de produits TWISTER vendus au Canada du mois d'août 1992 à la fin de 1997. De plus, Mme Halbert, au paragraphe 7 de son affidavit, nous renvoie à la pièce F, la boîte elle-même. Elle ajoute que la pièce F est représentative de tous les emballages dans lesquels les friandises glacées TWISTER étaient expédiées et vendues par Good Humor-Breyers.

On voit sur l'emballage une image de friandise glacée avec la marque de commerce TWISTER et les abréviations TM et ^{MC} accompagnées d'une légende en français et en anglais qui dit :

« Fabriqué en vertu d'une licence de Noveltech, Inc., Northvale (NJ) 07647, propriétaire inscrite de la marque de commerce TWISTER et du dessin en forme de spirale de la friandise, par Popsicle Industries Ltd., Burlington (Ontario) L7R 3Y5 ».

Je suis convaincue que l'emballage présenté en preuve comme pièce fournit un avis suffisant selon lequel l'emploi de la marque de commerce est un emploi autorisé et que le propriétaire est Noveltech, Inc. En conséquence, la déposante bénéficie des dispositions du paragraphe 50(2) de la *Loi sur les marques de commerce* : l'emploi de la marque de commerce est ainsi réputé être autorisé par la déposante et les caractéristiques, et la qualité des marchandises sont réputées être sous le contrôle du propriétaire au cours de la période pertinente.

En ce qui concerne le nom « Popsicle Industries Ltd. » apposé sur la boîte, je suis disposée à en déduire qu'il s'agit d'un vieil emballage de friandises TWISTER, comme ceux présentés en

pièces, qui n'a pas été mis à jour après l'acquisition des actifs de Popsicle Industries Ltd. par U L Canada en 1993. J'appuie mon avis sur la déclaration de M. Gross portant que cet emballage est représentatif des emballages qui sont utilisés pour les friandises TWISTER vendues au Canada depuis août 1992 (alors que Popsicle Industries Ltd. détenait la licence) jusqu'à la fin de l'année 1997. Comme il ressort de l'alinéa 8a) du contrat de licence que les papiers et les cartons d'emballage qui portaient la marque de commerce devaient être préalablement examinés et autorisés par la déposante, j'accepte la déclaration sous serment de M. Gross à titre de preuve du fait que l'emballage présenté en preuve est représentatif des emballages utilisés de 1992 à 1997.

J'estime qu'il est inhabituel que U L Canada n'ait pas effectué la mise à jour des emballages pour enlever toute référence à Popsicle Industries, Ltd. Toutefois, ceci n'a pas pour effet d'invalider le fait qu'un avis public a été donné concernant la licence d'emploi et l'utilisation autorisée du nom du propriétaire et, compte tenu de l'ensemble de la preuve, il est manifeste que U L Canada, exploitant son entreprise sous le nom de Good Humor-Breyers, est le licencié et le premier maillon de la chaîne de transactions.

L'emploi de la marque de commerce a-t-il été démontré?

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur les marques de commerce* prévoit :

4(1) Une marque de commerce est réputée employée en liaison avec des marchandises si, lors du transfert de la propriété ou de la possession de ces marchandises, dans la pratique normale du commerce, elle est apposée sur les marchandises mêmes ou sur les colis dans lesquels ces marchandises sont distribuées, ou si elle est, de toute autre manière, liée aux marchandises à tel point qu'avis de liaison est alors donné à la personne à qui la propriété ou possession est transférée.

Dans le présent litige, la déposante doit, pour établir qu'il y a eu emploi au sens du paragraphe 4(1), démontrer l'existence de ces trois éléments :

1. Un transfert de la propriété ou de la possession de friandises glacées dans la pratique normale du commerce.
2. Ce transfert doit avoir été effectué au cours de la période pertinente, soit à un moment quelconque entre le 21 décembre 1996 et le 21 décembre 1999.
3. La marque de commerce TWISTER doit avoir été apposée sur les marchandises ou sur leur emballage lorsque le transfert de la propriété ou de la possession a été effectué ou pouvoir être liée, de toute autre manière, aux marchandises à tel point qu'avis de liaison a alors été donné à la personne à qui la propriété ou possession a été transférée.

L'avocat de la partie requérante allègue que les preuves de ventes présentées par la déposante sont insuffisantes pour satisfaire au critère établi dans la décision *Plough (Canada) Ltd. c.*

Aerosol Fillers Inc. (1980) 53 C.P.R. (2d) 62, en vertu duquel un affidavit ne doit pas reposer sur de simples affirmations d'emploi de la marque, mais également décrire l'emploi fait conformément à la définition de « marque de commerce » à l'article 2 et d'« emploi » à l'article 4 de la *Loi sur les marques de commerce*.

L'avocat de la partie requérante a présenté les observations suivantes :

1. La preuve concernant les ventes effectuées au Canada est ambiguë et cette ambiguïté devrait être interprétée contre la déposante (*Plough Canada Ltd. c. Aerosol Fillers Inc.* 45 C.P.R. (2d) 194 (C.F. 1^{ère} inst.) et 53 C.P.R. (2d) 62 (CAF)).
2. De plus, les ventes sont minimales et il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve factuels pour permettre au registraire de conclure que ces ventes ont été effectuées dans le cadre de la pratique normale du commerce (*Wallace c. Geoservices* (1988) 19 C.P.R. (3d) 561, à la page 563, *Sim & McBurney c. Majdell Manufacturing Co. Ltd.* (1986) 11 C.P.R. (3d) 306, à la page 309).

De son côté, l'avocat de la déposante soutient que l'affidavit de Mme Halbert donne une description de la pratique normale du commerce en matière de friandises glacées et que les pièces ainsi que la déclaration sous serment de Mme Halbert démontrent qu'il y a eu transfert de propriété et/ou de possession de friandises glacées portant la marque de commerce TWISTER dans le cadre de la pratique normale du commerce.

L'avocat de la déposante allègue également que les éléments de preuve présentés, tels que soumis, démontrent de façon appropriée l'emploi de la marque de commerce TWISTER au cours de la période pertinente et que la déposante a prouvé l'emploi au-delà du critère établi dans la décision *Quarry Corp. c. Bacardi & Co.* (1997) 72 C.P.R. (3d) 24, confirmé par (1999) 86 C.P.R. (3d) 127 (C.A.F.), où une seule facture de vente avait suffi à démontrer l'emploi. De plus, l'avocat de la déposante appuie son argumentation sur la décision *Union Electric Supply Co. Ltd. c. Le registraire des marques de commerce* (1982) 63 C.P.R. (2d) 56 (C.F. 1^{ère} inst.), qui énonce qu'une preuve surabondante n'est pas exigée dans le cadre d'une instance fondée sur l'article 45.

Pour l'examen la question de l'emploi, je me rapporte à l'affidavit de Mme Halbert. Au paragraphe 2 de celui-ci, elle explique que les friandises glacées sont fabriquées par ou pour Good Humor-Breyers, une division de U L Canada (ci-après désignée « Good Humor-Breyers ») laquelle, en retour, vend ces produits aux grossistes ou aux détaillants. Elle ajoute que les produits devant être conservés congelés, les grossistes ou les détaillants louent des locaux dans des entrepôts frigorifiques et Good Humor livre les produits à ces entrepôts auxquels les

acheteurs se rendent au besoin. Cette description de la pratique normale du commerce des friandises glacées par Good Humor-Breyers établit une distinction claire entre la présente affaire et la jurisprudence invoquée par l'avocat de la partie requérante, où aucun détail n'était fourni au sujet de la pratique normale du commerce.

Au paragraphe 3 de l'affidavit de Mme Halbert, il est clairement affirmé que Good Humor-Breyers vendait des friandises glacées TWISTER au Canada au cours de la période de trois ans antérieure au 2 décembre 1999, en vertu de la licence accordée par Noveltech, Inc.

La période pertinente au cours de laquelle l'emploi doit être démontré aux fins d'une instance fondée sur l'article 45 est un moment quelconque au cours de la période de trois ans qui précède immédiatement la date de l'avis, soit, en l'espèce, un moment quelconque entre le 21 décembre 1996 et le 21 décembre 1999. Comme la déposante n'a autorisé U L Canada à employer la marque de commerce TWISTER que jusqu'à la fin de 1997, seul l'emploi de celle-ci jusqu'à la fin de décembre 1997 est acquis à la déposante aux fins de la présente instance fondée sur l'article 45.

Les pièces ne doivent pas être prises isolément, mais en liaison avec les faits énoncés dans l'affidavit. C'est l'ensemble de la preuve qui doit être examinée. Je suis convaincue que les documents présentés comme pièces, lorsqu'on les examine conjointement avec les déclarations de l'affidavit, démontrent que des ventes ont été effectuées dans le cadre de la pratique normale du commerce. J'admets que, tel qu'indiqué au paragraphe 4 de l'affidavit de Mme Halbert, Good

Humor-Breyers a vendu à Icon Canada, en octobre 1997, quatre palettes de friandise glacées TWISTER Cyclone Raspberry. Ces produits ont été expédiés le 31 octobre 1997 à Blue Star Cold Storage, l'entrepôt frigorifique qu'Icon Canada a désigné pour entreposer les produits en son nom. Cette information est confirmée par les pièces A et B de son affidavit prises ensemble. Il est vrai que la date indiquée sur la pièce A n'est pas accompagnée de l'année, mais, on doit comparer cette date et le numéro de bon de commande, soit « AB-05 », avec le numéro du bon de commande de la pièce B et sa date qui renvoient clairement à l'année 1997. Les deux documents se rapportent aux produits TWISTER Cyclone Raspberry 50 mL 8 X 10.

De plus, j'admets la déclaration du paragraphe 5 de l'affidavit de Mme Halbert, selon laquelle Good Humor-Breyers a également vendu 26 palettes de friandises glacées TWISTER à Icon Canada le 3 novembre 1997 et que ces produits lui ont été expédiés aux soins de Blue Star Cold Storage. La pièce C a été fournie dans le but de confirmer cette vente. Il est vrai que l'année n'est pas indiquée sur cette pièce, mais, comme Mme Halbert a affirmé que les dossiers de sa compagnie attestent que cette vente a eu lieu le 3 novembre 1997, j'accepte ce fait, n'ayant pas de raisons de pour mettre en doute sa déclaration sous serment.

Je suis disposée à admettre que les pièces D et E se rapportent toutes deux au même numéro de bon de commande, soit « AB-08 / 471919 ». Compte tenu de la déclaration de Mme Halbert au paragraphe 6 de son affidavit, j'estime qu'il est possible de présumer que les pièces D et E, prises ensembles, font référence à un envoi de 26 palettes de friandises glacées TWISTER de Good Humor-Breyers à Montréal à la compagnie Beatrice Foods Inc. de Calgary via Good Humor-

Breyers Simcoe.

À mon avis, prise dans son ensemble, la preuve présentée appuie la déclaration de Mme Halbert au paragraphe 3 de son affidavit, voulant que les dossiers de la compagnie Good Humor-Breyers indiquent qu'il y a eu vente de friandises glacées TWISTER au Canada au cours des trois années antérieures au 2 décembre 1999, alors que la compagnie détenait un contrat de licence avec Noveltech, Inc. En me basant sur la description de la pratique normale du commerce que Mme Halbert a donnée au paragraphe 2 de son affidavit, je conclus qu'Icon Canada et Beatrice Foods Inc. sont soit des grossistes, soit des détaillants. Les pièces A, B, C, D et E, prises ensemble, témoignent de ventes représentatives et d'expéditions de friandises glacées, au cours de la période pertinente, dans le cadre de la pratique normale du commerce, comme l'affirme Mme Halbert aux paragraphes 4 à 6 de son affidavit. La mention de « ventes représentatives » au paragraphe 3 de son affidavit laisse supposer que les ventes présentées en preuve ne constituent pas les seules ventes qui ont été effectuées dans la pratique normale du commerce au cours de la période pertinente.

Tel que souligné dans la décision *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.*, 17 C.P.R. (3d) 289, à la page 297 :

Essentiellement, la seule question en litige consiste à déterminer si la preuve d'une seule vente est suffisante. J'estime que la preuve d'une seule vente suffit à établir l'emploi d'une marque de commerce dans la pratique normale du commerce, selon les circonstances qui entourent la transaction, à condition que la preuve n'ait pas été fabriquée dans le but unique et délibéré de protéger l'enregistrement de la marque de commerce.

De plus, dans la décision *Philip Morris Inc. c. Imperial Tobacco Ltd. et al.*, 17 C.P.R. (3d) 237

(C.A.F.), à la page 241, le juge MacGuigan déclare :

L'intimée, en qualité de fabricante, vend normalement à des grossistes. La preuve qu'elle a effectué des ventes à des grossistes constitue donc un élément de preuve se rapportant à la pratique normale de son commerce. À mon avis, lorsqu'une preuve en apparence authentique est présentée relativement à la pratique normale du commerce, les limites inhérentes à la procédure prévue à l'article 44 empêchent un tribunal d'opposer à une telle preuve l'opinion non étayée par une preuve qu'il peut avoir sur ce sujet.

Bien que la preuve ne soit pas aussi précise qu'elle aurait pu l'être, aucun élément ne me permet de douter de son authenticité. De plus, compte tenu du fait que la preuve indique que le contrat de licence entre la déposante et U L Canada s'est terminé à la fin de l'année 1997, j'accepte l'explication de l'avocat de la déposante selon laquelle la déposante a eu de la difficulté à obtenir des éléments de preuve de U L Canada, qui n'était plus titulaire de sa licence, en raison de l'intervalle de deux ans écoulé entre l'expiration du contrat de licence et la réception de l'avis donné en application de l'article 45.

Comme je suis convaincue que Mme Halbert a suffisamment décrit la pratique normale du commerce de sa compagnie en ce qui concerne les marchandises de friandises glacées et qu'elle a fourni des documents étayant trois transactions représentatives, j'arrive à la conclusion que les ventes ont été effectuées dans le cadre de la pratique normale du commerce et au cours de la période pertinente.

J'admets également le fait que toutes les friandises glacées TWISTER vendues par Good Humor-Breyers au cours de la période pertinente ont été expédiées dans des boîtes portant la marque de commerce TWISTER, comme le déclare Mme Halbert au paragraphe 7 de son affidavit.

J'accepte de plus que la pièce F de son affidavit représente un emballage qui était employé en liaison avec toutes les friandises glacées TWISTER vendues au Canada.

Comme l'emballage fournit un exemple de la façon dont la marque de commerce était liée avec les marchandises au moment du transfert ainsi que l'exige le paragraphe 4(1) de la Loi, j'arrive à la conclusion que l'emploi démontré constitue un emploi de la marque de commerce TWISTER.

À mon avis, contrairement à ce qu'a prétendu l'avocat de la partie requérante, l'affidavit et les pièces présentées par Mme Halbert contiennent des faits suffisants pour me permettre de conclure qu'il y avait emploi de la marque de commerce TWISTER en liaison avec les « frozen confections » (friandises glacées) au cours de la période pertinente.

Comme l'emploi démontré satisfait aux exigences de la *Loi sur les marques de commerce*, je conclus que l'enregistrement de la marque de commerce doit être maintenu.

L'enregistrement n° TMA 413,006 est maintenu en conformité avec les dispositions du paragraphe 45(5) de la *Loi sur les marques de commerce*.

FAIT À HULL, QUÉBEC, CE 25^E JOUR D'AVRIL 2002.

D. Savard
Agente d'audience principale
Article 45