

LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

AFFAIRE INTÉRESSANT LA *LOI SUR LA CONCURRENCE*, L.R.C. 1985, ch. C-34, telle que modifiée;

ET les alinéas 74.01(1)*a*), 74.01(1)*b*) et le paragraphe 74.01(6) de la *Loi sur la concurrence* relativement à certaines pratiques commerciales de Performance Marketing Ltd., Kevin Atkinson et Duane Gartman;

ET le dépôt et l'enregistrement d'un consentement en vertu de l'article 74.12 de la *Loi sur la concurrence*.

ENTRE :

LA COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE

demanderesse

et

**PERFORMANCE MARKETING LTD., KEVIN ATKINSON et
DUANE GARTMAN**

défendeurs

COMPETITION TRIBUNAL
TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

FILED / PRODUIT

CT-2004-014

Le 4 juillet 2005

Jos LaRose for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

OTTAWA, ONT

#0001c

CONSENTEMENT

ATTENDU QUE la commissaire de la concurrence (ci-après la commissaire) est chargée de l'administration et de l'application de la *Loi sur la concurrence* (ci-après "la Loi"), y compris les dispositions civiles portant sur les pratiques commerciales trompeuses prévues à la partie VII.1 de la Loi;

ET ATTENDU QUE la défenderesse Performance Marketing Ltd. (ci-après "Performance") est une société constituée sous le régime des lois de la province de Colombie-Britannique et que les

défendeurs Kevin Atkinson et Duane Gartman sont des administrateurs de Performance et que tous sont situés en Colombie-Britannique;

ET ATTENDU QUE les défendeurs font la promotion et/ou vendent divers produits de santé et stimulants sexuels, y compris des timbres coupe-faim, par divers moyens, notamment par Internet;

ET ATTENDU QU'à compter de janvier 2004, les défendeurs et/ou leurs affiliées (suivant la définition énoncée ci-dessous, lesquelles affiliées sont énumérées à l'annexe A) ont donné et fait donner des indications (ci-après "les indications") au public par diverses voies, notamment par l'entremise des sites Web de Performance :

1. www.dyapex.com
2. www.adultsupermart.com/more-sextoys-2-43.html
3. www.buydietpatch.com
4. www.extremepay.com/pages/products/zyapex.html
5. www.gayboymall/index.php?sc_id=69
6. www.rxpride.com
7. www.herbal-healthline.com
8. www.herbalamerica.com
9. www.herbalhookup.com
10. www.herbalplatinum.com
11. www.herbalgoldnow.com
12. www.zyapex.com

ainsi que sur l'emballage de produits et dans des documents écrits insérés dans les emballages et ont effectué ou fait effectuer la distribution de plus de 37 000 courriels commerciaux non sollicités à des consommateurs éventuels, dans le but de promouvoir l'utilisation des timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex et les intérêts commerciaux des défendeurs;

ET ATTENDU QUE les indications consistaient en des déclarations concernant le rendement et/ou l'efficacité des timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex, lesquelles donnaient l'impression générale que l'utilisation des timbres, sans avoir à faire de l'exercice physique ni à suivre une diète :

1. entraînerait une perte de poids substantielle (entre 3 et 8 livres par semaine);
2. diminuerait l'appétit, contrôlerait l'envie de manger et accélérerait le métabolisme;
3. constitue l'utilisation d'un produit naturel sécuritaire pour la perte de poids;

ET ATTENDU QUE la commissaire croit que ces impressions générales sont fausses et/ou trompeuses sur un point important, que ces timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex n'aident pas à perdre du poids, que ces indications qui consistaient en des déclarations concernant le rendement et l'efficacité des produits n'étaient pas fondées sur des épreuves suffisantes et appropriées;

ET ATTENDU QUE la commissaire a conclu que la conduite des défendeurs constituait un comportement susceptible d'examen en application de l'alinéa 74.01(1)a) ("indications fausses ou trompeuses") et de l'alinéa 74.01(1)b) ("des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée") de la Loi;

ET ATTENDU QUE les parties sont convaincues que la présente affaire peut être réglée par l'enregistrement d'un consentement;

POUR CES MOTIFS, les parties acquiescent à l'enregistrement du présent consentement conformément aux modalités qui suivent:

1. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent consentement:
 - a) "affiliée": Une personne morale est affiliée à une autre personne morale:
 - (i) si l'une d'elles est la filiale de l'autre;
 - (ii) si toutes deux sont des filiales d'une même personne morale;
 - (iii) si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;
 - (iv) si les deux personnes morales exercent leurs activités de façon étroite, en association ou de concert entre elles, ou si les deux personnes morales exercent leurs activités de façon étroite, en association ou de concert avec une tierce société commune;
 - (v) si l'affiliée est l'éditeur/représentant de commerce dans une relation commerciale affiliée et effectue la publicité ou la vente pour la relation commerciale affiliée et favorise une plus large distribution des produits du marchand affilié en contrepartie d'une indemnisation basée sur le rendement et/ou les ventes.
 - b) "commerçant affilié": Le gestionnaire/propriétaire du programme de l'affiliée, qui peut être le fabricant, le revendeur ou le distributeur du produit. Il incombe au commerçant affilié de mettre en oeuvre un système de suivi des ventes, de fournir une série de méthodes de liaison, d'attirer des affiliées, de surveiller les résultats, d'améliorer les résultats et de payer les affiliées.
 - c) "Consentement": Le présent consentement.
 - d) "commissaire": La commissaire de la concurrence nommée en vertu de l'article 7 de la Loi et les représentants autorisés de celle-ci.
 - e) "parties": La commissaire de la concurrence et les défendeurs.
 - f) "défendeurs": Kevin Atkinson, Duane Gartman et Performance Marketing Ltd.
 - g) "Tribunal": Le Tribunal de la concurrence établi par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. 19 (2^e suppl.), telle que modifiée.

2. Les dispositions du Consentement s'appliquent :
 - a) aux défendeurs et à toutes les sociétés, sociétés en nom collectif ou personnes qui sont liées en vertu d'obligations légales ou contractuelles aux défendeurs ou à l'un d'eux, ou qui, en rapport avec la commercialisation ou la vente des timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex, agissent pour ou au nom des défendeurs ou de l'un d'eux, ou de concert avec les défendeurs ou l'un d'eux, y compris les administrateurs, dirigeants et employés de la défenderesse Performance, et leurs successeurs et ayants droit respectifs et autres personnes, y compris les mandataires, représentants et associés des défendeurs ou de l'un d'eux;
 - b) à la commissaire.
3. Les défendeurs devront cesser de donner et de faire donner ou de permettre aux affiliées de donner, par quelque moyen que ce soit, des indications au public, écrites ou autres, par l'entremise de courriels commerciaux non sollicités.
4. Les défendeurs devront cesser de donner et de faire donner ou de permettre aux affiliées de donner, par quelque moyen que ce soit, des indications au public, écrites ou autres, par l'entremise notamment des sites Web, des courriels commerciaux non sollicités, de la télévision, de documents écrits ou verbalement :
 - qui sont fausses ou trompeuses sur un point important; ou
 - qui concernent le rendement et/ou l'efficacité de tout produit fourni par les défendeurs, qui ne sont pas fondées sur une épreuve suffisante et appropriée, sauf si des copies de ces indications ont été soumises à la commissaire qui les a estimées adéquates et appropriées.
5. Sans limiter la portée générale de ce qui précède, les défendeurs devront cesser de faire ou de faire effectuer ou de permettre aux affiliées de faire des déclarations concernant le rendement et/ou l'efficacité des timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex, qui donnent l'impression générale que l'utilisation des timbres aidera d'une façon quelconque l'utilisateur desdits timbres à perdre du poids.
6. Dans les 30 jours qui suivent une demande écrite présentée par un représentant autorisé de la commissaire, les défendeurs devront fournir à la commissaire une copie des registres constatant chaque vente des timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex réalisée durant la période allant du 1^{er} janvier 2004 jusqu'à l'expiration de 20 semaines après l'enregistrement du Consentement, lesquels registres permettent d'identifier l'acheteur, la quantité achetée et le prix payé.
7. Les défendeurs devront afficher un avis correctif, suivant l'annexe B jointe au Consentement, sur leurs sites Web. L'accès à l'avis correctif se fera au moyen d'un lien ("Consentement avec le Bureau de la concurrence - Timbres coupe-faim") figurant sur la page d'accueil des sites Web. Le lien devra être en police de caractères de 12 points et bien en vue (sur la page d'accueil du site Web de Performance, sur le côté droit du

menu). L'avis correctif devra comporter un hyperlien avec le site Web du Tribunal de la concurrence permettant d'accéder au Consentement. L'avis correctif devra être affiché sur les sites Web mentionnés pendant 20 semaines et ce, au plus tard, dans les 10 jours qui suivent l'enregistrement du Consentement.

8. Le titre « Avis de Performance Marketing Ltd. - Objet : Timbres coupe-faim » de l'annexe B qui est jointe au Consentement devra être en caractère gras, en police de caractères de 12 points. Le texte de l'avis correctif devra être en police de caractères normale de 10 points. Les spécifications qui précèdent s'appliquent également à "l'Avis de remboursement concernant les timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex" (défini ci-après) visé à l'annexe C qui est jointe au Consentement.
9. Les défendeurs devront rembourser le prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex aux personnes qui ont acheté lesdits timbres directement de Performance, de l'une ou l'autre de ses affiliées ou de toute personne liée en vertu d'obligations légales ou contractuelles aux défendeurs ou à l'un d'eux, ou qui, en rapport avec la commercialisation ou la vente des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex, agissent pour ou au nom des défendeurs ou de l'un d'eux, ou de concert avec les défendeurs ou l'un d'eux, sur réception d'une demande de remboursement présentée par ces personnes accompagnée d'une preuve d'achat, sous l'une des formes suivantes:
 - (i) un relevé de carte de crédit ou un reçu constatant l'achat;
 - (ii) une confirmation de l'achat par courriel;
 - (iii) une autre preuve d'achat (p. ex., emballage, etc.).
10. Pour faciliter la procédure de remboursement :
 - Les défendeurs devront afficher un avis, suivant l'annexe C ("Avis de remboursement concernant les timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex") qui est jointe au Consentement, sur leurs sites Web. L'accès à l'avis se fera au moyen d'un lien ("Remboursement des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex") figurant sur la page d'accueil des sites Web. Le lien devra être en police de caractères de 12 points et bien en vue (sur la page d'accueil du site Web de Performance, sur le côté droit du menu, immédiatement sous le lien relatif à l'avis correctif mentionné au paragraphe 7 ci-dessus). L'avis de remboursement devra être affiché sur les sites Web mentionnés pendant 20 semaines et ce, au plus tard, dans les 10 jours qui suivent l'enregistrement du Consentement.
 - Les défendeurs devront faire mettre en service un numéro sans frais entre 9 h et 17 h (heure normale du Pacifique) et y affecter le personnel nécessaire pour traiter les appels, en anglais et en français, qui proviendront des personnes qui veulent obtenir un remboursement. Pour le reste du temps, entre 17 h et 9 h, les appels reçus devront être acheminés à un message enregistré indiquant aux personnes qui appellent les heures où le numéro sans frais est en service et/ou à un centre d'appels où les opérateurs/opératrices devront avoir à leur disposition des instructions (annexe D) pour traiter les appels, en anglais et en français, qui proviendront des personnes qui veulent obtenir un remboursement. Entre 9 h et 17 h (heure normale du Pacifique), si la ligne sans frais est occupée, les appels

reçus devront être acheminés à un message enregistré indiquant aux personnes qui appellent que la ligne est occupée et que ces dernières devraient essayer à nouveau plus tard. Le numéro sans frais devra demeurer en service durant 3 mois après que les défendeurs auront reçu le dernier appel concernant une demande de remboursement.

11. Dans les 48 heures qui suivent l’affichage des deux avis, les défendeurs devront confirmer par écrit à la commissaire que les deux avis ont été affichés conformément aux modalités du Consentement, et ils devront également lui remettre une “copie d’écran” de chaque avis et lien.
12. Dans les 45 jours qui suivent l’enregistrement du Consentement, les défendeurs devront établir, mettre en oeuvre et maintenir en vigueur un programme de conformité des entreprises (“programme de conformité”) relativement à l’utilisation et au contenu des indications données au public, y compris la publicité avec témoignages, pour promouvoir la vente ou l’utilisation de leurs produits et leurs intérêts commerciaux. Le programme de conformité vise à promouvoir la conformité à la *Loi sur la concurrence*, et surtout aux dispositions de la Loi relatives aux pratiques commerciales trompeuses (parties VI et VII.1). Le programme de conformité sera élaboré et mis en oeuvre conformément au bulletin d’information de la commissaire sur les programmes de conformité des entreprises.
13. Le programme de conformité comprendra les éléments suivants :
 - (i) la désignation d’un agent responsable du programme de conformité des entreprises dans les 30 jours suivant la signature du Consentement;
 - (ii) une politique de conformité écrite (“politique de conformité”) qui comprendra notamment :
 - une déclaration de la haute direction soulignant l’engagement de la société à l’égard des politiques et procédures contenues aux présentes;
 - un renvoi à l’objet de la Loi, une description générale de la Loi, ainsi qu’une description des articles de la Loi qui sont le plus pertinent aux activités commerciales des défendeurs, y compris les dispositions relatives à la mise en application, aux pénalités et aux recours;
 - des exemples clairs pour illustrer les pratiques précises qui sont interdites, de sorte que les gestionnaires et le personnel de tous les niveaux soient au courant de l’application éventuelle de la Loi relativement à leurs propres fonctions;
 - un code de conduite pratique qui identifie les activités illégales ou discutables;
 - une déclaration exposant les conséquences découlant du manquement aux politiques de l’entreprise;
 - des procédures qui détaillent exactement ce qu’un employé devrait faire lorsque des questions se posent à l’égard de certaines situations ou lorsque des contraventions à la Loi sont soupçonnées;

- (iii) des séances de formation destinées à toutes les personnes visées par l'application du Consentement afin de garantir que celles-ci comprennent les modalités du Consentement et de la politique de conformité.
14. Dans les 50 jours qui suivent l'enregistrement du Consentement, les défendeurs devront fournir à la commissaire une copie de la politique de conformité.
 15. Les défendeurs devront fournir une copie du Consentement et de la politique de conformité aux personnes visées par les définitions de "défendeurs" et d'"affiliées" énoncées aux alinéas 1 a) et 1 f) ci-dessus pendant que le Consentement demeure en vigueur.
 16. Les défendeurs devront s'assurer que toutes les personnes auxquelles le Consentement et la politique de conformité sont remis conformément à l'article 10 confirment par écrit qu'elles ont reçu lesdits documents, qu'elles les ont lus et qu'elles les comprennent. Les défendeurs conserveront des copies desdites confirmations écrites pendant trois ans après que le Consentement aura cessé de s'appliquer à ces personnes.
 17. Quatre-vingt jours après l'enregistrement du Consentement, les défendeurs devront remettre au Bureau de la concurrence un rapport écrit exposant en détail les mesures prises par les défendeurs et les affiliées pour se conformer au Consentement.
 18. Sur demande écrite du sous-commissaire de la concurrence, Direction générale des pratiques loyales des affaires, les défendeurs devront présenter un rapport écrit et/ou produire des documents sur avis de 30 jours relativement à tout aspect du Consentement.
 19. Le Consentement demeure en vigueur pour une période de 10 ans à compter de son enregistrement.
 20. Tout avis devant être donné en vertu du Consentement, est valide s'il est transmis par télécopieur ou par courrier recommandé à l'adresse suivante :
 - a) s'il est destiné à la commissaire de la concurrence

À l'attention de M. Raymond Pierce
Sous-commissaire de la concurrence
Bureau de la concurrence
50, rue Victoria
Gatineau, Québec
K1A 0C9
Télécopieur : (819) 953-4792
 - b) s'il est destiné aux défendeurs

À l'attention de M. Kevin Atkinson
Président
Performance Marketing Ltd.
Bureaux de la société au Canada
25, rue Cavan
Nanaimo, Colombie-Britannique
V9R 2T9
Télécopieur :(250) 716-8777

**Établissements commerciaux
aux États-Unis**

710 E Street
Blaine, Washington 98231

Bureaux de la société au Delaware

1308 Delaware Ave.
Wilmington, Delaware 19806

21. Il est entendu que le Tribunal conservera sa compétence concernant toute demande présentée par la commissaire ou par les défendeurs et visant à annuler ou à modifier l'une ou l'autre des dispositions du Consentement en raison d'un changement de circonstances ou autre en vertu du paragraphe 74.13 de la Loi ou en ce qui concerne toute autre question touchant le Consentement.
22. En cas de différend portant sur l'interprétation ou l'application du Consentement, y compris toute décision de la commissaire en vertu du Consentement ou tout manquement au Consentement par les défendeurs, la commissaire peut présenter une demande au Tribunal.
23. Le Consentement constitue l'intégralité de l'entente intervenue entre les parties en ce qui concerne l'objet des présentes, et il remplace toute entente, convention, négociation et discussion antérieures écrites ou orales.
24. Le Consentement pourra être signé en plusieurs exemplaires et par télécopie, chaque exemplaire constituant un original et l'ensemble des exemplaires constituant un seul et même instrument, daté du jour inscrit ci-dessous.
25. Le Consentement ne doit pas être interprété comme indiquant le point de vue de la commissaire concernant toute pratique commerciale des défendeurs ou toute indication donnée par les défendeurs à l'égard de tout produit autre que les timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex.

26. Les parties conviennent qu'après la signature du Consentement, ce dernier pourra être déposé auprès du Tribunal pour enregistrement immédiat.

Raymond Pierce
Sous-commissaire de la concurrence

FAIT à Gatineau, Québec, ce jour de décembre 2004.

Performance Marketing Ltd. ET Kevin Atkinson ET Duane Gartman

Par :

Kevin Atkinson
Président et signataire autorisé

FAIT à Nanaimo, Colombie-Britannique, ce jour de décembre 2004.

Par :

Kevin Atkinson

FAIT à Nanaimo, Colombie-Britannique, ce jour de décembre 2004.

Par :

Duane Gartman

FAIT à Nanaimo, Colombie-Britannique, ce jour de décembre 2004.

Annexe A

Ce qui suit est une liste des affiliées qui ont participé à la vente des produits commercialisés par Performance Marketing Ltd.

(CONFIDENTIEL)

Annexe B

AVIS DE Performance Marketing Ltd. concernant les timbres coupe-faim

La commissaire de la concurrence a conclu que certaines indications données par Performance Marketing Ltd, Kevin Atkinson et Duane Gartman pour la promotion des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex étaient fausses ou trompeuses sur un point important en contravention de l'alinéa 74.01(1)a ("indications fausses ou trompeuses") et de l'alinéa 74.01(1)b ("des indications qui ne se fondent pas sur une épreuve suffisante et appropriée") et enfreignaient ainsi les dispositions relatives aux indications et aux pratiques commerciales trompeuses de la *Loi sur la concurrence*.

Lien : www.ct-tc.gc.ca

Indications

Ces indications donnaient l'impression générale fausse et trompeuse que l'utilisation des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex, sans avoir à faire de l'exercice physique ni à suivre une diète :

- entraînerait une perte de poids substantielle (entre 3 et 8 livres par semaine);
- diminuerait l'appétit, contrôlerait l'envie de manger et accélérerait le métabolisme;
- constitue un produit naturel sécuritaire pour la perte de poids.

La société a convenu, entre autres, de cesser d'utiliser les courriels commerciaux non sollicités, de changer les indications qu'elle donne sur son site Web et sur celui de ses affiliées, d'établir et de maintenir un programme de conformité visant à se conformer aux dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques commerciales trompeuses.

Remboursement

La société a également convenu de rembourser le prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex aux clients qui ont acheté lesdits timbres auprès de la société au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2004 jusqu'à aujourd'hui. Les détails sur la façon d'obtenir un remboursement sont exposés sous le lien "Remboursement des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex".

Annexe C

Avis de remboursement concernant les timbres coupe-faim Dyapex et Zyapex

Toute personne qui a acheté des timbres coupe-faim Dyapex et/ou Zyapex auprès de Performance Marketing Ltd., soit directement par l'entremise du site Web de la dite société, soit par l'entremise du site Web d'une affiliée ou auprès d'une personne sous le contrôle de Performance qui agit comme mandataire ou représentant de Performance ou de concert avec Performance, peut obtenir le remboursement du prix d'achat en présentant une demande en ce sens à Performance Marketing.

Pour obtenir un remboursement, les acheteurs doivent présenter une demande de remboursement par écrit à Performance Marketing Ltd. à l'adresse indiquée ci-dessous accompagnée d'une preuve d'achat sous l'une des formes suivantes :

- (i) un relevé de carte de crédit ou un reçu constatant l'achat;
- (ii) une confirmation de l'achat par courriel;
- (iii) une autre preuve d'achat (p. ex., emballage, etc.).

À l'attention de M. Kevin Atkinson
Président
Performance Marketing Ltd.
Bureaux de la société au Canada
25, rue Cavan
Nanaimo, Colombie-Britannique
V9R 2T9
Télécopieur :(250) 716-8777

Pour toute question concernant le remboursement, veuillez communiquer avec Performance Marketing Ltd, au numéro suivant :

1-888-777-6661

Annexe D

Appels concernant le remboursement du prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex

Les renseignements suivants doivent être utilisés pour les appels concernant le remboursement du prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex aux personnes qui ont acheté ces timbres directement auprès de Performance Marketing Ltd., de ses affiliées ou auprès d'une autre source qui agit au nom des défendeurs.

A - Appels reçus entre 9 h et 17 h :

Déterminer s'il s'agit des produits pertinents :

Toute personne qui :

- a acheté des timbres coupe-faim Dyapex et Zypapex;

- Poser des questions pour vérifier s'il s'agit de l'un des produits pertinents;

- Déterminer si le produit a été acheté directement auprès de Performance Marketing Ltd., de ses affiliées ou auprès d'une autre source qui agit au nom des défendeurs.

S'il s'agit d'un produit pertinent :

- Informer les personnes qu'elles doivent présenter une demande de remboursement accompagnée d'une preuve d'achat sous l'une des formes suivantes :

- un relevé de carte de crédit ou un reçu constatant l'achat;

- une confirmation de l'achat par courriel;

- une autre preuve d'achat (p. ex., emballage, etc.).

- Fournir l'adresse de l'endroit où la demande de remboursement doit être envoyée et indiquer le délai dans lequel le remboursement devrait être reçu.

B - Appels reçus entre 17 h et 9 h :

- Les personnes qui appellent au numéro sans frais et qui sont accueillies par un message enregistré devraient se voir offrir les options suivantes : "Si vous appelez

pour un remboursement du prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypex, veuillez appuyer sur le.....”.

- Ensuite, le message enregistré informera les personnes qui appellent de ce qui suit : “Vous pouvez obtenir le remboursement du prix d'achat des timbres coupe-faim Dyapex et Zypex en faisant parvenir une demande de remboursement à l'adresse suivante (indiquer l'adresse complète) accompagnée d'une preuve d'achat sous l'une des formes suivantes : un relevé de carte de crédit ou un reçu constatant l'achat, une confirmation de l'achat par courriel ou l'emballage réel du produit. Vous devriez recevoir le remboursement dans les (indiquer le délai) jours qui suivront la réception de votre demande de remboursement”.

- Les personnes qui appellent au numéro sans frais et qui sont accueillies par un employé d'un centre d'appels devraient se voir poser les mêmes questions et donner les mêmes renseignements que les personnes qui appellent entre 9 h et 17 h.