

**LA PHARMACIE AU QUÉBEC :
UNE PROFESSION SOUS INFLUENCE ?**

Mémoire préparé par Me Paul Fernet

Pour le Conseil de la Protection des Malades

Juin 2015

LA PHARMACIE AU QUÉBEC : UNE PROFESSION SOUS INFLUENCE ?

Avant-propos : l'indépendance du pharmacien et l'élargissement prévisible de ses compétences professionnelles.

Les pratiques commerciales en pharmacie au Québec ont fait l'objet de plusieurs reportages récemment dans l'actualité québécoise.

Le Conseil de la protection des malades (CPM) et la Fédération des comités des usagers et résidents du Québec (FCURQ) se sont d'ailleurs prononcés sur cette nouvelle réalité :

« Le CPM et la FCURQ s'interrogent sur les impacts des « programmes de conformité » en pharmacie (...). Selon nous, c'est l'autonomie professionnelle des pharmaciens qui est brimée par des corporations. Or il est essentiel, dans l'intérêt des patients, que nos pharmaciens puissent exercer leur jugement dans le choix des médicaments qu'ils leur servent. » (19 février 2015)

Or, l'indépendance d'esprit et d'action pour les professionnels de la santé constitue une des pierres d'assise de notre philosophie concernant les soins¹. Il s'agit d'une importante distinction d'avec le modèle américain applicable à un univers souvent dominé par l'intégration verticale² :

« Des résultats très semblables ont aussi été observés aux États-Unis. Dans ce pays, le débat s'est centré surtout autour des systèmes de santé résultant de fusions (Health System) et des réseaux de santé (Health Network) créés par la mise en place de moyens plus légers d'intégration des services tels les ententes ou les partenariats entre des organisations qui maintiennent leur mission et leur autonomie. Les résultats ne sont pas concluants. »³

Il est généralement admis que les pharmaciens sont les premiers spécialistes du médicaments, que leurs compétences professionnelles en font des acteurs de grande utilité en première ligne dans le domaine de la santé et que leur contribution au mieux-être de la société québécoise pourrait être élargie, bonifiée.

¹ - Voir à cet effet le *Code des professions* (L.R.Q. ch. C-26, a. 87) et les divers codes de déontologie des professionnels de la santé, dispositions dites « d'ordre public ».

² - De la connaissance à la pratique : Le Fonds pour l'adaptation des services de santé : Série de rapports de synthèse : La prestation de services intégrés : « *Les systèmes de santé intégrés ont évolué aux États-Unis, où ils sont un dérivé des régimes de soins gérés. Au Canada, toutes les provinces en ont abondamment parlé, mais aucune n'a encore mis en œuvre une version complète du modèle des SSI. (...) Malgré ces indicateurs positifs, le modèle des SSI (les soins de santé intégrés) est controversé au Canada. L'idée de systèmes concurrentiels axés sur le marché ne plaît pas à certains Canadiens, et les professions de la santé ainsi que d'autres organismes fournisseurs n'appuient plus autant certains principes clés des SSI.* », p. 3 (2002) Préparé par Peggy Leatt, PhD, pour Santé Canada.

³ - Mémoire à la commission de la santé et des services sociaux sur le projet de loi 10, département d'administration de la santé, École de santé publique, Université de Montréal, 12 novembre 2014, p. 10.

Tous reconnaissent la très grande disponibilité de ces professionnels de la santé auprès de leurs patients, qualité particulièrement utile ces dernières années où l'accessibilité aux soins médicaux fut mise à rude épreuve.

Si l'indépendance professionnelle apparaît comme allant de soi pour une majorité d'acteurs dans nos systèmes privés ou publics, la dualité des rôles de professionnel de la santé et de commerçant qui prévaut chez une majorité de pharmaciens propriétaires du secteur communautaire⁴ fragilise leur position à cet égard.

De nombreux acteurs, très généralement des sociétés commerciales, œuvrent en périphérie de l'acte professionnel du pharmacien. Fabricants novateurs ou génériques, assureurs, grossistes, chaînes et bannières, tous possèdent un « intérêt » dans l'exercice du jugement de ce dernier et sur le résultat le plus fréquent de son acte : la sélection et la vente d'un médicament.

Au moment où le législateur s'apprête à confier de nouvelles responsabilités à ses pharmaciens communautaires⁵, une analyse de la situation actuelle s'impose. Les protections actuellement destinées à assurer l'indépendance des prises de décisions de ceux-ci sont-elles suffisantes ?

« L'Ordre (des pharmaciens) est inquiet relativement à l'indépendance professionnelle des pharmaciens face aux géants qui les entourent. D'ailleurs, l'indépendance professionnelle sera au cœur des actions entreprises par l'Ordre au cours des prochaines années. L'Office des professions du Québec a été avisé de cette situation. Or, une partie de l'indépendance professionnelle des pharmaciens, comme tous les autres professionnels, réside dans leur indépendance financière par rapport à des tiers. »⁶

Ces inquiétudes transcendent même le milieu de la pharmacie communautaire et concerneraient également les établissements de santé au Québec :

« Nos préoccupations sont d'autant plus d'actualité que le Vérificateur général du Québec a soulevé, il y a peu de temps, la présence de pratiques commerciales discutables qui auraient eu

⁴ - Dans de nombreuses décisions judiciaires, dont « *Jean Coutu c. Tribunal des professions* » Rayle, p. 42, 45; voir également un intéressant passage tiré de « *Identité professionnelle du pharmacien et identité organisationnelle de la pharmacie* » Grégory Reyes. Institution d'Administration des Entreprises de Poitiers, XXII Conférence Internationale de Management Stratégique, 28 mai 2014. « *Peu nombreux sont les secteurs d'activité qui offrent la particularité d'observer un métier où deux identités professionnelles cohabitent. Dans le canal de distribution du médicament, le pharmacien a la particularité d'avoir un double statut (Debarge, 2011, Reyes, 2013). Il est formé pour être un professionnel de santé avec pour principale mission la délivrance du médicament. Cependant il a également l'obligation d'assurer la rentabilité de son entreprise puisque son activité économique dépend principalement de la vente de produits. Il est d'ailleurs le seul professionnel de santé inscrit au registre du commerce. Le pharmacien titulaire a donc une double identité professionnelle qui s'appuie sur les deux dimensions de son métier (Reyes, 2013). Cette situation a toujours existé.* ». P. 2.

⁵ - Voir la Loi 41, *Loi modifiant la Loi sur la pharmacie*, sanctionnée le 9 décembre 2011, devant entrer en vigueur le 3 septembre 2013, date reportée par le ministre de la santé et des services sociaux.

⁶ - Mémoire présenté à la Commission des finances publiques relativement au projet de loi no. 28, *Ordre des pharmaciens du Québec*, le 28 janvier 2015, p. 19.

cours, dans les établissements de santé, concernant l'achat de médicaments. L'Ordre considère que des mécanismes nécessaires pour préserver l'indépendance des professionnels devront être mis en place, devant l'importance des enjeux commerciaux qui prévaudront dans les superstructures alors créées. »⁷

Les enjeux liés à l'indépendance professionnelle des pharmaciens doivent donc faire l'objet d'une sérieuse réflexion, et c'est pourquoi le CPM et le FCURQ ont mandaté Me Paul Fernet, avocat et pharmacien, à se pencher sur la question de l'autonomie professionnelle des pharmaciens.

INTRODUCTION

Présentation générale du marché

Outre la distribution des médicaments pour les patients admis en établissement de santé au Québec, l'accessibilité des médicaments d'ordonnances est assumée par le secteur des pharmacies communautaires dont les pharmaciens propriétaires sont représentés par l'Association québécoise des pharmaciens propriétaires (l'AQPP).

Le Québec a institué un régime général d'assurance médicaments, ayant pour objet d'assurer à l'ensemble de la population du Québec un accès raisonnable et équitable aux médicaments requis par l'état de santé de ses citoyens.⁸

Le régime général se subdivise en régime public et privé, la Régie de l'assurance maladie du Québec assumant les coûts du régime pour son volet public, le privé l'étant par les assureurs en assurance collective ou les administrateurs des régimes d'avantages sociaux du secteur privé.⁹

Selon le Commissaire à la santé et au bien-être M. Robert Salois, les coûts du régime public et des régimes privés d'assurance auraient atteint 7,7 milliards \$ en 2014. La liste des médicaments couverts par le régime général comprenait, en 2014, plus de 7 000 médicaments disponibles sur ordonnance. Depuis 2004, le Québec compte parmi les provinces qui inscrivent le plus grand nombre de nouveaux médicaments sur leur liste.

Pour sa part en 2014, le coût brut du volet public d'assurance médicaments en médicaments prescrits s'est élevé à 4,2 milliards de dollars, soit une augmentation de 200 millions de dollars par rapport à l'année précédente. La portion publique du régime représente 187 millions d'ordonnance exécutées par les pharmaciens.

⁷ - Mémoire présenté à la commission de la santé et des services sociaux sur le projet de loi 10, Ordre des pharmaciens du Québec, 28 octobre 2014, p. 11.

⁸ - *Loi sur l'assurance médicaments*, L.R.Q. ch. A-29.01, art. 1 et 2.

⁹ - *Id* note 4, art. 3.

Le coût des médicaments du régime général dans son ensemble représente 17 % des dépenses totales en santé au Québec.¹⁰ L'importance de ces dépenses, certains avanceront qu'il s'agisse d'un investissement judicieux, met en lumière l'importance du rôle du pharmacien et de son indépendance d'esprit dans le contrôle de la bonne utilisation des médicaments.

Présentation générale de l'industrie

La pharmacie communautaire au Québec

Le réseau des pharmacies au Québec est constitué de 1790 établissements privés, dont 1072 sont considérées comme étant des pharmacies conventionnelles de quartier ou de grandes surfaces¹¹. Si on tient compte plus généralement des entreprises de pharmacie opérant une section commerciale significative, ce nombre s'élève à 1445 établissements.

La pharmacie est une profession d'exercice exclusif. Les actes réservés au pharmacien sont les suivants¹²:

- émettre une opinion pharmaceutique;
- préparer des médicaments;
- vendre des médicaments;
- surveiller la thérapie médicamenteuse;
- initier ou ajuster, selon une ordonnance, la thérapie médicamenteuse en recourant, le cas échéant, aux analyses de laboratoire appropriées;
- prescrire un médicament requis à des fins de contraception orale d'urgence et exécuter lui-même l'ordonnance.

Au Québec, les pharmaciens sont donc responsables de la prestation des services pharmaceutiques, et ce, autant dans le secteur de la pharmacie communautaire que dans les établissements de santé et de services sociaux. Les enjeux pécuniaires liés à leur pratique professionnelle les exposent à différentes pressions de la part d'autres acteurs du domaine de la pharmacie.

¹⁰ - Portail Québec – 19 mars 2015 : Performance du système de santé et de services sociaux québécois - Les médicaments d'ordonnance : Agir sur les coûts et l'usage au bénéfice du patient et de la pérennité du système.

¹¹ - Source : Portrait de la pharmacie au Québec, AQPP, 2014.

¹² - *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q. ch. P-10, art. 17

L'industrie pharmaceutique

Le médicament est l'outil premier du pharmacien. Produit de haute technologie de plus en plus complexe¹³, il est le fruit de l'industrie pharmaceutique, novatrice ou générique.

Les règles de la commercialisation des médicaments relèvent de la compétence fédérale. Au cœur de la législation applicable en la matière, se trouve la *Loi sur les aliments et drogues* et son *Règlement d'application*, ainsi que la *Loi sur les brevets*¹⁴. Plusieurs pièces législatives et réglementaires viennent compléter un schéma complexe destiné à assurer une utilisation sécuritaire des médicaments et à procurer un environnement propice au développement de la recherche pharmaceutique.

Sous ce dernier aspect, l'industrie novatrice bénéficie règle générale d'une protection d'environ 12 ans sur ses nouvelles molécules une fois mises en marché. Suivant cette période de protection, l'industrie générique sera admise à proposer des versions génériques des médicaments issus de la recherche, à des coûts significativement moindres.

Historiquement, l'industrie pharmaceutique novatrice et générique se sont livrées à d'intenses stratégies de séduction auprès des professionnels de la santé, se situant souvent aux frontières de l'illégalité et en contravention des règles administratives propres au fonctionnement du régime général d'assurance médicaments¹⁵.

Les grossistes

Les grossistes ont pour mission d'approvisionner et de distribuer les médicaments des fabricants aux utilisateurs de première ligne, soit les hôpitaux et les pharmacies communautaires. Cette fonction peut être effectuée directement ou alors par l'intermédiaire d'organismes tels que chaînes, une bannière ou un franchiseur.

Depuis quelques années, les grossistes favorisent la conclusion d'ententes, parfois avec des fabricants novateurs mais le plus souvent génériques. Dans le cas de l'industrie novatrice, on cherchera à s'assurer une certaine exclusivité de distribution via certaines pharmacies membres d'un réseau¹⁶, cette tendance étant cependant dénoncée par plusieurs membres de l'Ordre des pharmaciens du Québec.

Dans le cas de l'industrie générique, ces ententes viseront à assurer au fabricant une place de choix au catalogue des produits disponibles du grossiste, le tout en considération d'une contrepartie financière parfois significative...

¹³ - Que l'on pense aux médicaments nés des biotechnologies...

¹⁴ - (L.R.C. (1985), ch. F-27), (C.R.C., ch. 870), (L.R.C. (1985), ch. P-4).

¹⁵ - À l'automne 2010, dans une série de décisions rendues par le Conseil de discipline de l'Ordre des pharmaciens du Québec, plus de 1000 pharmaciens propriétaires ont été reconnus coupables d'avoir illégalement bénéficié d'avantages, de ristournes ou de commissions offerts par différents fabricants génériques.

¹⁶ - Le plus souvent pour des produits de spécialités nécessitant une administration particulière ou un mode de conservation délicat tel le maintien de la chaîne de réfrigération...

Évidemment, cette forme de favoritisme ne trouvera de logique que dans la mesure où le pharmacien bénéficiera indirectement de la sélection proposée ou alors, sera plus ou moins contraint de suivre les recommandations de son grossiste.

Les chaînes, bannières et franchiseurs

La majorité des pharmaciens propriétaires sont membres d'une organisation commerciale de type chaîne, bannière ou franchiseur. Ces différentes organisations sont fréquemment supportées ou même opérées et contrôlées par un grossiste. A l'origine, ces sociétés commerciales avaient pour objectif de supporter le pharmacien dans l'exploitation commerciale de la partie boutique de l'entreprise. Au fil des années, se décrivant comme les « partenaires d'affaires » de leurs membres, ces organisations se sont engagées dans l'administration et le financement de la section professionnelle de l'entreprise de pharmacie (la pharmacie proprement dite), œuvrant parfois positivement et avec succès au développement professionnel du rôle du pharmacien.

Malheureusement, les impératifs commerciaux de protection des parts de marché et de rentabilité de ces organisations ont graduellement faits en sorte d'alourdir les obligations contractuelles des pharmaciens à même leurs conventions de membres ou d'adhésion. Droits de premier refus visant la vente de leurs pharmacies, financement, contrats dits fermés et interdiction de vendre à des non-membres, interdiction de posséder une pharmacie non-affiliée, alourdissement des redevances, contraintes à l'investissement, limitation au produit de la disposition... dans bien des cas, les pharmaciens propriétaires ne le sont plus que de leur nom...

Mais il y a plus. Comme nous l'avons vu, les sommes consacrées par l'industrie du médicament générique au chapitre du marketing sont importantes, interpellant les grossistes et les chaînes, bannières et franchiseurs. Ces sociétés ont toutes saisi les enjeux liés aux stratégies commerciales des fabricants pharmaceutiques. Ainsi sont nés depuis quelques années les formulaires d'achats et autres programmes dits de « conformité », orientant ou limitant les pharmaciens dans la sélection de leurs produits. La proximité des départements des ventes des fabricants avec les intervenants affectés aux politiques d'achats de ces regroupements ne sont plus à démontrer¹⁷.

À telle enseigne que nous assistons plus récemment à un certain mélange des genres, où le grossiste, la chaîne, la bannière ou le franchiseur devient le fabricant générique, par le biais de sociétés liées et la conclusion d'ententes de fabrication via des manufacturiers établis : c'est la naissance des médicaments dits de « marque privée » et au sujet desquels les pharmaciens membres des chaînes, bannières et franchiseurs auront un droit plus que relatif de ne pas recourir.

¹⁷ - Voir à cet effet l'article intitulé « Entente à l'amiable entre McKesson et la RAMQ » La Presse Montréal, mercredi 15 mai 2013, et portant sur un « *Programme controversé de distribution de médicaments* ».

La réserve du droit de propriété au Québec / L'indépendance du pharmacien

Inspiré de la vision européenne en la matière, le Québec a choisi de limiter la propriété des pharmacies aux seuls pharmaciens membres de l'Ordre des pharmaciens du Québec¹⁸. Cette réserve totale de la propriété des pharmacies québécoises aux seuls pharmaciens constitue une exception notoire en Amérique du Nord¹⁹.

Si l'on admet que l'exercice de la pharmacie est une notion entièrement distincte de celle de la propriété des pharmacies²⁰, la logique de la position du Québec en matière de propriété des pharmacies ne se justifie que dans une perspective de protection accrue de l'indépendance du pharmacien, que ce soit dans le cadre de ses fonctions d'entrepreneur ou de professionnel²¹.

Les notions d'indépendance et d'imputabilité sont donc au centre de l'existence de la réserve du droit de propriété en pharmacie²². Contrairement aux pharmaciens, les sociétés commerciales ne sont pas imputables envers l'Ordre des pharmaciens. La perte de l'indépendance des pharmaciens dans le cadre de la gestion de leur pharmacie contredit toute logique du maintien de cette réserve du droit de propriété au Québec.

L'indépendance du pharmacien au regard de ses nouvelles habilitations professionnelles

Sanctionnée le 9 septembre 2011, la *Loi modifiant la Loi sur la pharmacie* ajoute les activités suivantes aux actes réservés aux pharmaciens :

1. Prolonger une ordonnance d'un médecin (sans dépasser un an de prolongation)
2. Ajuster une ordonnance d'un médecin
3. Substituer, sans changer de sous-classe thérapeutique, un médicament en rupture d'approvisionnement
4. Administrer un médicament (sauf une intraveineuse) à des fins de démonstration
5. Prescrire et interpréter des analyses de laboratoire à des fins de suivi
6. Prescrire un médicament lorsqu'aucun diagnostic n'est requis

¹⁸ - *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q. ch. P-10, art. 27.

¹⁹ - Certaines législations réservant plutôt le contrôle de la détention des pharmacies à hauteur de 51% pour les pharmaciens, telle l'Ontario et le Dakota du Nord. Ces législations font elles-mêmes figures d'exception dans le paysage nord-américain.

²⁰ - En marge de la question de la détention des pharmacies, l'exercice de la profession de pharmacien est strictement réservé aux personnes détentrices d'un diplôme universitaire assurant leur compétence, et membres d'un ordre professionnel assurant la protection du public.

²¹ - Soulignons à cet effet que l'article 27 de la *Loi sur la pharmacie* mentionne spécifiquement l'achat et la vente des médicaments parallèlement à celle de la propriété des pharmacies.

²² - Mémoire soutenant l'adoption d'un règlement sur les contrats d'acquisition, d'aliénation et de gestion des pharmacies – (6 mai 2003) Ordre des pharmaciens du Québec, présenté à l'Office des professions.

7. Prescrire un médicament lorsque le diagnostic et le traitement sont connus

Bien que l'entrée en vigueur de cette loi fût retardée, tout indique que le ministre de la santé et des services sociaux s'apprête à en recommander l'application²³.

À brève échéance, le pharmacien sera donc habilité à « prescrire un médicament lorsqu'aucun diagnostic n'est requis »²⁴ ou alors pour 12 conditions particulières considérées comme mineures²⁵. En effectuant cette activité professionnelle, le pharmacien sera amené à choisir le médicament qu'il recommandera pour la vente à son patient.

À strictement parler, la faculté pour le pharmacien de choisir le médicament qu'il vend par la suite n'est pas nouvelle : les médicaments de vente libre sont ainsi recommandés depuis plusieurs décennies par ceux-ci sans apparentes difficultés. L'économie de cet acte se trouvera profondément modifiée en y ajoutant la rédaction d'une ordonnance : des tiers (privés ou publics) seront amenés à assumer le coût des décisions des pharmaciens. Le coût moyen de la vente d'un médicament sous ordonnance est beaucoup plus élevé que celui d'un médicament de comptoir. Les freins découlant des préférences et des connaissances des consommateurs ne s'exerceront que difficilement sur le jugement du pharmacien alors que les recommandations de ce dernier se porteront sur des produits plus spécialisés ou d'ordonnances.

Se poseront ainsi avec plus d'acuité les difficultés liées au conflit d'intérêts pour le pharmacien qui pourrait devoir composer avec ceux des fabricants, ou de ceux de son partenaire d'affaires, particulièrement lorsque ce dernier est le fabricant des médicaments qu'il doit recommander ou même... prescrire.

Ces préoccupations ne sont d'ailleurs pas théoriques. Les marques dites « privées » ont maintenant envahi le marché des médicaments, d'abord suivant l'acquisition par le Groupe Jean Coutu des produits Pro-Doc, puis par Shoppers Drug Mart (Pharmaprix) des produits Sanis, enfin par McKesson avec les produits Sivem.

Et bien entendu, une organisation pourrait avoir tendance à « insister » pour que soit favorisée la sélection de sa marque privée par ses membres... ce qui est interdit de l'avis du syndic de l'Ordre des pharmaciens du Québec, le rappelant par lettre au Groupe PJC en décembre 2010.²⁶

Un pharmacien pourrait donc prescrire un médicament et vendre le produit de son partenaire d'affaires. Historiquement les médecins se sont fait retirer le droit de vendre des médicaments pour éviter de se retrouver en conflit d'intérêt. Dans le cas présent,

²³ - Voir à cet effet le projet de loi 28.

²⁴ - Voir le *Règlement déterminant les cas pour lesquels un pharmacien peut prescrire un médicament de même que les conditions et modalités suivant lesquelles cette activité est exercée*, non en vigueur.

²⁵ - Voir le *Règlement sur certaines activités professionnelles qui peuvent être exercées par un pharmacien*, non en vigueur.

²⁶ - La Presse, 18 décembre 2010, « Groupe Jean Coutu rappelé à l'ordre », page A6 par André Noël.

non seulement le pharmacien pourrait prescrire et vendre un médicament, mais en plus il pourrait être contraint de vendre le médicament de la marque privée de son grossiste, de sa chaîne, de sa bannière ou de son franchiseur...

Une sérieuse réflexion s'impose. Nous y reviendrons.

ÉCONOMIE 101 DE LA PHARMACIE COMMUNAUTAIRE

Les activités professionnelles

De façon générale²⁷, une « entreprise de pharmacie » est constituée de deux (2) sections : une section professionnelle (la « pharmacie » proprement dite) et une section commerciale (parfois appelée la partie « boutique »).

Il importe de bien distinguer ces différentes composantes de l'entreprise de pharmacie : en effet, les activités se déroulant dans la section commerciale ne sont pas soumises au contrôle et à la surveillance de l'Ordre des pharmaciens du Québec, celui-ci n'ayant compétence que sur la section professionnelle et sur les activités s'y déroulant²⁸.

Bien entendu, les activités propres à l'exercice de la pharmacie, celles édictées par l'article 17 de la *Loi sur la pharmacie*, doivent être réalisées dans la section professionnelle de l'entreprise de pharmacie, permettant ainsi à l'Ordre des pharmaciens de s'acquitter de sa mission de protection du public.

Sous réserve d'ententes particulières, le pharmacien exerce sa profession en milieu communautaire pour les patients ambulatoires qui le choisissent comme professionnel de la santé. Son expertise, ses conseils et, le cas échéant la vente d'un ou de plusieurs médicaments pourront survenir ou non dans un contexte d'exécution d'une ordonnance délivrée par une personne autorisée à prescrire²⁹.

- Le régime général d'assurance médicament (privé / public)

En vertu de la *Loi sur l'assurance médicaments*, tous les québécois sont assurés par un régime dit « universel », lequel se compose de deux (2) volets, l'un public, l'autre privé³⁰. En exécution d'une ordonnance médicale, un très grand nombre de médicaments sont inscrits à une liste déterminant leur couverture par l'assurance et la

²⁷ - Certaines pharmacies ne présentent pas de section commerciale, par exemple les pharmacies dites « cliniques » ou établies dans des locaux à surfaces restreintes, telles celles œuvrant en résidences privées pour personnes âgées.

²⁸ - Code des professions du Québec, L.R.Q. ch. C-26, art. 23 et suivants, ainsi que le Règlement sur la tenue des pharmacies, R.R.Q. ch. P-10, r. 24 et le Règlement sur les conditions et les modalités de vente des médicaments, R.R.Q. ch. P-10, r. 12.

²⁹ - Dans la très grande majorité des cas un médecin, d'autres catégories de professionnels étant cependant habilités à prescrire.

³⁰ - L.R.Q. ch. A-29.01, art. 3.

prise en charge de leurs coûts auxquels s'ajouteront les honoraires du pharmacien, de façon partielle ou totale³¹.

- Les actes non-assurés en vertu du régime

Certains médicaments et / ou certains actes professionnels du pharmacien ne sont pas couverts par le régime universel dans son volet public, parfois non plus par son volet privé. Ils doivent alors être assumés directement par les patients.

Les activités commerciales

Dans la section commerciale d'une entreprise de pharmacie, l'offre de services et de produits pourra varier considérablement, en fonction notamment de la superficie accordée à cette section ainsi qu'à l'appartenance à une chaîne, à une bannière ou à un franchiseur déterminé, ces organisations étant soucieuses de projeter une image distinctive destinée à la démarquer de la compétition. L'offre de service sera par la suite adaptée en fonction de certaines réalités locales principalement démographiques et géographiques.

La valeur d'une « Entreprise de pharmacie »

Malgré le contexte préoccupant de l'adoption du projet de loi 28 qui promet de réduire significativement la rémunération des pharmaciens pour l'accomplissement de certains actes professionnels et même de leur en attribuer d'autres sans rémunération aucune, il demeure que les entreprises de pharmacies sont des entreprises généralement rentables dans le cours normal de leurs opérations. Les pharmacies deviennent par ailleurs souvent très rentables pour leur propriétaire si l'on tient compte du capital accumulé par ceux-ci au moment de la vente de leur entreprise.

La valeur d'une entreprise de pharmacie en bonne situation d'exploitation vaudra généralement un multiplicateur de son profit normalisé annuel, ce multiplicateur pouvant varier en fonction de plusieurs facteurs, le principal étant la faculté par le propriétaire de disposer librement ou non de son entreprise comme nous le verrons ci-après.

CERTAINS TYPES D'ENTENTES CONTRACTUELLES DES PHARMACIENS

Les pharmaciens propriétaires sont donc majoritairement liés par contrat avec leurs partenaires d'affaires, que ce soit un grossiste ou une chaîne, une bannière ou un franchiseur. L'intensité des obligations contractuelles auxquelles souscrit le pharmacien

³¹ - *Id*, art. 60.

variera en fonction notamment de l'identité de son partenaire, de sa capacité personnelle de financement et de son accès à la détention de son bail commercial.

Quant à l'identité de son partenaire d'affaires, les franchiseurs œuvrant dans le secteur de la pharmacie communautaire proposeront généralement des conventions dont le contenu obligatoire sera intense, assurant en contrepartie d'un contrôle sur la méthode d'exploitation de l'entreprise franchisée un succès commercial éprouvé. L'autonomie décisionnelle du pharmacien franchisé s'en trouvera généralement fortement réduite. Au contraire, certaines organisations s'accommoderont plus aisément d'une certaine liberté d'action entrepreneuriale de leurs membres : on parlera ainsi d'une « bannière », issue généralement d'un regroupement de pharmaciens propriétaires ayant choisi à l'origine de se coordonner en vue de s'offrir des services administratifs plus performants. Mais la tendance et les règles de la compétition font en sorte que même dans ces organisations, les obligations contractuelles s'alourdissent³².

Relativement à la situation financière, il arrivera que le pharmacien désirant acquérir une pharmacie ne puisse uniquement recourir à un financement bancaire traditionnel, que ce soit en raison de la valeur élevée de ce type d'entreprise ou même de la préférence des institutions financières à voir leur risque diminué par la présence d'un partenaire commercial établi aux côtés du pharmacien. Le grossiste, la chaîne, la bannière ou le franchiseur amené à participer au montage financier inhérent à l'acquisition d'une pharmacie s'assurera évidemment que son investissement soit adéquatement protégé par le biais d'ententes lui assurant un certain contrôle sur l'emplacement et l'exploitation de l'entreprise.

Enfin quant à la détention du bail, les partenaires commerciaux des pharmaciens ont depuis longtemps compris que la localisation de l'entreprise demeure un élément clé du succès. En détenant en lieu et place de leur membre le bail de l'entreprise de pharmacie et en consentant un sous-bail ou un sous-sous-bail au pharmacien, la chaîne, la bannière ou le franchiseur exercera un contrôle et une discipline sur son membre qui aura tout avantage à bien « collaborer » avec les directives du bureau chef, au risque de connaître des difficultés lors du renouvellement du bail en question...

Voyons donc concrètement comment ces contrôles se mettent en place par le biais des diverses conventions auxquelles sont amenés à souscrire les pharmaciens.

Les contrats d'affiliation

Ces contrats sont ceux que devront signer les pharmaciens désirant s'identifier sous l'une ou l'autre des enseignes propriétés des chaînes, bannières ou franchiseurs au Québec. Ils seront accompagnés d'un certain nombre de conventions complémentaires

³² - Ainsi, les contrats de bannières prévoient presque invariablement des clauses de droit de premier refus à la disposition de la pharmacie de leurs membres, alors que cette obligation était pratiquement inexistante dans les années 80'...

selon le modèle d'affaires du regroupement envisagé et de la situation particulière du pharmacien et / ou de l'entreprise de pharmacie désignée.

Par exemple, si le partenaire d'affaires du pharmacien doit participer au financement de l'entreprise, une ou plusieurs conventions de financement ou d'approvisionnement viendront compléter les obligations édictées par le contrat d'affiliation. De même, selon que le bail principal de l'établissement soit ou non détenu par le regroupement, il pourra être question de sous-bail et / ou de sous-sous-bail.

Le contrat d'affiliation contient généralement des obligations en lien avec les opérations de l'entreprise de pharmacie, ainsi qu'avec la vente de celle-ci.

Le libellé des dispositions contractuelles de ces contrats est fort variable. Illustrons notre propos par quelques exemples dénominalisés, tirés de conventions proposées par différentes organisations œuvrant au Québec :

Relativement à l'exploitation :

« Reconnaissant l'importance et la nécessité pour le Franchisé, pour le Franchiseur et pour les autres franchisés du Franchiseur du maintien et de la préservation du professionnalisme, de la qualité et de l'uniformité afin de maintenir la valeur et l'achalandage du Concept et des Droits de propriété intellectuelle, le Franchisé s'engage à :

- *S'abstenir d'utiliser, d'offrir, de promouvoir, d'annoncer, de fournir, de louer, de vendre ou de rendre quelque produit, marchandise ou service qui n'a pas été acquis conformément à la présente Convention ou dont l'utilisation et/ou la vente au détail dans l'établissement n'a pas été autorisée par le Franchiseur. »*

Bien que l'on considère qu'un pharmacien peut « librement » s'engager à de telles contraintes, il demeure que son autonomie professionnelle risque d'en être affectée. Ici, le pharmacien ne peut pas vendre un médicament non autorisé par son franchiseur.

Relativement à la vente de la pharmacie :

« Il est entendu que dans l'éventualité où j'avisais (mon partenaire d'affaires) entre trente-six (36) mois et soixante (60) mois suivant l'ouverture de l'Entreprise de pharmacie, de mon intention de vendre le fonds de commerce de celui-ci, je m'engage alors à vendre l'Entreprise de pharmacie à un acheteur à être désigné par (mon partenaire d'affaires) ou selon les modalités prévues à la convention de franchise dans un délai de 6 mois.

Dans ce contexte, (mon partenaire d'affaires), convient de me rembourser la mise de fonds que j'aurai versée et d'assumer toute perte reliée à l'exploitation de l'Entreprise de pharmacie dans le cours normal des affaires, en autant que je ne sois pas en défaut aux termes de toute entente intervenue avec (mon partenaire d'affaires), et que la vente projetée se réalise selon les dispositions prévues à la convention de franchise. En conséquence, (mon partenaire d'affaires), conditionnellement à ce que cette transaction se réalise, accepte de faire en sorte que je sois libéré de tous mes engagements souscrits à l'égard de l'Entreprise de pharmacie. »

En vertu des règles de droit civil inhérentes au droit de propriété, un véritable propriétaire doit bénéficier des gains générés par son entreprise ou au contraire, en

assumer les pertes... Par des clauses de ce type, le pharmacien transfère son risque entrepreneurial à son partenaire d'affaires lequel lui garantit la remise de son investissement, sous réserve « qu'il ne soit pas en défaut ».

Cette clause illustre bien l'importance et la logique d'un véritable droit de propriété en pharmacie qui dans le cas présent sont bafouées : si le pharmacien veut minimiser son risque, il ne doit pas être en défaut. Et s'il ne veut pas être en défaut, ses décisions professionnelles doivent aller dans le sens des intérêts de son partenaire d'affaires.

Relativement à la vente de la pharmacie - l'identité de l'acquéreur :

« Droit de premier refus – Sur réception de toute demande formulée conformément au présent article, le Franchiseur aura l'option irrévocable, qu'il pourra exercer dans les soixante (60) jours de la réception de cette demande, d'acquiescer les droits, licences biens et/ou intérêts faisant l'objet de l'offre aux prix, modalités et conditions de l'offre.

Malgré ce qui précède, le Franchiseur pourra refuser de consentir, ou reporter son consentement, à tout transfert, vente, aliénation, cession, transaction ou opération proposée si le Franchisé et le Pharmacien ne démontrent pas, à la satisfaction du Franchiseur, que le prix d'achat et les modalités de paiement du prix d'achat ne sont pas susceptibles de mettre en péril, à court, moyen ou long terme, la solvabilité, la rentabilité, le fonds de roulement ou les perspectives d'affaires de l'acheteur proposé et/ ou de l'Établissement. »

Les ventes de pharmacies dans un libre marché deviennent de plus en plus rares. Le partenaire d'affaires du pharmacien exigera minimalement un droit de premier refus (ce qui limite l'intérêt d'un certain nombre d'acheteurs du fait qu'il risque de ne jamais pouvoir procéder à l'acquisition envisagée) ou une convention dite « fermée » (limitant la vente à un membre en règle du partenaire d'affaires). Même alors, il arrivera que le partenaire d'affaires puisse intervenir directement dans la détermination du prix de vente de la pharmacie... comme dans l'exemple qui précède et dans celui qui suit.

Relativement à la valeur de l'entreprise de pharmacie :

Le propriétaire de l'entreprise de pharmacie recevra à titre de prix de vente un montant égal à cent cinquante pour cent (150%) du Revenu Total Ajusté de la Terminaison.

En cas de défaut, en plus de la valeur des inventaires, des recevables et des biens mobiliers (à leur valeur dépréciée), tous les autres actifs (y incluant l'achalandage) seront acquis pour la somme de un dollar (1,00\$).

Dans ce genre de contrôle exercé par le partenaire d'affaires du pharmacien, la meilleure hypothèse de vente pour le propriétaire qui normalement devrait pouvoir « librement » disposer de son entreprise sera de recevoir, sous réserve de l'accord du franchiseur, une infime fraction de la valeur normale d'une pharmacie, s'il n'est pas en défaut...

Les conventions d'approvisionnement

Pendant toute la durée des engagements souscrits envers (le partenaire d'affaires) résultant des présentes, je m'engage à m'approvisionner : i) de façon exclusive auprès de (mon partenaire d'affaires); ii) de façon exclusive auprès de tout distributeur, grossiste désigné de temps à autre par (mon partenaire d'affaires), renonçant ainsi au pouvoir d'achat direct auprès d'un fabricant.

L'article 27 de la *Loi sur la pharmacie* prévoit spécifiquement que seuls les pharmaciens peuvent acheter et vendre des médicaments... est-il logique qu'un pharmacien propriétaire puisse s'en remettre à une société commerciale pour assumer cette responsabilité ? Surtout lorsque cette clause lui est imposée ?

Les baux

Sans bail, le pharmacien ne peut exploiter son entreprise. Lorsqu'il est le détenteur de son titre ou possède un bail intervenu avec une personne (physique ou morale) n'ayant pas d'intérêts directs dans ses activités professionnelles, il s'en trouve plus « indépendant ». Autrement... :

Malgré toute disposition du présent sous-bail, le Locataire aura le droit de résilier immédiatement le présent sous-bail, sans avis, dès l'arrivée de l'un ou plusieurs des événements suivants :

- *Si le contrat d'affiliation est résilié pour quelque raison que ce soit, ou si le sous-locataire est en défaut en vertu de toute modalité ou condition prévue au contrat d'affiliation et n'a pas remédié au défaut dans le délai prévu pour ce faire.*

De plus, les baux, sous-baux ou sous-sous-baux contiendront invariablement des dispositions limitant la cession du titre du pharmacien sans l'accord de son partenaire d'affaires... rendant la vente de l'entreprise souvent illusoire sans l'accord de ce dernier.

Les conventions de subventions

Dans certains cas, les obligations seront très importantes, pour ne pas dire davantage. Des pharmaciens pourront par exemple s'engager comme suit :

Pro forma, dépenses et opération. Je mettrai en application les recommandations opérationnelles de votre direction ainsi que les règles énoncées à votre Manuel des opérations. Je maintiendrai les inventaires au niveau requis et je n'effectuerai aucune dépense en immobilisation supérieure à 500\$ ni aucune dépense publicitaire sans avoir préalablement obtenu votre autorisation écrite.

Tant que je n'aurai pas entièrement acquitté toutes mes obligations financières à l'égard de ma pharmacie, notamment envers la Banque XYZ et de mon grossiste :

- *Je respecterai le budget du pro forma et en particulier le budget salaire. Je ne modifierai pas la structure de personnel et n'accorderai aucune augmentation salariale (hors du*

cours normal des affaires), sans avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de mon grossiste.

- *Mon salaire sera limité à 57 \$ (ou 35 \$ à titre de retrait) pour chaque heure travaillée sujet à indexation annuelle, ou l'équivalent sous forme de dividendes, ou à l'intérieur de la masse salariale totale prévue au pro forma pour les pharmaciens.*
- *Je m'engage à travailler un minimum de 35 heures par semaine dans ma pharmacie. J'aurai droit aux assurances collectives offertes au(x) pharmacien(ne)s affilié(e)s de mon partenaire d'affaire.*
- *À moins d'avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de mon grossiste, je ne cotiserai à aucun REER, ne verserai aucun boni ni dividende et n'affecterai aucune dépense personnelle (telle que frais de véhicule) à la charge de ma pharmacie.*

Enfin, je m'engage à ne prendre aucune décision importante concernant la gestion de ma pharmacie et pouvant avoir une incidence financière sans votre autorisation préalable et écrite.

Si la réserve du droit de propriété en pharmacie doit servir à assurer l'indépendance du pharmacien, il conviendra certainement de revenir sur le principe selon lequel le pharmacien peut choisir librement de limiter son autonomie administrative... Dans l'exemple qui précède, ces engagements du pharmacien équivalent à la remise pure et simple des clés de l'entreprise à son partenaire d'affaires. Il est impossible que dans de tels arrangements contractuels, la liberté professionnelle du pharmacien ne soit pas tout au moins partiellement compromise.

Les programmes de conformité

Dans la section de présentation de l'industrie, nous avons fait référence en ce qui concerne les grossistes (ou parfois certaines chaînes, bannières ou franchiseurs) à des ententes visant à assurer à certains fabricants génériques une place de choix au catalogue de ses produits disponibles pour les pharmaciens.

La logique économique de telles ententes se présente comme suit.

- Les fabricants pour voir leurs produits listés et remboursés dans le cadre du régime général d'assurance médicaments doivent souscrire à un engagement les obligeant à soumettre et à respecter un « Prix de vente garanti » (le « PVG »). Le PVG doit comprendre toute forme de rabais ou d'escompte, quels qu'ils soient.
- En vertu de cet engagement, le fabricant doit respecter son PVG lorsqu'il vend ses médicaments, que ce soit à un grossiste ou à un pharmacien.
- Comme les PVG de tous les fabricants génériques d'un même produit aboutissent généralement au même prix d'acquisition, il devient très difficile pour ceux-ci de se démarquer les uns des autres... et naîtront ainsi des ententes se situant pour ne pas dire plus à la limite de la légalité... où le grossiste, la

bannière, la chaîne ou le franchiseur « inviteront » le pharmacien membre à participer à un programme... un programme de conformité.

Dans ces programmes donc et faisant suite à la conclusion des ententes précitées, un grossiste, une chaîne, une bannière ou un franchiseur déterminera les produits qui devront être « privilégiés » par ses membres. Afin de rendre l'opération plus efficace, le pharmacien pourra commander le produit « X » et recevoir automatiquement le produit « Y » de son grossiste.

À noter que ces programmes peuvent viser les médicaments génériques, mais également les médicaments innovateurs ou même alors les MVL (médicaments de vente libre) sans ordonnance :

« Le soussigné reconnaît que pour avoir droit aux avantages du Programme de conformité, il doit respecter les conditions suivantes à l'égard de chaque pharmacie pour laquelle il demeure lié par une Convention d'affiliation, à savoir maintenir un taux de conformité de Rx génériques de 95%, un taux de conformité Rx innovateurs de 90% et un taux de conformité OTC-consommation de 85%. »

En participant à de telles ententes, les pharmaciens recevront indirectement³³ certains avantages, par exemple sur des produits de vente libre. Ces services ou avantages pourraient prendre la forme de réductions éventuelles du pourcentage des redevances à la chaîne, la bannière ou le franchiseur.

Dans d'autres variantes, des financements pour rénovations à la pharmacie deviennent disponibles, ou alors le grossiste ou le partenaire d'affaires du pharmacien lui verseront un montant en argent en retour d'une participation et du respect du programme de conformité dans les années à venir. Des liens seront établis entre les conventions de subvention et le respect du programme de conformité... Ce faisant, le pharmacien se trouvera « engagé » et se devra de suivre les directives établies, au risque de devoir tout rembourser.

Il arrivera enfin comme nous l'avons vu ci-avant que le pharmacien se soit simplement engagé à céder son libre-choix en matière de sélection de médicaments génériques.

Malgré certaines ententes hors Cours intervenues récemment, d'aucun croient que certaines de ces conventions contreviendraient aux règles de facturation découlant de l'application de la *Loi sur l'assurance médicaments* et du *Code de déontologie des pharmaciens*.³⁴

³³ - En vertu du *Règlement sur les avantages autorisés à un pharmacien* (R.R.Q. ch. A-29.01, r. 1), les allocations professionnelles et autres type d'avantages consentis par les fabricants sont strictement contrôlés.

³⁴ - *Supra*, note 17.

Sans entrer dans les subtilités des définitions relatives à la bioéquivalence³⁵, rappelons que tous les médicaments génériques ne sont pas parfaitement identiques, et que certains lots de produits peuvent faire l'objet de rappels, de mise en quarantaine et qu'il peut également survenir des ruptures de stocks. À cet effet, les avis de Santé Canada et les communiqués de l'Ordre des pharmaciens sont de plus en plus fréquents.

Les programmes de conformité, mis en place par des sociétés commerciales, impactent une des fonctions les plus importantes du pharmacien : le choix des fabricants de médicaments qu'il recommande et vend à ses patients. Aucune justification clinique ou déontologique ne permet de soutenir l'existence de tels programmes.

Les Clauses de non-concurrence

De telles clauses trouvent tout leur sens dans le contexte de la vente de l'entreprise du pharmacien à un autre pharmacien. En effet, il est légitime pour l'acquéreur de vouloir protéger la clientèle qu'il vient d'acheter du vendeur en interdisant à ce dernier de lui faire compétition dans un rayon donné et pour une période déterminée.

La jurisprudence portant sur la légalité de telles clauses fait état d'un équilibre qui doit exister entre les concepts suivants : le droit à la protection de son acquisition (pour l'acheteur) et le droit de continuer à gagner sa vie (pour le vendeur).

Dans le cas de certains pharmaciens, c'est parfois un autre droit qui est contredit : celui de vendre sa pharmacie à un prix juste et raisonnable et de ne plus pouvoir se séparer de son « partenaire d'affaires » :

Le Franchisé et tout pharmacien lié comprennent et reconnaissent que la clientèle de l'Entreprise de pharmacie est une clientèle normale de quartier et qu'il est une condition essentielle de la présente convention que le Franchisé et tout pharmacien lié ne détournent pas cette clientèle de l'Entreprise de pharmacie. Pendant la durée de la présente convention et pour une période de deux (2) ans suivant l'expiration ou la résiliation de la présente convention, le Franchisé et tout pharmacien lié s'engagent à ne pas, directement ou indirectement et de quelque façon que ce soit :

- *Posséder, maintenir, participer, exercer sa profession ou avoir un intérêt quelconque dans une pharmacie ou une Entreprise de pharmacie autre qu'un établissement du Franchiseur et ce, pour une période de deux (2) ans suivant l'expiration ou la résiliation de la présente convention, le tout dans un territoire situé à l'intérieur d'un rayon d'un (1) kilomètre de l'Entreprise de pharmacie.*

En effet, ce genre de clause rend le pharmacien particulièrement vulnérable aux « directives » de son franchiseur : en cas de mésentente, le pharmacien verra d'abord sa convention résiliée ce qui entraînera généralement l'application d'un droit de premier refus pour un pharmacien désigné par le franchiseur établissant la valeur de l'achalandage à un dollar (1\$).

³⁵ - Laquelle établit généralement qu'un médicament de marque « X » peut être remplacé par un médicament de marque « Y » qui procurera au patient un résultat « équivalent ».

Non seulement le pharmacien « désobéissant » verra sa pharmacie être confisquée pour une bouchée de pain, mais il ne pourra pas acheter ou ouvrir une nouvelle pharmacie dans le quartier où sa clientèle aura pu bénéficier, parfois depuis des années, de la qualité de ses services professionnels...

Certains partenaires d'affaires ont même poussé le concept à une interdiction d'œuvrer pour le pharmacien dans un rayon déterminé « de tout autre point de vente opéré par un autre membre » de l'organisation. Restera toujours le Grand-Nord...

Ces clauses sont la réalité pour bon nombre de pharmaciens. Elles peuvent être libellées de différentes manières et comporter des variantes, mais elles visent un même objectif : discipliner le réseau du franchiseur et assurer une valeur de rachat à bas prix des pharmacies.

Certaines de ces clauses de non-concurrence comportent en soit un certain cynisme, surtout lorsqu'elles sont insérées à une convention qui établit à l'inverse que le franchisé ne doit s'attendre à aucune forme de protection de la part de son partenaire d'affaires :

Le Franchisé et le pharmacien lié ne jouiront d'aucune protection territoriale, d'aucun droit de premier refus, d'aucune exclusivité ni d'aucun autre droit, de quelque nature que ce soit, relativement à l'ouverture ou l'exploitation d'une entreprise de pharmacie et le Franchiseur aura le droit, en tout temps et à sa pleine discrétion, d'offrir et de vendre, ainsi que de permettre à tout franchisé ou éventuel franchisé d'offrir et de vendre toute marchandise et tout service et ce à n'importe quel endroit, y compris à proximité immédiate de l'Entreprise de pharmacie du Franchisé.

LE DÉVELOPPEMENT DES MARQUES PRIVÉES

Introduction

En 2013, il s'est exécuté environ 574 millions d'ordonnances par les pharmaciens communautaires du Canada. De ce nombre, les deux tiers l'ont été en recourant à des médicaments génériques, soit 379 millions d'ordonnances³⁶.

En additionnant les ventes de ces médicaments génériques à ceux utilisés dans les hôpitaux du pays, il nous faut considérer un marché de plus de 5 milliards de dollars. Bien que le Québec soit la province où il se prescrit la plus faible proportion de médicaments génériques au Canada³⁷, il s'agit d'un marché extrêmement important.

³⁶ - http://www.canadiangenerics.ca/fr/resources/market_trends.asp

³⁷ - « Fixation des prix des médicaments génériques au Québec », (Juin 2013), Cambourieu, Hollis, Grootendorst, Pomey, rapport réalisé pour le Commissaire à la santé et au bien-être (Gouvernement du Québec, 2013), p. 11.

Pour bien comprendre les enjeux liés à l'économie de l'utilisation des médicaments génériques, il nous faut comprendre une chaîne d'approvisionnement qui fait intervenir différents participants. Il s'agit des manufacturiers qui fabriquent les médicaments génériques, suivis des fabricants qui vendent des médicaments génériques en leur propre nom à des grossistes ou directement aux pharmacies³⁸. Suivent ensuite les grossistes qui achètent des médicaments aux fabricants en vue de leur distribution aux pharmacies et enfin les pharmaciens, qui achètent les médicaments aux grossistes ou aux fabricants afin de les vendre à leurs patients, généralement en exécution d'une ordonnance médicale.

Les médicaments génériques de marques privées peuvent être définies comme des médicaments vendus mais non fabriqués par un fabricant qui possède des liens de dépendance avec un grossiste lié à une chaîne, une bannière ou un franchiseur.

Les avantages économiques de l'intégration verticale

Dans le cadre du régime général d'assurance médicaments, les grossistes doivent s'engager à limiter leur marge bénéficiaire à 6,50% :

- 2.** Le grossiste s'engage, pour établir son prix de vente, à ne majorer que d'au plus 6,25% le prix de vente garanti du fabricant en rapport avec le format acheté. À partir du 1er avril 2012, cette majoration ne peut excéder 6,50%.³⁹

Le prix de vente du fabricant désirant voir ses médicaments inscrits à la liste du régime général est soumis à la même limite :

- 1.** Le fabricant s'engage à soumettre un prix de vente garanti par format pour tout médicament qu'il désire faire inscrire sur la Liste des médicaments dressée en vertu de l'article 60 de la Loi sur l'assurance médicaments (chapitre A-29.01).

Le prix de vente garanti s'établit de la façon suivante:

1° (...)

2° il peut être différent pour les ventes aux pharmaciens ou pour celles aux grossistes, mais cette différence ne peut excéder 6,25%. À partir du 1er avril 2012, cette différence ne peut excéder 6,50%;⁴⁰

Mais ce que ne légifère pas le Québec se trouve à être le prix vendu par le manufacturier au fabricant... Un grossiste qui conclut une entente d'approvisionnement avec un manufacturier en faisant intervenir une société liée en qualité de fabricant se trouvera dégagé des contraintes limitant sa marge bénéficiaire et pourra s'assurer d'un

³⁸ - Selon la *Loi sur les aliments et drogues* et son *Règlement d'application*, un « fabricant » ne doit pas nécessairement fabriquer des médicaments, selon le sens usuel de ce mot.

³⁹ - *Règlement sur les conditions de reconnaissance d'un fabricant de médicaments et d'un grossiste en médicaments*, R.R.Q. ch. A-29.01, r. 2, annexe II.

⁴⁰ - *Id*, annexe I.

succès commercial, s'en remettant aux pharmaciens membres de sa chaîne, de sa bannière ou de son franchiseur.

C'est ainsi que le fabricant générique Pro Doc, suivant son acquisition par le Groupe Jean Coutu (PJC) Inc., a vu son chiffre d'affaires passer de 15 millions de dollars en 2007 à plus de 187 millions de dollars pour l'exercice financier 2013-2014⁴¹. Un bond plutôt spectaculaire !

L'interdiction en Ontario

Sanis Health Inc., une filiale de Shoppers Drug Mart qui exploite le réseau des pharmacies Pharmaprix au Québec, a été constituée en personne morale par Shoppers en vue d'acheter en qualité de fabricant des médicaments génériques de différents manufacturiers pour ensuite les vendre sous la marque Sanis dans ses pharmacies ontariennes.

Réagissant à ce nouveau modèle d'affaire, l'Ontario adopte des règlements afin d'exclure les « produits sous marque de distributeur » du formulaire de remboursement provincial⁴².

Shoppers et ses sociétés affiliées se portent donc devant les tribunaux ontariens afin de faire déclarer illégales ces modifications réglementaires. Au terme des procédures judiciaires, la Cour Suprême du Canada maintiendra la validité constitutionnelle des règlements adoptés par l'Ontario.

Bien que le débat devant les tribunaux ait été essentiellement axé sur des principes de droit administratif, il demeure que l'analyse économique sous-jacente au raisonnement de la Cour mérite d'être soulignée :

*Si l'on permettait aux pharmacies de créer leurs propres fabricants affiliés et de les contrôler, elles participeraient directement à la fixation des prix affichés au Formulaire des médicaments, ce qui les inciterait fortement à maintenir des prix élevés.*⁴³

Il faut ici souligner que les règles entourant la propriété des pharmacies en Ontario sont différentes de celles prévalent au Québec : ainsi, la province voisine prévoit une réserve partielle du droit de la propriété des pharmacies aux pharmaciens (à hauteur de 51%) et certaines pharmacies sont toujours entièrement la propriété de non-pharmaciens, en vertu de privilèges acquis.

Nous sommes d'avis cependant que dans la mesure où les pharmaciens du Québec devaient subir des contraintes difficilement contournables de la part de leurs partenaires

⁴¹ - Le Groupe Jean Coutu (PJC) Inc., « Rapport annuel – 2014 », p. 13.

⁴² - À cet effet, voir le *Drug Interchangeability and Dispensing Fee Act Regulation*, R.R.O. 1990, Règl. 935, art. 9 et le *Ontario Drug Benefit Act Regulation*, O. Reg. 201/96, art. 12.0.2.

⁴³ - « *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)* », [2013] 3 R.C.S. 810, par. 34.

d'affaires, le raisonnement de la Cour Suprême qui précède trouverait toute son application.

L'article 24

Outre les considérations économiques se trouvent cependant celles liées à l'indépendance du pharmacien. La *Loi sur la pharmacie* édicte que :

24. Il est interdit à un pharmacien de substituer à un médicament prescrit un médicament fabriqué par une entreprise dans laquelle il a un intérêt, direct ou indirect.

Un lien direct peut être tracé entre les notions d'« indépendance », d'« intérêt » et d'« avantage ». En effet, si vous avez un *avantage* à choisir un produit plutôt qu'un autre⁴⁴, alors vous aurez un *intérêt* dans votre prise de décision : votre *indépendance* s'en trouvera compromise.

Il semble que la question de l'interprétation et de l'applicabilité de l'article 24 de la *Loi sur la pharmacie* à la sélection par des pharmaciens membres des médicaments de marque privée propriété de leur partenaire d'affaire ait fait l'objet d'opinions légales contradictoires.

Évidemment, la question centrale demeure de savoir si un pharmacien qui substitue un médicament donné pour un générique propriété de sa bannière, sa chaîne ou son franchiseur possède un intérêt « *direct ou indirect* » à le faire...

Niant l'existence d'un tel intérêt, certains auraient objecté que les médicaments génériques sont tous équivalents et que de ce fait, un patient ne peut être préjudicié par le choix de son pharmacien. Nous sommes d'avis que cet argument ne peut légalement écarter le libellé de l'article 24 de la *Loi sur la pharmacie* qui ne contient aucune référence à une quelconque notion de préjudice et dont le texte est d'une clarté ne pouvant prêter à aucune confusion...

Mais peut-être les différents acteurs concernés n'ont-ils simplement par osé vouloir s'engager dans un débat juridique sur la question. Soulignons cependant que de l'avis de l'Ordre des pharmaciens du Québec :

La substitution ne peut s'effectuer sur la base des seuls facteurs économiques; les considérations pharmaceutiques, pharmacologiques, thérapeutiques et cliniques doivent également être prises en compte. Le présent guide vise à permettre au pharmacien d'exercer judicieusement ce droit, et donc à favoriser le meilleur choix thérapeutique, et ce dans chaque situation clinique.⁴⁵

⁴⁴ - L'avantage pourrait être directement économique ou alors, peut-être aurez-vous plutôt à cœur de ne pas vous exposer à d'éventuelles sanctions...?

⁴⁵ - Ordre des pharmaciens du Québec : « *Guide sur la substitution en pharmacie* », (1994) numéro 64.

Il est fort possible que les considérations cliniques entrent en jeu peu fréquemment en ce qui concerne la sélection d'un médicament générique... mais les obligations déontologiques des pharmaciens nous semblent devoir survivre à cette question : le pharmacien, dans le contexte de ses obligations contractuelles, est-il vraiment *indépendant* ? Possède-t-il un *intérêt*, tout au moins *indirect*, dans la sélection du fabricant propriété de son partenaire d'affaires ? Qu'en penserait le citoyen du Québec raisonnablement informé ?

Le déséquilibre pour les différents partenaires d'affaires

La tolérance entourant le recours à l'utilisation des marques privées engendre par ailleurs un résultat plutôt surprenant : certains partenaires d'affaires du Québec comptant sur un actionnariat composé de pharmaciens propriétaires se voient interdits de développer leurs propres médicaments de marque privée⁴⁶, alors que leurs concurrents qui ne sont pas imputables envers l'Ordre des pharmaciens peuvent agir sans difficulté.

Résultat : plus les professionnels du médicament sont impliqués dans la propriété d'un partenaire d'affaires, moins ils peuvent contrôler l'outil principal de leur exercice professionnel...

Notre propos ne doit pas être compris comme une proposition soutenant l'abolition du principe selon lequel le pharmacien doit préserver son indépendance au moment de substituer les médicaments. Mais l'interprétation actuelle de l'article 24 de la *Loi sur la pharmacie* crée un réel déséquilibre des forces d'un point de vue économique en défaveur des pharmaciens propriétaires... ce qui nous semble plutôt contraire au bon sens.

Le risque d'un glissement dans la sélection « clinique » du médicament

De plus, la tolérance sur le marché du Québec envers l'existence des médicaments de marques privées nous conduit à un risque plus sérieux : celui de l'intervention des partenaires d'affaires dans le choix éventuel des traitements recommandés par leurs pharmaciens membres.

Si le pharmacien membre d'une bannière, d'une chaîne ou d'un franchiseur peut ou doit proposer à ses patients les produits de marques privées de son partenaire d'affaires, pourquoi en irait-il autrement lorsque l'élargissement de ses habilitations professionnelles lui permettra de sélectionner directement le médicament ?

Les grands partenaires d'affaires du Québec possèdent déjà un éventail complet de produits de consommation courants et de médicaments de comptoir, sans ordonnance.

⁴⁶ - En raison d'un lien plus direct avec l'article 24 de la *Loi sur la pharmacie*.

Bien que le pharmacien dans le cadre d'une relation professionnelle ne puisse jamais faire valoir son intérêt personnel avant celui de son patient, il demeure que l'avantage économique découlant de la recommandation de tels produits peut difficilement questionner la sécurité du public.

Mais déjà, la question prend un aspect différent lorsqu'on la considère pour les médicaments génériques d'ordonnances. Si certains doutent que le pharmacien possède un intérêt dans la sélection d'un médicament de marque privée, ne doutons pas de l'intérêt de la bannière, de la chaîne ou du franchiseur propriétaire des sociétés vendant ces produits.

Peut-on courir le risque d'écarter le principe fondamental de l'indépendance du pharmacien dans le contexte de la sélection des médicaments ? La glissade s'arrêtera-t-elle dans les situations où nous pourrions invoquer l'exercice d'un véritable jugement professionnel, comme dans le cas où les pharmaciens sélectionneront eux-mêmes le traitement ?

La naissance des centres de conditionnement

Le vieillissement de la population auquel s'ajoute la complexité croissante des traitements pharmacologiques rend l'observance de la prise des médicaments par les patients un véritable enjeu de santé publique⁴⁷.

Fruits du perfectionnement de la robotisation, certains outils ont été introduits sur le marché permettant des gains d'efficacité marqués dans le conditionnement des médicaments sous forme de sachets ou de semainiers.

En effet, la préparation et la vérification des médicaments d'une personne en perte d'autonomie, par exemple dans des boîtiers comportant différentes heures d'administration, peut s'avérer une tâche assez lourde et exigeante.

Grâce à ces robots, certains pharmaciens ont choisi de se spécialiser dans le conditionnement des médicaments pour le bénéfice de leurs confrères choisissant de recourir à leurs services. Des centres de conditionnement spécialisés ont vu le jour.

On assiste ainsi à la séparation de l'acte professionnel du pharmacien, le premier agissant dans le cadre d'une prestation professionnelle directe avec son patient, le second se plaçant au service de son collègue, celui-ci se trouvant libéré du fastidieux conditionnement de la médication.

⁴⁷ - Statistiques sur l'observance et la fidélité du traitement.

Le *Code de déontologie des pharmaciens*⁴⁸ énonce que :

49. Le pharmacien ne peut partager les bénéfices provenant de la vente de médicaments ou ses honoraires qu'avec un autre pharmacien et dans la mesure où ce partage correspond à une répartition de leurs services et responsabilités respectifs

La collaboration de deux (2) professionnels de la santé à la réalisation d'un même acte implique indéniablement l'établissement d'un lien de confiance entre ceux-ci. Lorsqu'un pharmacien choisira le collègue à qui il confiera la préparation de la médication de ses patients, il fera preuve de jugement professionnel. Il s'agira en quelque sorte d'un acte similaire à celui de la référence médicale.

Nous pourrions croire que l'indépendance du pharmacien dans sa décision de recourir aux services de l'un ou l'autre des pharmaciens opérant un centre de conditionnement de la médication ne peut être menacée... et pourtant il n'en est rien.

Certains partenaires d'affaires des pharmaciens interviennent déjà auprès de leurs membres afin de leur indiquer « le choix approprié » pour leurs références auprès de collègues affectés au conditionnement.

Si les pharmaciens du Québec ne peuvent librement choisir leurs médicaments génériques ou les collègues avec lesquels ils aimeraient pouvoir exercer la pharmacie, pourquoi devrions-nous croire qu'aucune interférence ne viendra menacer leur libre choix dans la sélection de leurs plans de traitement ?

PRINCIPALES DISPOSITIONS LÉGALES ET RÉGLEMENTAIRES

La Loi sur la pharmacie

27. Sous réserve des articles 28 à 30, seuls peuvent être propriétaires d'une pharmacie, ainsi qu'acheter et vendre des médicaments comme propriétaires d'une pharmacie, un pharmacien, une société de pharmaciens ou une société par actions dont toutes les actions du capital-actions sont détenues par un ou plusieurs pharmaciens et dont tous les administrateurs sont pharmaciens.

Le Code de déontologie

9. Lorsqu'il fournit à son patient un service pharmaceutique, le pharmacien doit s'abstenir de collaborer avec une personne autre que celles visées à l'article 39 ou une personne visée par un règlement adopté en application du paragraphe a du premier alinéa de l'article 10 de la Loi sur la pharmacie (chapitre P-10).

10. Le pharmacien doit ignorer toute intervention susceptible de porter atteinte à son indépendance professionnelle.

⁴⁸ - R.R.Q. ch. P-10, r. 7.

44. Le pharmacien doit subordonner son intérêt personnel, et celui de la société de pharmaciens dans laquelle il exerce la pharmacie ou dans laquelle il a des intérêts, à celui de son patient.

52. Le pharmacien doit prévenir toute situation où il serait en conflit d'intérêts, notamment lorsque les intérêts en présence sont tels qu'il pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux de son patient ou que son intégrité et sa loyauté envers celui-ci pourraient être affectées.

77. Outre ceux visés aux articles 59 et 59.1 du Code des professions (chapitre C-26) et celui qui peut être déterminé en application du paragraphe 1 du deuxième alinéa de l'article 152 de ce Code, les actes suivants sont dérogoratoires à la dignité de la profession:

(...)

6° accepter, alors qu'il n'est pas le véritable propriétaire d'une pharmacie, que l'on se serve de son nom comme donnant lieu de croire qu'il est le véritable propriétaire de cette pharmacie;

Les dispositions susmentionnées sont celles devant assurer l'indépendance des pharmaciens dans l'accomplissement de leurs activités professionnelles. Elles sont rédigées comme il se doit en termes larges, permettant ainsi leur application à diverses situations pouvant être fort variables.

Par contre, elles emportent l'inconvénient de faire l'objet d'une interprétation que nous pourrions qualifier de « large et libérale » par certains partenaires d'affaires des pharmaciens...

Un document plus précis fut en vigueur pendant de nombreuses années, avant d'être abrogé : il s'agit des « *Lignes directrices de l'Ordre des pharmaciens du Québec sur la propriété des pharmacies* », adoptées le 17 juin 1997. Ce document a été une source de référence importante pour la profession, maintes fois citées par les tribunaux.

Bien que la décision de les abroger ait été fondée sur des motifs raisonnables, il demeure qu'à l'heure actuelle, aucune référence administrative formelle n'existe pour présenter concrètement les limites contractuelles dans lesquelles les pharmaciens peuvent consentir.

Ces précisions, l'expression de la pensée de l'organisme responsable d'assurer la protection du public, sont essentielles non seulement pour les pharmaciens, mais ont également une valeur « éducative » auprès des tiers qui prennent connaissance des règles à ne pas transgresser.

Ainsi, l'Ordre a jugé utile de recommander l'adoption du *Règlement sur certains contrats que peuvent conclure les pharmaciens dans l'exercice de leur profession*⁴⁹ qui

⁴⁹ - R.R.Q. ch. P-10, r.5.1.

comporte des obligations très précises, telle celle-ci visant indirectement les propriétaires de résidences privées pour personnes âgées :

6. Toute entente conclue avec une personne qui fournit des services d'hébergement à des personnes âgées, des personnes handicapées ou des personnes en perte d'autonomie doit obligatoirement comprendre la clause suivante:

«Les parties déclarent qu'en outre des obligations assumées par le pharmacien et décrites au présent contrat, aucun avantage, incluant tout bien ou service, n'est versé ou fourni directement ou indirectement par ce dernier.»

Aucune clause de l'entente ne doit limiter, directement ou indirectement, le libre exercice par une personne hébergée du choix de son pharmacien.

La voie réglementaire n'est peut-être pas la plus simple, mais de telles précisions s'avèreraient-elles utiles en ce qui concerne les bannières, les chaînes et les franchiseurs du Québec ?

CONCLUSION / ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION

L'analyse des contrats liant les pharmaciens propriétaires à leurs partenaires d'affaires et les dossiers régulièrement présentés devant les différents tribunaux administratifs et de droit commun au Québec ne nous permettent qu'un seul constat : les pharmaciens sont de moins en moins libres dans certains aspects de leurs décisions professionnelles et la logique intrinsèque de leur droit de propriété est menacée.

Bien que les solutions ne soient pas toujours simples, certaines pistes de solutions pourraient faire l'objet d'une amorce de discussion :

- En toutes circonstances, un pharmacien devrait pouvoir conserver une totale indépendance dans ses choix de collaboration avec d'autres professionnels dans l'exercice de sa profession;
- En toutes circonstances, un pharmacien ne devrait jamais pouvoir s'engager dans un contrat ou souscrire à un programme qui limite sa totale autonomie à acheter le médicament d'un fabricant donné.
- Un grossiste, à défaut d'avoir à tenir en inventaire les produits de tous les fabricants existants, ne devrait jamais pouvoir interdire à un pharmacien de se procurer les produits d'un fabricant donné, que ce soit via un autre grossiste ou directement auprès du fabricant concerné;
- Sous réserve d'un droit de premier refus octroyé à une bannière, une chaîne ou un franchiseur, un pharmacien devrait être libre de disposer de sa pharmacie à des conditions libres de marché;

- Au terme de ses conventions d'affiliation (et ses renouvellements) un pharmacien devrait pouvoir changer de bannière, de chaîne ou de franchiseur en conservant la garde de ses dossiers-patients sur un nouvel emplacement. Cette faculté pourrait être assortie d'un droit d'acquisition accordé à un pharmacien à être désigné par son partenaire d'affaires à des conditions de marché;
- Hors d'un contexte de vente de sa pharmacie et tout en maintenant le privilège d'un droit de 1^{er} refus accordé à son partenaire d'affaires, le pharmacien ne devrait pas pouvoir être contraint par une clause de non-concurrence au terme de ses conventions d'affiliation;
- Dans une perspective de saine gestion du régime public d'assurance médicaments et afin de marquer l'essentielle séparation des rôles devant prévaloir entre les fabricants, les pharmaciens et leurs partenaires d'affaires, les marques privées devraient être retirées du formulaire de médicaments du régime général d'assurance médicaments du Québec, tout comme en Ontario;
- Le financement des acquisitions et des ouvertures de pharmacies devraient s'inspirer des règles générales de la finance (rappel des prêts, prises de garanties personnelles, conventions de rachat des stocks); l'indépendance professionnelle du pharmacien et sa liberté entrepreneuriale ne devrait jamais être compromise pour favoriser des sources de revenus additionnelles pour sa chaîne, sa bannière ou son franchiseur;
- De nouvelles règles précisant concrètement les droits et obligations des pharmaciens concernant le droit de propriété devraient être élaborées par l'Ordre des pharmaciens du Québec;



Paul Fernet, B. Pharm., LL.B.

FERNET
avocats - lawyers

1100, av. des Canadiens-de-Montréal, bur. 280
Montréal (Québec) Canada, H3B 2S2
T 514 879-5606
F 514 879-4659