LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE

Marie-Ève Arbour

Volume 37, Number 2, 2007

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1107418ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/11837>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Arbour, M.-È. (2007). LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 37(2), 275–329. <https://doi.org/10.17118/11143/11837>

Article abstract

The pharmacist of yesteryear evokes the image of a passive professional, constrained to faithfully dispensing the medications prescribed by a physician. Today, however, the complexity of medications, the development of science and technology and the increasing demands of consumers have all contributed to the renewal of the fundamental values of the pharmaceutical profession. In terms of liability, an analysis of the contractual relationship between the pharmacist and his or her client/patient brings to light a paradoxical situation. On the one hand, patients appear to require a more personalized relationship with the pharmacist; yet on the other, contemporary modes of distributing drugs and healthcare products encourage consumerist attitudes resulting from the growing depersonalization of this very same contractual relationship (e.g. the purchase of medication on the internet). This new paradigm places stresses on the traditional principles underlying the contractual liability of the pharmacist. To begin with, it invites a redefinition of the obligational content in light of the duty to inform to which pharmacists are increasingly subjected. Moreover, the very characteristics of this contract are indicative of a need to better define the deontological duties imposed on pharmacists when dispensing medications to persons not physically present. Finally, product liability issues stemming from defective drugs invite further further analysis of a pharmacist's responsibility as debtor of an obligation to ensure quality under both the Civil Code of Quebec and the Consumer Protection Act. The writer concludes that this multifaceted basis of a pharmacist's contractual liability is determined primarily according to whether or not a physician's prescription is required.

ARTICLE

LIBRES PROPOS SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DU PHARMACIEN D'OFFICINE

par Marie-Ève ARBOUR*

Le pharmacien d'hier évoque l'image d'un professionnel passif, contraint d'exécuter fidèlement le traitement pharmacologique prescrit au patient par le médecin. Aujourd'hui, par contraste, la complexité des médicaments, le développement de la science et de la technologie, de même que les revendications croissantes des consommateurs ont contribué à un renouvellement des valeurs véhiculées par la profession pharmaceutique. Sur le plan de la responsabilité, l'étude du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients/patients met à jour un étrange paradoxe. D'un côté, la population revendique une relation davantage personnalisée avec le pharmacien ; de l'autre, les modes contemporains de distribution des produits de santé véhiculent des attitudes consuméristes ancrées dans la dépersonnalisation progressive de ce même rapport contractuel (i.e. Internet). Ces nouveaux paramètres créent une tension sur les principes traditionnels qui posent les paramètres de la responsabilité contractuelle du pharmacien. D'abord, ils invitent à une redéfinition du contenu obligationnel du contrat au regard de l'obligation d'information dont ces derniers sont progressivement débiteurs. Ensuite, les modalités de l'échange commercial contemporain posent le défi de préciser la portée des obligations déontologiques qui s'imposent aux pharmaciens dans l'acte de distribution à distance de médicaments, et ce, en l'absence d'une rencontre physique ayant eu lieu avec le patient. Enfin, le thème de l'indemnisation du préjudice corporel causé par le fait des médicaments défectueux invite à une analyse de la responsabilité du pharmacien en tant que sujet débiteur de l'obligation de qualité, tant au regard du C.c.Q. que de la L.p.c.. L'auteure conclut que ce fondement pluriel de la responsabilité contractuelle du pharmacien est principalement configuré par l'exigence (ou non) d'une ordonnance médicale.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec. L'auteure remercie la Fondation du Barreau du Québec pour l'aide financière ayant permis de mener à bien cette contribution; en outre, elle remercie Vincent Girard, LL.B., Vincent Hamel, LL.B. et Véronique Racine, LL.B. pour leur participation à la recherche documentaire.

The pharmacist of yesteryear evokes the image of a passive professional, constrained to faithfully dispensing the medications prescribed by a physician. Today, however, the complexity of medications, the development of science and technology and the increasing demands of consumers have all contributed to the renewal of the fundamental values of the pharmaceutical profession. In terms of liability, an analysis of the contractual relationship between the pharmacist and his or her client/patient brings to light a paradoxical situation. On the one hand, patients appear to require a more personalized relationship with the pharmacist; yet on the other, contemporary modes of distributing drugs and healthcare products encourage consumerist attitudes resulting from the growing depersonalization of this very same contractual relationship (e.g. the purchase of medication on the internet). This new paradigm places stresses on the traditional principles underlying the contractual liability of the pharmacist. To begin with, it invites a redefinition of the obligational content in light of the duty to inform to which pharmacists are increasingly subjected. Moreover, the very characteristics of this contract are indicative of a need to better define the deontological duties imposed on pharmacists when dispensing medications to persons not physically present. Finally, product liability issues stemming from defective drugs invite further further analysis of a pharmacist's responsibility as debtor of an obligation to ensure quality under both the Civil Code of Quebec and the Consumer Protection Act. The writer concludes that this multifaceted basis of a pharmacist's contractual liability is determined primarily according to whether or not a a physician's prescription is required.

SOMMAIRE

Introduction	279
Première partie : L'évolution du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients	282
1.1 Vers un élargissement des obligations contractuelles du pharmacien?	285
1.1.1 L'exercice non négligent de la prestation professionnelle	286
1.1.2 De l'acte de substitution à la thérapie contraceptive d'urgence	290
1.2 Quelques perspectives comparées : l'expérience franco-américaine.....	294
Deuxième partie : Le déséquilibre de la relation patient/ pharmacien causé par la vente à distance des médicaments	301
2.1 Le cadre législatif québécois de la vente à distance de médicaments	303
2.1.1 La vente de médicaments et l'élément d'extranéité.....	304
2.1.2 Quelques perspectives déontologiques	308
2.2 La solution préconisée par la Cour de justice des communautés européennes.....	312
2.2.1 Les médicaments vendus sans ordonnance médicale	315
2.2.2 Les médicaments soumis à une ordonnance médicale	318
Troisième partie : L'outil contractuel ou l'extension du spectre des débiteurs hypothétiques	320
3.1 Le droit de la vente et les garanties contractuelles	321
3.2 L'application de la <i>Loi sur la protection du consommateur</i>	323
Conclusion	328

Introduction

Le pharmacien d'hier évoque l'image d'un professionnel passif, contraint d'exécuter fidèlement le traitement pharmacologique prescrit au patient par le médecin. Mais aujourd'hui, la complexité des médicaments, le développement de la science et de la technologie auxquelles s'ajoutent les revendications croissantes des consommateurs ont contribué à un renouvellement des valeurs véhiculées par la profession pharmaceutique¹. «Patients ou clients?» s'interroge un ethnologue à propos de la qualité des visiteurs d'une pharmacie belge². À lui

1. C'est dans cette optique que l'Ordre des pharmaciens du Québec propose une réforme de son code de déontologie : «Projet de code de déontologie» (septembre 2006), en ligne : Ordre des pharmaciens du Québec <www.opq.org/fr/PDF/Projet%20de%20code%20de%20déontologie_final_septembre_2006.pdf> [Projet de code de déontologie], lequel fait écho au rapport publié par l'Ordre des pharmaciens du Québec : «L'exercice de la pharmacie au Québec, la nécessaire adaptation aux nouvelles réalités du XXI^{ème} siècle» (6 juin 2001), en ligne : Ordre des pharmaciens du Québec <http://www.opq.org/fr/prise_position/memoires/PDF/chantier%20bernier%20V%20JUN.pdf> [L'exercice de la pharmacie au Québec]. Cette réalité s'observe de manière analogue au niveau international, là où l'on promeut un accroissement du rôle dévolu aux pharmaciens au sein des divers réseaux de soins de santé. Voir en ce sens : *The Role of the Pharmacist in the Health Care System*, 1994, Who/Pharm/94.569 à la p. 2, en ligne : Organisation mondiale de la santé < http://whqlibdoc.who.int/hq/1994/WHO_PHARM_94.569.pdf>; Organisation Mondiale de la Santé, *Report of a WHO Consultative Group, The role of the pharmacist in the health care system*, New Delhi, 1998. Voir aussi Conseil de l'Europe, A.P., Résolution (96) 35 révisant l'accord partiel dans le domaine social et de la santé publique, Textes adoptés, Res. 35 (1996); Conseil de l'Europe, A.P., *Résolution AP (97) 2 sur l'évolution de la fonction du pharmacien et l'adaptation de sa fonction initiale*, Textes adoptés, Res. AP 2 (1997); Conseil de l'Europe, A.P., *Résolution ResAP(2001)2 sur le rôle du pharmacien dans le cadre de la sécurité sanitaire*, Textes adoptés, Res. AP 2 (2001); *Déclaration de principe, l'auto-prise en charge incluant l'automédication – Le rôle professionnel du pharmacien* -, 1^{er} septembre 1996, en ligne : Fédération internationale pharmaceutique http://www.fip.org/www2/uploads/database_file.php?id=205&table_id=.
2. Mathieu Hilgers, «Patients ou clients? Analyse anthropologique des échanges dans une pharmacie en Belgique», en ligne : (2004) n° 7 Ethnologies comparées. <http://recherche.univ-montp3.fr/mambo/cerce/>

seul, ce questionnement met à jour une ambiguïté qui s'observe de même sous l'égide de la discipline du droit : c'est qu'il soulève toute la problématique de la définition du rapport contractuel qui unit le pharmacien à son client au regard des pulsions contemporaines qui façonnent l'exercice de la profession pharmaceutique.

Devant l'ambivalence du pharmacien, un auteur observait en 1977 que celui-ci «[...] exerce une activité de type industriel et commercial, et partant, gouvernée par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais, en raison de l'incidence profonde de cette activité sur la santé publique, cette liberté se trouve très largement limitée par une réglementation abondante et minutieuse...»³. La responsabilité civile du pharmacien : voilà une matière *sui generis*, configurée en même temps par le monopole de distribution que détient la profession pharmaceutique, par les principes traditionnels du droit des obligations et les particularités d'un droit commercial évolutif. L'apparente dichotomie entre la promotion de valeurs marchandes d'un côté – qu'évoque la notion de *client* – et, de l'autre, la prestation de soins de santé – qu'évoque plutôt la notion de *patient* – exacerbe-t-elle la vulnérabilité des personnes dans l'enceinte d'une pharmacie

[r7/m.h.htm](#)[Hilgers].

Du côté de la sociologie, plusieurs auteurs se sont penchés sur la dynamique des professions, voir notamment l'ouvrage emblématique de Max Weber, *Économie et société*, Paris, Pocket, 1995; Jean Baudrillard, *La société de consommation : ses mythes, ses structures*, Paris, S.G.P.P., 1970 à la p.21 [Baudrillard]. pour qui le *drugstore* : «[...] réalise la synthèse des activités consommatrices, dont la moindre n'est pas le *shopping*, le flirt avec les objets, l'errance ludique et les possibilités combinatoires»; Pierre Bourdieu, *Raisons pratiques : sur la théorie de l'action*, Paris, Seuil, 1994 à la p. 209 [Bourdieu]. Voir également Léon Husson, «Les activités professionnelles et le droit» (1953-1954) 2 Archives de philosophie du droit 1 [Husson]; René Savatier, «L'origine et le développement du droit des professions libérales» (1953-1954) 2 Archives de philosophie du droit 74 [Savatier].

3. Jacques Azema, «Pharmaciens responsables et pharmaciens assistants dans les établissements de préparation et de vente en gros de médicaments» (1977) n°2841 J.C.P. éd. G. 1.

devenue presque l'archétype de la consommation contemporaine⁴? Pris entre l'arbre et l'écorce, le pharmacien doit-il s'imposer en tant qu'arbitre entre des intérêts économiques et la protection de la santé des personnes?

Sur le plan de la responsabilité, l'étude du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients/patients met à jour un étrange paradoxe. D'un côté, la population revendique une relation davantage personnalisée avec le pharmacien (que promeut la réforme actuelle du système de soins de santé à travers, par exemple, l'utilisation du vocable poreux «soins pharmaceutiques»⁵). De l'autre, les modes contemporains de distribution des produits de santé se nourrissent d'attitudes consuméristes ancrées dans la dépersonnalisation de ce même rapport contractuel en exaltant l'autonomie de la volonté et le respect de la vie privée. En outre, ce virage ambiant tolère dans une certaine mesure la vente de médicaments à distance par des pharmaciens – une pratique largement facilitée par Internet – ou effrite, par exemple, l'interdiction de publicité directe aux consommateurs des médicaments vendus sous ordonnance médicale⁶.

Ces nouveaux paramètres créent une tension sur les principes traditionnels qui posent les paramètres de la responsabilité contractuelle du pharmacien. D'abord, ils invitent à une redéfinition du contenu obligationnel du contrat au regard de l'obligation d'information dont ces derniers sont progressivement débiteurs. Pour le juriste, l'intensification d'un lien de confiance

-
4. Voir la ludique description de Baudrillard, *supra* note 2 à la p. 21, pour qui le *drugstore* : «[...] réalise la synthèse des activités consommatrices, dont la moindre n'est pas le *shopping*, le flirt avec les objets, l'errance ludique et les possibilités combinatoires»; Bourdieu, *supra* note 2 à la p. 209.
 5. L'exercice de la pharmacie au Québec, *supra* note 1 : «L'ensemble des actes et des services que le pharmacien doit procurer à un usager dans le but de lui procurer une pharmacothérapie visant l'atteinte d'objectifs thérapeutiques de nature préventive, curative ou palliative».
 6. Voir «Politique du médicament, Document de consultation» (décembre 2004), en ligne: Ministère de la santé et des services sociaux <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/acrobat/f/documentation/2004/04-708-04.pdf>>.

entre le professionnel et son patient se traduit généralement par une reconfiguration corollaire de l'obligation d'information, que l'on greffe traditionnellement à une prestation de soins de santé (section I). Ensuite, les modalités de l'échange commercial contemporain posent le défi de préciser la portée des obligations déontologiques qui s'imposent aux pharmaciens dans l'acte de distribution à distance de médicaments, et ce, en l'absence d'une rencontre physique ayant eu lieu avec le patient (section II). Enfin, l'étude parallèle des protections juridiques liées à l'indemnisation du préjudice corporel causé par le fait des médicaments défectueux invite à une analyse de la responsabilité du pharmacien en tant que sujet débiteur de l'obligation de qualité (section III). Ce fondement pluriel de la responsabilité contractuelle du pharmacien semble tributaire du double rôle dont il est investi au regard des médicaments vendus sous ordonnance médicale d'un côté, et, de l'autre, de ceux qui sont disponibles en vente libre.

1. L'évolution du rapport contractuel entre le pharmacien et ses clients

Habilités par le *Code des professions*⁷, les obligations dont sont débiteurs ces professionnels de la santé sont circonscrites *in primis* par la *Loi sur la pharmacie*⁸, dont certaines ramifications plus techniques se prolongent à l'intérieur de règlements⁹ et dont certains enjeux éthiques se cristallisent à l'intérieur du *Code de*

7. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 25 [Code des professions].

8. *Loi sur la pharmacie*, L.R.Q. c. P-10 [Loi sur la pharmacie].

9. Il s'agit, par exemple, du *Règlement sur la tenue des pharmacies*, c. P-10, r.20.1, qui détermine notamment les produits que peuvent vendre les pharmaciens, la délimitation physique des lieux, les règles de conservation des médicaments, d'affichage; le *Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession*, c. P-10, r.19 [Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession]; le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, c. P-10, r.8.2 [Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments]; ou le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, c. P-10, r.11 [Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons].

*déontologie*¹⁰. Le *Code des professions* souligne la difficulté pour les clients de porter un jugement sur les services professionnels qui leur sont fournis; faut-il rappeler que les monopoles professionnels trouvent leur justification dans cette capacité qu'ont leurs membres à réduire les asymétries contractuelles qui les séparent du grand public via la création d'un lien de confiance.

En ce sens, l'article 17 de la *Loi sur la pharmacie* énonce les conditions d'exercice de l'acte pharmaceutique¹¹. Cette disposition générale est complétée par des dispositions réglementaires qui prévoient que le pharmacien, lorsqu'il vend des médicaments sous ordonnance ou surveillance, doit communiquer au patient les renseignements appropriés au bon usage du médicament ainsi vendu¹². En outre, ce dernier prescrit que le pharmacien doit, «en plus des avis et des conseils, [...] fournir à son patient les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'il lui rend»¹³.

-
10. *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. c. P-10, r.5 [Code de déontologie]. Pour un premier dépouillement du cadre législatif, voir Yves Gariépy, *Le pharmacien et la législation pharmaceutique*, 6^e éd., Mont-Royal, Modulo-Griffon, 2004.
 11. En particulier, l'art. 17, al. 1 énonce ce qui suit : «L'exercice de la pharmacie consiste à évaluer et à assurer l'usage approprié des médicaments afin notamment de détecter et de prévenir les problèmes pharmacothérapeuthiques, à préparer, à conserver et à remettre des médicaments dans le but de maintenir ou de rétablir la santé» (nos italiques). Cette prescription est complétée par le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9, où l'art. 9 précise que le pharmacien qui vend un médicament inscrit à l'annexe I ou II doit constituer un dossier pour chaque patient, inscrire cette vente au dossier, effectuer une étude pharmacologique du dossier et communiquer les renseignements appropriés au bon usage de ce médicament, de même que par le *Règlement sur la tenue des dossiers, livres et registres par un pharmacien dans l'exercice de sa profession*, supra note 9.
 12. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9 à l'art. 9.
 13. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 3.03.02. La version actuelle de l'art. 38 du *Projet de code de déontologie*, supra note 1, prévoit que «Le pharmacien doit fournir à son patient les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services pharmaceutiques qu'il lui fournit. En outre, lorsqu'il remet un médicament à son patient, il doit lui

Si la prestation comporte une ordonnance —entendue comme étant une «autorisation de fournir des médicaments...»¹⁴—, le pharmacien doit communiquer au patient l'information pertinente à son traitement, constituer ou compléter son dossier¹⁵, et procéder à une étude pharmacologique de celui-ci. Les étapes de validation générale, de validation pharmacologique et la remise au patient s'y superposent¹⁶. La première vise à vérifier le caractère complet de l'ordonnance : en référant au *Guide de pratique*, le pharmacien doit en outre s'assurer de pouvoir légalement l'exécuter¹⁷. La seconde — et la plus importante — consiste plutôt à attester de la pertinence pharmacologique de l'ordonnance au regard de la posologie, de la capacité du patient à utiliser le médicament, des effets indésirables antérieurs, des interactions potentielles avec d'autres médicaments, de l'état de grossesse ou d'allaitement de la patiente¹⁸. Quant à la troisième, elle consiste en la délivrance au patient du médicament indiqué.

donner les avis et conseils appropriés. Dans tous les cas, il doit s'assurer d'avoir obtenu l'information nécessaire à ces fins».

14. *Loi sur la pharmacie*, supra note 8 à l'art. 1 j).
15. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9 à l'art. 9.
16. Voir Collège des médecins du Québec, *Ordonnances de médicaments, modalités d'émission et exécution par la clientèle hors établissement*, mai 1996.
17. Ordre des pharmaciens, *Guide de pratique*, 1990.
18. Voir *Brochu c. Auger*, [1981] C.S. 971, où la Cour supérieure a retenu la responsabilité d'un pharmacien ayant effectué une ordonnance en ne respectant pas sa teneur intégrale. Le professionnel avait alors substitué le médicament prescrit par un produit contenant cinq fois la quantité de cortisone indiquée par le médecin, causant au patient une nécrose vasculaire à la hanche droite. La Cour a retenu la responsabilité du professionnel, soulignant que le pharmacien se doit d'exécuter l'ordonnance selon sa teneur intégrale, à moins qu'elle ne soit erronée. Un auteur semble considérer — à raison — qu'une telle erreur n'est pas exclusivement du ressort de l'acte de substitution en lui-même, mais qu'elle constitue plus généralement une faute professionnelle du pharmacien dans l'acte de délivrance : voir Cécile Beaudoin, *L'acte de substitution dans le droit pharmaceutique québécois et la responsabilité du pharmacien*, essai de maîtrise, Université de Sherbrooke, 1997 [non publié] [Beaudoin]; Jean-Pierre Ménard et Denise Martin, *La responsabilité médicale pour la faute d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 1992 à la p. 110 [Ménard-Martin].

Cette dernière étape comporte un devoir d'information nécessaire à l'observance du traitement prescrit : soit le régime posologique, le mode d'utilisation, les effets attendus, les modalités de renouvellement de l'ordonnance.

Au regard des médicaments distribués en vente libre, en revanche, le pharmacien ne doit que prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer que l'information concernant les précautions et les contre-indications relatives à l'usage de ce médicament soient fournies au client¹⁹. Précisons que cette obligation est distincte de celle du fabricant²⁰.

À la lumière de ce cadre juridique, force est d'observer que l'obligation d'information procède d'un double fondement juridique. Elle vise à assurer le respect de l'intégrité de la personne humaine tout en s'inscrivant dans un plus vaste projet de détection et de prévention des problèmes pharmacothérapeuthiques (section 1.1). En l'absence d'un bassin jurisprudentiel permettant de fixer les balises de cette obligation, un regard croisé sur l'expérience franco-américaine permet peut-être d'anticiper son intensité et son étendue (section 1.2).

1.1 Vers un élargissement des obligations contractuelles du pharmacien?

Deux facteurs permettent de conclure à un élargissement du cercle des obligations contractuelles unissant le pharmacien à son client/patient. Le premier procède de l'émergence d'une sorte d'obligation mixte d'information et de sécurité qui découlerait de

19. *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*, supra note 9 à l'art. 10.

20. Voir à ce chapitre le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, supra note 9, ou la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. 1985, c. F-27. En doctrine, voir Pierre Jr. Legrand, «Pour une théorie de l'obligation de renseignement du fabricant en droit civil canadien» (1981) 26 McGill L. J. 207; Thérèse Leroux et Michelle Giroux, «La protection du public et les médicaments : les obligations du fabricant» (1993) 24 R.G.D. 309 [Leroux-Giroux]; Mathieu Gagné, *Le droit des médicaments*, Cowansville, Yvon Blais, 2005 [Gagné].

l'application conjuguée du cadre législatif particulier ci-avant évoqué, de la théorie générale du droit des obligations²¹ et de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Cette obligation hybride puiserait sa source de la nécessité de protéger le patient contre lui-même, des tiers, ou contre certains effets néfastes causés par les médicaments. Ses ramifications s'observent à travers la jurisprudence québécoise, qui, à ce jour, semble canalisée dans l'obligation de ne pas faire montre de négligence dans la prestation de soins de santé (sous section 1.1.1.). Quant au second facteur, il naît du constat de l'accroissement du rôle des pharmaciens à l'intérieur du système québécois de soins de santé. Au moins deux aspects de l'activité pharmaceutique matérialisent cette nouvelle configuration de la profession : soit la légalisation de l'acte de substitution (lequel permet la permutation d'un médicament non générique indiqué dans l'ordonnance par un médicament générique) ou, plus récemment, l'intervention contraceptive d'urgence²². Ces deux actes illustrent en définitive l'érosion du principe voulant que le pharmacien doive s'abstenir de poser un diagnostic médical²³ (sous section 1.1.2.).

1.1.1 L'exercice non négligent de la prestation professionnelle

Il y a quelques années, des études scientifiques américaines ont permis de dévoiler un nombre élevé d'accidents iatrogènes causés par les médicaments, dont plusieurs sont liés à la prescription, la distribution et la gestion des produits

21. Art. 1375, 1386 et 1434 C.c.Q. conjugués.

22. Les art. 17 et 21 de la *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 déterminent respectivement le domaine des activités réservées, dont la contraception d'urgence, de même que l'exécution de l'ordonnance et la substitution de médicaments ayant une même dénomination commune; par analogie, en France, voir l'art. L. 5121-1 du *Code de santé publique*. Dans certains États, la substitution est par ailleurs obligatoire en vertu du service national de soins de santé : voir le décret du président de la république italienne n° 371/1998 et la loi 405/2001.

23. Voir à ce sujet *Code de déontologie*, *supra* note 10 à l'art. 4.01.01 s).

pharmaceutiques²⁴. Ces données factuelles mettent en lumière l'urgent besoin de renforcer la gouvernance de la sécurité des médicaments; à cet égard, le rôle du pharmacien se révèle prépondérant dans le contexte de l'exécution de l'ordonnance rédigée par un médecin. L'obligation de sécurité – ou de «surveillance», avec le professeur Crépeau²⁵ – émerge notamment du devoir du pharmacien de s'assurer de la teneur de la prescription en cas de doute²⁶, et vise surtout à prévenir les effets néfastes nés de la juxtaposition de différentes thérapies pharmacologiques. Elle consiste généralement en un devoir *ex ante* de prévention des potentiels préjudices corporels, et a comme corollaire la possibilité qui s'offre au pharmacien de refuser d'exécuter une ordonnance s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y va de l'intérêt du patient²⁷.

L'absence d'un bassin jurisprudentiel émanant du domaine de la responsabilité civile qui permettrait de mieux circonscrire les paramètres de la faute invite, sur le plan méthodologique, à l'étude des sanctions liées au non-respect d'obligations déontologiques. Par exemple, la responsabilité disciplinaire d'un pharmacien a été engagée après qu'il eût omis de délivrer au patient le traitement adéquat d'un choc anaphylactique causé par une piqûre d'insecte²⁸. Consulté d'urgence, le médecin lui avait alors prescrit au préalable deux antihistaminiques et la trousse d'urgence

-
24. À ce sujet, voir Jerry Phillips et al., «Retrospective Analysis of Mortalities Associated with Medication Errors» (2001) 58, 19 American Journal of Health-System Pharmacy 1835; Lucian Leape et al., «System Analysis of Adverse Drug Event» (1995) 274 Journal of American Medical Association 35. Plus généralement, consulter le fameux rapport publié par l'Institute of Medicine, *To Err Is Human: Building a safer health system*, 1999.
 25. Voir Paul-André Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 55.
 26. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 3.03.01.
 27. *Ibid.* à l'art. 3.05.03. Voir par analogie le *California Business and Professions Code*, art 4052.
 28. *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Lord*, [1999] D.D.O.P. 207 (C.D. Pha.) [Lord 1999] et [2000] D.D.O.P. 328 (T.P.) [Lord 2000]; requête en révision judiciaire rejetée (*Lord c. Tribunal des professions*, J.E. 2000-1394 (C.S.); désistement d'appel (C.A. du 2001-01-03 no. 200-09-003230-007); sanction du Comité de discipline imposée le 2000-21-12, n° 30-97-01380.

Anakit. C'est muni de son ordonnance que le patient se rendit le lendemain chez le pharmacien où, dans un contexte pour le moins nébuleux, ce dernier lui dispensa les deux antihistaminiques sans lui remettre la trousse de secours. À cette occasion, il lui vendit également un produit homéopathique nommé *Apis Mellifica*.

La plainte disciplinaire formulée par l'Ordre des pharmaciens du Québec (ci-après «OPQ») reprochait à l'intimé d'avoir fait preuve de négligence dans l'exercice de sa profession en remettant au client un produit différent de celui indiqué dans l'ordonnance sans s'enquérir davantage du mode de vie du patient, alors même que celui-ci était appelé à travailler en plein air, loin des hôpitaux²⁹. Le Comité de discipline a acquitté l'intimé, jugeant que ce dernier n'avait effectué aucun acte de substitution illégal en l'absence de preuve permettant d'étayer une telle conclusion³⁰. Par contraste, toutefois, le Tribunal des professions conclut plutôt à une «grande négligence de sa part»³¹ sanctionnant la conduite du professionnel sur la base du non-respect de l'obligation d'information ancrée à l'article 3.02.03 du *Code de déontologie*. Qualifiant même de laxiste l'attitude du pharmacien incriminé, le Tribunal statue ce qui suit : «L'intimé a manqué dangereusement à son devoir de renseignement en limitant comme il l'a fait son action professionnelle»³². Dès lors, la faute qui lui était reprochée devenait celle d'avoir omis d'informer le client

29. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 4.01.01. En France : Angers, 12 mai 1955, *JCP II*. 1995. n° 8948 où la responsabilité du pharmacien fut retenue après qu'il eût vendu une quantité excessive de quinine, provoquant la mort d'un enfant.

30. Le Comité convient néanmoins que : «La cueillette d'information de l'intimé aurait pu être meilleure, plus complète, et son intervention auprès du client plus résolue [...]» *Lord 1999*, supra note 28 à la p. 26.

31. Le Tribunal ajoute dans *Lord 2000*, supra note 28 à la p. 20 : «*Trop d'indices étaient alors présents, [...] pour ne pas avoir réalisé la gravité du cas par cas et avoir renseigné adéquatement celui qui avait recours à ses services, quelques heures à peine après avoir reçu en urgence les premiers soins à l'hôpital suite à un choc allergique*» [nos italiques].

32. *Ibid.* à la p. 20.

des conséquences possibles du défaut d'avoir dispensé les médicaments indiqués à l'ordonnance³³.

De même, une pharmacienne a été reconnue coupable d'avoir commis une négligence dans l'exercice de sa profession lors de l'exécution d'une ordonnance prescrivant du Ritonavir à une posologie de 200 mg deux fois par jour, en l'exécutant plutôt comme suit : Norvir 80 mg/ml à une posologie de 12.5 ml deux fois par jour, soit une dose dix fois plus élevée que celle indiquée par le médecin traitant³⁴. Devant le Comité de discipline, l'intimée invoque une erreur de l'information générée par son système informatique. De fait, elle a eu des doutes quant à la concentration du produit, mais elle s'est toutefois contentée de laisser le soin à un collègue d'effectuer la vérification le lendemain en lui laissant une note. Le Comité a conclu à une attitude négligente de la pharmacienne³⁵.

33. De même signalons l'affaire *Comité-pharmaciens-1*, [1988] D.D.C.P. 233, où le Comité de discipline conclut que le pharmacien doit faire davantage que de vérifier l'authenticité de l'ordonnance et celle du médecin s'il a des motifs de croire que le patient peut en souffrir préjudice ou si les circonstances semblent suspectes.

34. *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Provost* (25 octobre 2001) 30-01-01448 (C.D.). Voir dans le même sens les décisions suivantes non publiées, citées par la plaignante. *Côté c. Tran* (18 janvier 2001) 30-00-01418 (C.D.); *Côté c. Bisailon*, (22 juin 1999 et 13 octobre 1999) 30-98-01408 (C.D.). Selon le Comité : «Lorsqu'une erreur survient dans l'exécution d'une ordonnance, le Comité recherche ses causes et son origine; s'il apparaît que l'acte professionnel du pharmacien a été posé dans des conditions qui n'assurent pas la sécurité requise, s'il apparaît que les critères élevés de diligence et de vigilance qui sont ceux de cette profession n'ont pas été respectés, le Comité conclut à la négligence et impute cette négligence à son auteur». Plusieurs sanctions du Comité de discipline condamnent la négligence dans la distribution du médicament ou de la posologie erronés; voir parmi le vaste nombre d'arrêts à ce sujet : *Côté c. Barber* (20 avril 1999) 30-98-01394 (C.D.); *Lacasse c. Éthier* (14 juin 2001) 30-01-01446 (C.D.); *Normandin c. Deschamps* (10 décembre 1998) 30-98-01396 (C.D.); *Côté c. Wang* (30 avril 1998) 30-98-01388 (C.D.); *Lacasse c. Mathieu*, (26 juillet 2001 et le 12 février 2002) 30-00-01444 (C.D.); *Lacasse c. Bilodeau* (4 septembre 2002 et le 22 novembre) 30-01-01456 (C.D.); *Côté c. Paré* (20 août 1999 et le 19 octobre 1999) 30-99-01410 (C.D.).

35. «L'intimée aurait pu également laisser l'entière responsabilité de l'acte au pharmacien qui, ayant reçu le produit, serait en mesure d'exécuter

Ces affaires illustrent un parcours déontologique qui prend naissance dans l'obligation de diligence des pharmaciens, et qui se prolonge dans l'idée de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes. Il en est de même quant à l'acte de substitution et la thérapie contraceptive d'urgence.

1.1.2 De l'acte de substitution à la thérapie contraceptive d'urgence

L'acte de substitution est défini à l'article 21 de la *Loi sur la pharmacie*. Il prévoit ce qui suit : «Un pharmacien doit exécuter une ordonnance suivant sa teneur intégrale. Il *peut* toutefois, pourvu qu'il en avise le client et qu'il l'inscrive à son dossier, *substituer au médicament prescrit un médicament dont la dénomination commune est la même, à moins d'indication contraire formulée de sa main* par l'auteur de l'ordonnance» [nos italiques]. En ce cas, le pharmacien doit aviser le patient – ou toute personne qui en a la charge – de tout acte de substitution concernant le contenu de l'ordonnance. Il doit de plus indiquer au dossier pharmaceutique du patient la substitution effectuée. De l'opinion de l'OPQ et en cas de nécessité, cette inscription doit prendre la forme d'une note d'évolution justifiant la décision du pharmacien et évoquant, le cas échéant, la discussion avec le prescripteur ou le patient lui-même.

À la différence de certains autres ordres juridiques, ce texte ne définit pas la notion «d'équivalence pharmaceutique», laquelle émane davantage de notions scientifiques³⁶. Or une auteure

l'ordonnance. Elle n'aurait certes pas dû imprimer des étiquettes qui, peu importe la concentration qu'elle croyait la bonne ou la véritable concentration du Norvir, étaient inexactes et risquaient fort d'être apposées telles quelles sur le produit lors de sa livraison» : *Pharmaciens (Ordre professionnel des) c. Provost, ibid.* au para. 44.

36. Sur ce thème, voir surtout Beaudoin, *supra* note 18. Voir aussi Ordre des pharmaciens du Québec, *Guide sur la substitution en pharmacie*, Montréal, 1994, qui définit l'acte de substitution comme étant «[...] l'exécution d'une ordonnance en utilisant un produit pharmaceutique dont le nom commercial est différent de celui prescrit mais dont la dénomination

souligne l'importance de distinguer entre les définitions scientifiques et légales de l'équivalence pharmaceutique, que l'on associe tour à tour (et parfois à tort) aux concepts de «bioéquivalence» et de «dénomination commune»³⁷. Succinctement, elle observe que les critères normatifs sous-jacents à l'acte de substitution ne sont pas garants de l'interchangeabilité du médicament³⁸. Et de s'interroger devant ce constat : «Le législateur se montre-t-il (sic) finalement plus téméraire que le pharmacien qui s'avère plus respectueux à l'égard d'un acte dont les conséquences ne lui sont pas toutes connues?»³⁹. Sans y répondre, rappelons pour l'heure que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire a comme corollaire le respect d'une véritable obligation d'information au patient qui constitue le prolongement du principe plus général de l'inviolabilité de la personne déjà évoqué⁴⁰, lequel se cristallise dans la prérogative des patients à refuser l'acte de substitution pour privilégier le respect de la teneur intégrale de la prescription.

Par ailleurs et depuis 2002, le pharmacien peut prescrire lui-même un médicament destiné à des fins de contraception orale d'urgence et l'exécuter⁴¹, s'il détient l'attestation de formation professionnelle requise à cet effet. Appréhendée du point de vue de l'individu, la contraception orale d'urgence est une pratique qui participe à la fois de la prestation de soins de santé et de l'expression de choix de procréation, dans la mesure où il est ardu de déterminer si un tel traitement pharmaceutique interrompt une

commune est la même.» (p. 6); Ménard-Martin, *supra* note 18 aux pp. 107 et suiv.

37. Beaudoin, *supra* note 18 aux pp. 2 et suiv. D'un point de vue scientifique, elle souligne à la p. 8 que «[...] deux produits peuvent être des équivalents pharmaceutiques, prouvés bioéquivalents mais ils ne sont pas des équivalents thérapeutiques puisqu'ils peuvent, de par leurs ingrédients inertes, causer des maladies.». Les tristes événements relatés par Brian L. Strom, «Generic drug substitution revisited» (1987) 316 *New Eng. J. Med.* 1456, cité par la même auteure, p. 7, témoignent des conséquences désastreuses découlant de la matérialisation de ce risque.
38. Beaudoin, *supra* note 18 à la p. 10.
39. *Ibid.*
40. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 21 et l'art. 3 C.c.Q.
41. *Ibid.* à l'art. 17, al. 2, par. 6.

grossesse ou la prévient⁴². Moins perméable aux passions qui nourrissent le débat bioéthique américain⁴³, c'est dans le but non équivoque de diminuer le nombre de grossesses non planifiées et d'éviter le recours à l'avortement que le gouvernement du Québec, le Collège des médecins et l'OPQ ont jugé bon de faciliter l'accès à la contraception d'urgence en la rendant disponible en pharmacie⁴⁴. Bien que ce traitement ne s'avère pas

42. Voir généralement Christie A. Sherman, «Emergency contraception : the Politics of Post-coïtal contraception» (2005) 61 *Journal of Social Issues* 139.

43. Aux États-Unis, le débat se résout tant bien que mal dans la possibilité qui s'offre au pharmacien de soulever une objection de conscience basée sur ses convictions personnelles. À ce sujet, voir les perplexités exprimées par Julie Cantor et Ken Baum, «The limits of conscientious objection – may pharmacists refuse to fill prescriptions for emergency contraception?» (2004) 351 *New England Journal of Medicine* 2008; et la discussion ultérieure publiée à : «Pharmacists and Emergency Contraception» (2005) 352 *New England Journal of Medicine* 942.

La position de l'ASHP est la suivante : American Society of Health-System Pharmacist, «Conscientious objection by pharmacists to morally, religiously, or ethically troubling therapies» dans *Best practices for hospitals and health-system pharmacy: positions & guidance documents of the ASHP*, Bethesda, Md., 2004-2005 : «ASHP recognizes a pharmacist's right to conscientious objection to morally, religiously, or ethically troubling therapies and supports the establishment of systems that protect the patient's right to obtain legally prescribed and medically indicated treatments while reasonably accommodating the pharmacist's right of conscientious objection» [nous soulignons]; L'État de Washington impose aux hôpitaux – même confessionaux – de rendre accessible la contraception d'urgence aux victimes de viol : le *Wash Rev Code* (ARCW), section 70.41.350 (2004). Au Québec, voir l'art. 26 du projet de *Code de déontologie des pharmaciens* : «Le pharmacien doit informer son patient lorsque ses convictions personnelles peuvent l'empêcher de lui recommander ou de lui fournir des services pharmaceutiques qui pourraient être appropriés, et l'aviser des conséquences possibles de l'absence de tels services. Il doit alors offrir au patient de l'aider dans la recherche d'un autre pharmacien» [nos italiques].

44. *Loi sur la pharmacie*, supra note 8 à l'art. 17, par. 6, autorisant un acte réservé à la profession médicale, art. 31 de la *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9 tel qu'amendée par le *Règlement sur les actes visés à l'article 31 de la Loi médicale qui peuvent être posés par des classes de personnes autres que les médecins*, R.Q. c. M-9, r.1.1. Cet acte doit être effectué dans le respect des prescriptions du *Code civil* visant le consentement aux soins et de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1, où les art. 38 et 39 imposent au pharmacien de signaler au Directeur de la protection de la jeunesse

particulièrement risqué pour la santé des femmes, il n'en reste pas moins que le pharmacien doit tout de même s'assurer que la patiente ne présente pas certaines pathologies ou qu'elle ne soit pas déjà enceinte avant d'agréer sa demande. Dans cette optique, la communication entre le professionnel et sa patiente revêt un caractère primordial.

À ces pouvoirs discrétionnaires étendus pourrait-on encore ajouter le modèle du soin pharmaceutique déjà évoqué, lequel, à l'instar de l'expérience américaine⁴⁵, prévoit que le pharmacien peut «initier ou ajuster, selon une ordonnance, la thérapie médicamenteuse en recourant le cas échéant, aux analyses de laboratoire appropriées»⁴⁶. Ces exemples suggèrent que le rôle dévolu aux pharmaciens par le législateur québécois engendre une responsabilité civile revisitée à l'intérieur de l'ordre juridique québécois. En outre, la reconnaissance de l'obligation d'information qui émerge d'une lecture conjuguée des dispositions pertinentes du *Code civil*⁴⁷, de l'article précité de la loi médicale et de l'article 3.02.02 du *Code de déontologie des pharmaciens* se juxtaposerait aux autres mécanismes d'indemnisation du préjudice corporel subi par les victimes⁴⁸. Les paramètres de cette

(DPJ) toute situation à l'égard de laquelle il a un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement de l'enfant est compromis.

45. Le modèle proposé aux États-Unis est celui du *Collaborative Drug Therapy*, lequel permet au pharmacien d'effectuer le suivi d'une thérapie, de l'interrompre ou de demander de nouvelles analyses. Ceci, en vertu, par exemple, du *Wash. Rev. Code Ann.* 18.64.011, *Wash. Admin. Code*, 246-863-100. À ce propos, voir Jannet M. Carmichael et Janice A. Cichowlas «The Changing Role of Pharmacy Practice – A Clinical Perspective» (2001) 10 *Annuals Health L.* 179; Robert A. Buerki et Louis D. Vottero, «Ethical Responsibility in Pharmacy Practice» (1994) *American Institute of the History of Pharmacy* 7 [Buerki et Vottero]; Roseann B. Termini, «The Pharmacist Duty to Warn Revisited: The Changing Role of Pharmacy in Health Care and the Resultant Impact on the Obligation of a Pharmacist to Warn» (1998) *Ohio N.U.L. Rev.* 55.
46. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 16, al. 2, par. 6.
47. Art. 1434 et 2100, 2102 C.c.Q. : voir notamment, quant à l'étendue du contrat de service, Jacques Deslauriers, *Vente, louage, contrat d'entreprise ou de service*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 aux pp. 576 et suiv.
48. Voir Nicole L'Heureux, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001 [L'Heureux].

responsabilité pourraient éventuellement varier en fonction de l'équipement technologique dont dispose le pharmacien, et du risque que présente généralement le produit.

Pour l'heure, l'analyse de la jurisprudence québécoise ne permet pas encore de conclure que le pharmacien soit débiteur d'une obligation d'information majorée dans l'acte de dispensation⁴⁹. Néanmoins, une telle conclusion pourrait s'éroder au gré de l'essor des normes de droit positif encadrant l'activité professionnelle, de l'évolution de la profession pharmaceutique, des attentes des consommateurs et des politiques publiques plus générales liées aux soins de santé. À cet égard, une analyse de la jurisprudence américaine et française offre quelques pistes fertiles de réflexion.

1.2 Quelques perspectives comparées : l'expérience franco-américaine

En parallèle à l'accroissement des fonctions du pharmacien, se sont visiblement développés aux États-Unis certains principes de responsabilité civile qui s'articulent autour de l'obligation d'information (*duty to warn*). Ce faisant, ceux-ci édulcorent la théorie de l'intermédiaire compétent – la *learned intermediary*

49. Voir généralement Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 1006 [Baudouin et Deslauriers]. Sur la distinction entre l'erreur et la négligence, voir *Ordre des pharmaciens c. Juneau* (20 décembre 2004 et 26 mai 2005), 30-04-01502, où un pharmacien n'a pas exécuté l'ordonnance suivant sa teneur intégrale; de même que les affaires analogues *Normandin c. Deschamps* (10 décembre 1998), 30-98-01396; *Normandin c. Murphy* (17 février 1995) 30-94-01209; *Côté c. Xiang-Yang Wang* (30 avril 1998), 30-98-01388; *Lacasse c. Mihail Soltan* (27 juin 2003), 30-02-01460; *Lacasse c. Bilodeau* (4 septembre 2002), 30-01-01456 ou encore, *Lacasse c. Mathieu* (26 juillet 2001 et 7 novembre 2001), 30-00-01444 : «L'erreur du professionnel est rarement commise de mauvaise foi ou avec une intention malicieuse. Elle est cependant fautive lorsqu'elle provient de faits et d'événements qui auraient dû être prévenus par la mise en application de protocoles, mesures et procédures qui sont ceux et celles de la profession et qui sont appliqués par des membres prudents et diligents. Il en est ainsi de la validation générale d'une ordonnance, comme première étape de son exécution.» [nos italiques].

doctrine – issue de la *common law*; rappelons que cette théorie postule que le médecin est l'unique prestataire de soins de santé vraiment qualifié pour apprécier la condition physique du patient et lui prescrire la thérapie pharmacologique appropriée. Parce que cette théorie repose au surplus sur l'idée que le fabricant est le seul acteur véritablement capable de prévenir les risques; elle cristallise en réalité un compromis entre les intérêts commerciaux des compagnies pharmaceutiques, les bénéfices potentiels de la recherche scientifique et la protection de la santé via l'indemnisation du préjudice corporel⁵⁰.

Pourtant développée à l'intérieur de la relation triangulaire entre le patient, le médecin et le fabricant, elle a été récupérée par les tribunaux pour occulter le fait du pharmacien afin d'imputer une faute soit au médecin, soit aux fabricants eux-mêmes, conférant au premier une forme d'immunité civile *de facto*. Elle suggère que l'idée de reconnaître une certaine discrétion aux pharmaciens quant à l'acte pharmaceutique équivaldrait à leur permettre d'exercer illégalement la profession médicale : elle réitère implicitement (et souvent à tort) le rôle passif du pharmacien. Même si, dans l'appréciation de la faute professionnelle, les différents États cherchent tous à maintenir un équilibre entre le monopole que détient l'ordre professionnel et la protection du public, plusieurs d'entre eux n'admettent pas encore que le pharmacien dispose d'une certaine latitude dans l'exercice de ses fonctions⁵¹, ni même qu'il doive informer le patient d'un

50. Voir Steven W. Huang, «The Omnibus Reconciliation Act of 1990: Redefining Pharmacist's Legal Responsibility» (1998) 24 American Journal of Law and Medicine 417; Karina Fox, «A Weighty Issue: Will Pharmacists Survive the Fen-Phen Fedding Frenzy?: Kohl v. American Home Products Corporation and the Pharmacist' Duty to Warn of the Dangers of Prescription Drugs» (2001) B.Y.U.L. Rev. 1349; Chester Chuang, «Is There a Doctor in the House? Using Failure to Warn Liability to Enhance the Safety of Online Prescribing» (2000) 75, number 5 New York University Law Review 1452 à la p. 1467. En jurisprudence, voir *Lesley v. West*, 518 N.E. 2d 758 (Ill. Ct. App. 1998); *Laws v. Johnson*, 799 S.W. 2d 249 (Tenn. Ct. App. 1990); *Reyes v. Wyeth Lab.*, 498 F. 2d 1264 (5th Cir. 1974) et *Coyle v. Richardson Merrell Inc.*, 584 A. 2d 1383 (Pa. 1991).

51. Certaines dispositions maintiennent l'approche traditionnelle : *Cfr. Tenn. Cod Ann.* 63-10-207(1) : «All prescriptions shall be filled in strict conformity

potentiel de risque pour sa santé ou de la présence d'effets secondaires⁵², sauf si la prescription est manifestement erronée⁵³. En ce sens, la Cour d'appel de l'Illinois statuait, en 1993, ce qui suit : «To impose a duty to warn on the pharmacist would be to place the pharmacist in the middle of the doctor-patient relationship, without the physician's knowledge of the patient [...]»⁵⁴. C'est dire qu'en agissant en conformité avec l'ordonnance, donc, le pharmacien jouirait d'une immunité juridique.

with any directions of the prescribing physician [...] as are contained on the prescriptions» et *l'Indiana Code* (1993), dont les sections 25, 26, 13 et 16(b)(3) prévoient l'immunité pénale et civile du pharmacien qui, de bonne foi, refuse d'honorer une prescription qui pourrait porter atteinte à la santé ou à la sécurité du patient. En jurisprudence, voir *Hooks SuperX v. McLaughlin*, 642 N. E. 2d 514 (Ind. 1994), commentée par Bill Hotopp, «Hook's SuperX v. McLaughlin: Pharmacists' Duty Toward Their Patients» (1997) 6 J. Pharmacy & L. 35.

52. Par exemple *Adkins v. Mong*, 425 N.W. 2d 151 (Mich. Ct. App. 1988), où la Cour s'est refusée de reconnaître un devoir d'agir en présence d'une prescription valide : dans le même sens, voir également *Stebbins v. Concord Wrigley Drugs Inc.*, 416 N.W. 2d 381 (Mich. Ct. App. 1987); *Kintigh v. Abbott Pharmacy*, 503 N.W. 2d 657 (Mich. Ct. App. 1993); *Pysz v. Henry's Drug Store*, 457 So. 2d 561 (Fla. Dist. Ct. App. 1984); *Jones v. Irving*, 602 F. Supp. 399 (S.D. Ill. 1985); *Elridge v. Eli Lilly & Co.*, 485 N.E. 2d 551 (Ill. App. Ct. 1985) et les autres décisions signalées par Jill Casson Owen, «The Pharmacist's Duty to Warn: Lasley v. Shrake's Country Club» (1995) 37 *Ariz. L. Rev.* 677 à la p. 769 et Paul R. Asbury, «Pharmacist Liability: The Doors of Litigation are Opening» (2000) 40 *Santa Clara L. Rev.* 907.
53. Voir *Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*, 841 S.W. 2d 223 (Mo. Ct. App. 1992) [*Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*].
54. Voir *Fakhouri v. Taylor*, 618 N.E. 2d 518 (Ill. Court of Appeal 1993). Dans le même sens: voir *Happel v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 316 Ill. App. 3d 621 (2000); *Mc Kee vs. American Home Products Corp.*, 782 P. 2d 1045 (Wash. Sup. Court 1989), cas où fut nié à la victime le droit à l'indemnisation sur la base de l'absence d'un devoir d'informer le patient des risques de dépendance d'un réducteur d'appétit. En droit anglais, voir Pamela R. Ferguson, «Liability for Pharmaceutical Products: A Critique of the «Learned Intermediary» Rule» (1992) 12 *Oxford J. Legal Stud.* 68 et Sue Sharpe, «The Pharmacist and Supply of Medicine» dans John O'Grady et al, dir., *Medicines, Medical Devices and the Law*, Londres, GMM, 1999 68. Au Québec, voir sur le sujet Leroux-Giroux, *supra* note 20 à la p. 335, selon qui «il y aurait donc au Québec reconnaissance de principes similaires à la doctrine de l'intermédiaire compétent, sans nécessité d'y référer expressément».

Une autre célèbre décision rendue par la Cour d'appel du Texas illustre l'incidence de la théorie de l'intermédiaire compétent sur la détermination de la faute du pharmacien dans une affaire impliquant la mort d'un patient causée par les effets secondaires du Desipramine, un médicament utilisé pour réduire l'hyperactivité⁵⁵. À cette occasion, l'indemnisation du préjudice souffert fut réclamée par les parents de l'adolescent, qui alléguèrent que le pharmacien aurait dû les informer des importants effets secondaires provoqués par le médicament. Bien que la Cour – renversant au passage le jugement de première instance –, souligne en *obiter dictum* le rôle vital des pharmaciens dans la prestation des soins de santé⁵⁶, elle s'autorise néanmoins de la fameuse théorie de l'intermédiaire compétent pour conclure à l'absence de faute du pharmacien.

En revanche, d'autres décisions américaines ont conclu à l'existence d'une obligation d'information, bien qu'elles n'annoncent pas, en raison de leur caractère somme toute isolé, l'essoufflement du principe de non-imputabilité cristallisé par la jurisprudence. Dans une première affaire où le préjudice corporel fut causé par un cumul d'alcool et de médicaments, la responsabilité du pharmacien a été retenue sur la base d'une obligation fiduciaire dont serait débiteur le professionnel à l'endroit du patient, d'une intensité suffisante pour faire naître une obligation d'information particulière envers lui⁵⁷. Dans un

55. Voir *Morgan v. Wal-Mart Stores inc.*, 30 S.W. 3d 455 (Tex. App. Austin 2000).

56. *Ibid.* au par. 45. Selon la Cour : «We understand that modern pharmacies employ advanced computer systems that can analyze drug interactions in seconds, thus preventing the sale of potentially fatal drugs to consumers, and we encourage the use of such systems. Nonetheless, in light of the learned intermediary doctrine, which we find applicable to the relationship among physician, patient, and pharmacist, we hold that pharmacists have no generalized duty to warn patients of potential adverse reactions to prescription drugs absent some special circumstances not present here.» (Juge Patterson, [nos italiques]; *Contra: Baker v. Arbor Drugs Inc.*, 544 N.W. 2d 1129 (Mich. Ct. App. 1996). En doctrine, voir sur ce thème Ivelisse Cruz, «The Pharmacist and Patient Counseling: Models for Imposing Liability» (1995) 4 J. Pharmacy & L. 237.

57. *Hand v. Krakowski*, 453 N.Y.S. 2d 121 (N.Y. App. Div. 1982).

second cas où tant le médecin que le pharmacien avaient omis d'indiquer la posologie maximale, la Cour conclut, devant la preuve qu'une dose exagérée de médicaments avait provoqué un préjudice corporel permanent :

*In the instant case the pharmacy had a legal duty to exercise due care and diligence in the performance of its professional duties. [...] Morgan Pharmacy breached that duty by failing to warn the patient or notify the prescribing physician of the obvious inadequacies appearing on the face of the prescription which created a substantial risk of serious harm to the plaintiff.*⁵⁸

Dans la foulée de cette décision, d'autres tribunaux ont étendu la responsabilité du pharmacien pour le préjudice résultant de la consommation de médicaments incompatibles entre eux, ou en présence d'effets secondaires importants⁵⁹. Au Missouri, par exemple, le cas d'un patient décédé après avoir absorbé une combinaison hautement toxique de médicaments a abouti devant les tribunaux⁶⁰. À la fois inquiet devant l'irrégularité de la prescription et conscient des risques encourus par le patient, le pharmacien a pris l'initiative d'informer le médecin de

-
58. *Riff v. Morgan Pharmacy*, 508 A 2d 1247 (Pa. uper. Ct. 1986) à la p. 1252.
 59. Voir par exemple *Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*, 880 P. 2d 1129 (Ariz. Ct. App. 1994) [*Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*]; *Dooley v. Everett*, 805 S.W. 2d 380 (Tenn. Ct. App. 1991).
 60. *Horner v. Spalitto*, 1 S.W. 3d 519 (Mo. Ct. App. 1999) [*Horner v. Spalitto*], commentée par Michele L. Hornish, «Just what the Doctor-Or Was It?: Missouri Pharmacist's Duty of Care in the 21st Century» (2000) 65 Mo. L. Rev. 1075; et renversant l'affaire *Kampe v. Howard Stark Prof'l Pharmacy Inc*, supra note 53. Voir également *Cafarella et al. v. Brockton Oaks CVS, Inc*, 5 Mass. L. Rep. 257 (1996); 1996 Mass. Super. Lexis 421, où une fillette est décédée des suites d'une crise d'asthme aiguë causée par un excès de médication. La Cour statue : «The CVS conduct of overriding the computer warning system for insurance payment purposes in order to provide refills earlier than prescribed may have been an unfair practice by creating dangerous conditions which can potentially cause substantial injury to consumers» (p. 30). Par ailleurs, la Cour suprême de l'Indiana a développé des critères qui permettent de constater (ou pas) l'existence d'une obligation d'information : seront notamment pris en compte la nature de la relation entre les parties et la prévisibilité du dommage : voir *Webb v. Jarvis*, 575 N.E. 2d 992 (Ind. Sup. Ct. 1992).

l'imminence du danger; ce dernier lui ayant confirmé l'exactitude du traitement. La Cour d'appel a affirmé l'existence d'un devoir d'information à l'endroit du patient, soulignant la qualité de professionnel du pharmacien et mettant en exergue cette obligation autonome dont il est débiteur. Elle statue qu'il se devait d'informer le patient de l'ampleur de certains effets secondaires connus et ne devait se limiter à vendre sans autre formalité la quantité de médicaments indiqués par le médecin.

Bien qu'elle ne consacre pas encore tout à fait clairement l'extension du domaine de la responsabilité professionnelle (sur une base contractuelle) des pharmaciens, l'analyse de la jurisprudence américaine illustre en revanche l'usure progressive du paradigme voulant que le médecin soit l'unique responsable du traitement pharmacologique. En particulier, ce parcours suggère que l'intensité de l'obligation d'information soit tributaire à la fois de la nature particulière des médicaments, de même que de la connaissance, par le pharmacien, du profil du patient⁶¹. Si un tel raisonnement semble propre à la dynamique de la *common law*, force est de constater qu'un résultat analogue se profile en droit français, dans le contexte de l'application des principes généraux de la responsabilité contractuelle⁶². Dans une affaire où le pharmacien a omis d'obtenir, auprès du médecin, la confirmation de la durée du traitement médical de sa cliente, la responsabilité lui fut imputée dans une proportion de 70% pour s'être fié à des instructions erronées⁶³. Ce partage de responsabilité peu orthodoxe entre le pharmacien, l'infirmière et le médecin témoigne peut-être, à l'instar de la position américaine, de l'évolution d'un

-
61. Voir la critique de Jaclyn Casey, «Note: Prescription for Compromise: Maintaining Adequate Pharmacist Care Contraindicates Imposition of a General Duty to Warn» (2006) 17 Wash. U.J.L. & Pol'y 287; de même que Lauren Fleischer, «From Pill-Counting to Patient Care: Pharmacists' Standard of Care in Negligence Law Note» (1999-2000) 68 Fordham L. Rev. 165.
62. Voir Trib. civ. Clermont-Ferrand, 18 octobre 1950, Gaz. Pal. 1950, 2, 396, qui est à l'origine de la reconnaissance du fondement contractuel de la relation unissant le patient au pharmacien.
63. C.A. Paris, 6 avril 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, Som. 47.

devoir de prévention des risques dont doivent s'acquitter les professionnels.

Par contraste, cependant, aucune faute civile n'a été imputée à un pharmacien qui, lors d'une affaire dont les faits évoquent l'affaire américaine *Horner v. Spalitto*, s'est enquis à nouveau de la teneur de l'ordonnance auprès du médecin⁶⁴, ni au pharmacien qui omit de mettre en garde son patient contre les effets secondaires découlant de la prise simultanée de certains médicaments⁶⁵, et malgré la présence de l'art. R.5015-48 du *Code de santé publique* qui aménage pourtant une double obligation d'information et de conseil dont est débiteur le pharmacien, parvenant ainsi à une solution contraire à l'affaire américaine *Lasley v. Shrake's Country Club Pharmacy*. Toutefois, la responsabilité du pharmacien a été retenue lorsqu'une confusion sémantique entre la dénomination de deux médicaments (Indusil, un anti-inflammatoire *versus* Indocid, un anabolisant) à même l'ordonnance, causa la mort tragique d'un nourrisson, et où la Cour statua que le pharmacien se devait d'alerter soit le médecin, soit les parents, de la dangerosité de l'ordonnance, au risque de se transformer en «simple épicier»⁶⁶.

Cet exercice de comparaison n'est pas réellement convainquant lorsqu'il s'agit de dégager un courant jurisprudentiel prédominant. Il devient alors possible de poser l'hypothèse que l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle du médecin ne saurait être attribuable à la classique dichotomie entre la *common law* et la tradition de droit civil. Cette observation s'explique peut-être par le fait que l'érosion des monopoles professionnels et, avec elle, l'abolition de privilèges historiques⁶⁷ s'exprime davantage à travers le filtre d'une forme d'éthique

64. Cass. civ., Gaz. Pal., 1979, 2, 418.

65. C.A. Caen, 15 juillet 1993, J.C.P. 1993, IV, 2477.

66. Trib. Gr. Inst. 4 mai 1970, Bull. Ordre Pharm. n°130, 1970, 1037, commentée par Eric Fouassier, «Responsabilité civile liée au médicament industriel : la nouvelle donne» (1998) *Revue de droit sanitaire et social* 296 [Fouassier, «Responsabilité»].

67. Voir, *ex plurimis* sur ce thème, Husson, *supra* note 2 à la p. 1; Savatier, *supra* note 2 à la p. 74.

individuelle que revendiquent tour à tour les pharmaciens. L'absence de consensus expliquerait le caractère quelque peu balkanisé de la jurisprudence franco-américaine. Un équilibre est à atteindre entre une immixtion non souhaitée du pharmacien dans le contrôle et la teneur de l'ordonnance et sa soumission aveugle aux ordres des médecins⁶⁸. C'est peut-être dans cette optique que le projet de *Code de déontologie des pharmaciens* dispose à son article 33 que : «Lorsqu'il fournit un service pharmaceutique à un patient, le pharmacien doit évaluer et assurer l'usage approprié de sa thérapie médicamenteuse afin notamment de détecter et de prévenir les problèmes pharmacothérapeutiques». Comment, dès lors concilier le caractère impersonnel de la vente à distance de médicament avec la consécration d'un rôle plus actif pour les pharmaciens à l'intérieur de la prestation de soins de santé? C'est à cette interrogation que tentent de répondre les propos suivants.

2. Le déséquilibre de la relation patient/pharmacien causé par la vente à distance des médicaments

Dans le domaine des soins de santé, le commerce électronique renforce le principe de l'autonomie du patient en l'invitant à pratiquer l'automédication. Il déséquilibre en quelque sorte la relation qui unit le pharmacien au patient en atrophiant l'importance normalement accordée à l'acte pharmaceutique, puisqu'en raison de la distance qui les sépare, ce dernier n'est pas toujours dans la meilleure position pour offrir un service personnalisé, respectueux de «[...] l'échelle de valeurs et [d]es convictions personnelles de son patient lorsque ce dernier l'en informe»⁶⁹, voire même, «[...] des droits et libertés fondamentaux

68. Cet équilibre est particulièrement difficile à atteindre au regard des prescriptions «dangereuses» : voir Michel Duneau, «Le contrôle du pharmacien d'officine sur les prescriptions dangereuses» (1995) 3 *Gazette du Palais* 917; selon l'auteur, celui-ci se cristallise en partie dans le droit de refus de dispenser certains médicaments.

69. *Code de déontologie*, supra note 10 à l'art. 3.01.05. Le *Projet de code de déontologie précité*, supra note 1, prévoit ce qui suit : «Le pharmacien doit chercher à établir et à maintenir avec son patient une relation de confiance

des patients»⁷⁰. Si le commerce électronique émerge en tant que nouvel espace de négoce virtuel, il tend à rapprocher le médicament aux autres produits de consommation pour lesquels l'appréciation des risques incombe aux consommateurs : *caveat emptor*.

Force est d'admettre que les problèmes de la vente à distance ne naissent certes pas de l'avènement du commerce électronique : les monopoles détenus par les ordres professionnels ont toujours posé un obstacle à la prescription et à la vente de médicaments comportant un élément d'extranéité. Rappelons que dès 1988, le Comité de discipline sanctionnait un pharmacien ayant vendu des médicaments à une patiente américaine, parce que l'ordonnance présentée par elle avait été émise par un médecin ne détenant pas un permis d'exercice valide au Québec⁷¹. Si la pharmacie-Internet n'altère pas *per se* les principes juridiques qui président à la distribution des médicaments, faut-il à tout le moins convenir que celle-ci avive toutefois certaines problématiques nées de l'incidence plus générale de la mondialisation sur la responsabilité des professionnels. En outre, les caractéristiques du commerce électronique (*in primis* son caractère impersonnel et souvent transfrontalier) et les particularités de la vente de produits pharmaceutiques font converger les objectifs de la protection de la santé, de la libre concurrence⁷², de l'autonomie des patients et de la protection des

et *s'abstenir d'exercer la pharmacie d'une façon impersonnelle*, [nos italiques].

70. *Ibid.* à l'art. 3.01.06.

71. *Durand c. Bock* (3 mai 1989), 30-88-01011 (C.D. pha.). Bien que le pharmacien ait respecté toutes les procédures américaines liées à l'importation de médicaments, le Comité souligne qu'il n'a toutefois pas respecté la *Loi sur la pharmacie* et ses règlements. Cette décision confirme, *mutatis mutandis*, l'impossibilité de vente à distance de médicaments en l'absence d'une ordonnance signée par un professionnel membre du Collège des médecins du Québec.

72. Cet aspect est fortement limité par le devoir d'exercer la profession de manière non-mercantile prévue aux différents codes de déontologie : Jean Lorenzi, *Les responsabilités du pharmacien*, Paris, Litec, 2002 à la p. 36.

consommateurs⁷³. Car en marge du fait que le commerce électronique puisse permettre à ces derniers de se procurer illégalement des médicaments, il pose tous les avantages de la vente à distance : soit un meilleur accès aux médicaments pour les patients vivant loin des centres urbains, ou pour les personnes à mobilité réduite⁷⁴.

Pour les civilistes, néanmoins, la pharmacie-Internet soulève avant tout l'importante problématique d'évaluer la portée et les modalités de l'information qui doit être transmise à l'occasion de la vente, et cela, en l'absence d'une rencontre physique entre le pharmacien et son client⁷⁵. Une analyse du cadre législatif de la vente à distance de médicaments québécois (section 2.1) précède l'analyse de la solution préconisée par la Cour de justice des Communautés européennes (section 2.2).

2.1 Le cadre législatif québécois de la vente à distance de médicaments

L'achat-vente de médicaments est assujéti aux dispositions générales du *Code civil* visant les contrats nommés, de même qu'aux obligations périphériques dictées notamment par le *Code de déontologie* et les règlements qui en émanent. Si l'acte juridique

73. Voir Sean P. Haney, «Pharmaceutical Dispensing In The «Wild West»: Advancing Health Care and Protecting Consumers Through the Regulation of Online Pharmacies» (2000-2001) 42 Wm. & Mary L. Rev. 575.

74. Pour un exposé des avantages et des inconvénients, voir Roscam Abbing, «Internet, the Patient and the Right to Care for Health» (2000) 7 Eur. J. Health L. 21; Marie-Eve Pancrazi, «L'e-commerce des produits de santé : dimension internationale» (2002) mars-avril Gazette du palais 534; ou Anne Laude, «L'e-commerce des produits de santé» (2002) mars-avril Gazette du Palais 529.

75. La validité de «l'ordonnance-Internet» dépasse le cadre de notre réflexion. À ce sujet, voir toutefois Katrina Armstrong, J. Sanford Schwartz et David A. Asch, «Direct Sale of Sildenafil (Viagra) to Consumers over the Internet» (1999) 341 New Eng. J. Med. 1380 [Armstrong, Schwartz et Asch]; Kara M. Friedman, «Internet Prescribing Limitations and Alternatives» (2001) 10 Annuals Health L. 139 et *American Medical Association, Board of Trustees Report 35, Internet Prescribing: an Interim Report*, 1999; également le *California's Business and Profession Code* à l'art. 2242.1, qui interdit l'ordonnance par Internet de médicaments «dangereux».

qui intervient entre les parties ne présente *a priori* aucune caractéristique particulière, le bien qui en fait l'objet, tout comme la qualité de la personne du vendeur, sont conditionnés au respect de plusieurs exigences liées au potentiel de risque que présentent les médicaments. D'abord, rappelons que tous les médicaments disponibles en vente libre sur le marché doivent être homologués par l'autorité canadienne compétente, c'est-à-dire qu'ils doivent détenir une autorisation de mise en marché délivrée par le ministère de la Santé⁷⁶. Ensuite, tous les pharmaciens doivent être membres de l'OPQ afin de pouvoir délivrer des médicaments qui sont soumis à une ordonnance médicale, ou dont la vente est affectée de restrictions quant à leur accessibilité. Enfin, certains médicaments ne peuvent être dispensés qu'à la suite d'une ordonnance écrite de la main d'un médecin.

Face à l'élément d'extranéité que comporte parfois la vente à distance, le lieu de la formation du contrat prend un intérêt particulier parce qu'il détermine le contenu obligationnel du contrat (section 2.1.1.). En particulier, une telle vente met à jour plusieurs incertitudes de nature déontologique en raison de l'absence d'une rencontre entre le pharmacien et son client (section 2.1.2). Si la vente à distance de médicaments n'est pas née de l'ère électronique, faut-il souligner que cette dernière a largement contribué à augmenter le flux des échanges non plus sur la base de simples considérations pratiques, mais bien au regard d'une importante variation des prix susceptible de stimuler les pulsions consuméristes.

2.1.1.1 La vente de médicaments et l'élément d'extranéité

Le lieu de la formation du contrat prend une importance toute particulière pour tout pharmacien membre de l'OPQ qui aspire à vendre des médicaments à l'extérieur de la province de Québec, ou qui, vice-versa, est titulaire d'un portail Internet sollicitant indirectement des clients domiciliés à l'extérieur des

76. *Loi concernant les aliments, drogues, cosmétiques et instruments thérapeutiques*, L.R.C. (1985) c. F-27 [*Loi sur les aliments et drogues*]. Sur le sujet, voir notamment Gagné, *supra* note 20.

frontières du Québec. Ce rapport contractuel interagit alors avec la responsabilité des médecins, dans la mesure où il a pour objet un médicament vendu sous ordonnance. Sur le plan technique, certains paramètres permettent d'encadrer les modalités de transmission d'une ordonnance émise par un médecin : l'utilisation du télécopieur, par exemple, est soumise au respect de certains critères de fidélité⁷⁷. Aussi, la *Loi sur la pharmacie* prévoit que l'ordonnance peut être donnée par un professionnel de la santé autorisé par une loi du Québec ou de toute autre loi émanant d'une autre province ou territoire canadien, qui, si elle s'appliquait au Québec, serait autorisée à le faire⁷⁸. Il en découle que les ordonnances émises par des médecins américains, par exemple, ne sauraient être honorées dans les pharmacies québécoises.

À ce sujet, une décision rendue en 1931 par la Cour du banc de la Reine conserve aujourd'hui toute sa pertinence⁷⁹. Les faits sont d'une apparente banalité : depuis Toronto, la compagnie ontarienne *Eaton* offrait à la vente au détail, par catalogue, certains médicaments dont la libre distribution était interdite au Québec. Né d'une procédure pénale intentée par l'Association pharmaceutique de la province de Québec – devenue l'Ordre des pharmaciens – contre *Eaton*, le débat s'articulait autour de la délicate question de qualifier juridiquement cet acte de sollicitation afin d'en déterminer la loi applicable. Dans cette optique, la Cour se devait de déterminer si l'envoi d'un catalogue à des acheteurs potentiels québécois constitue bien une offre de contracter, laquelle, à la différence de la simple invitation à

77. Voir *supra* note 16, les six règles édictées conjointement par le Collège des médecins du Québec et l'Ordre des pharmaciens du Québec : soit que l'ordonnance soit signée par le médecin, qu'elle soit transmise du bureau du prescripteur, qu'elle porte le nom du destinataire, qu'elle ne comporte pas de stupéfiants ou autres substances susceptibles d'abus (auquel cas elle doit être reconfirmée par téléphone), qu'elle soit suivie ultérieurement de l'original de l'ordonnance.

78. *Loi sur la pharmacie*, *supra* note 8 à l'art. 1 j).

79. *Ass. Pharmaceutique de Québec c. Eaton*, (1931) 50 B.R. 482 [Ass. Pharmaceutique de Québec], commentée notamment par Maurice Tancelin et Daniel Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9^{ème} ed., Montréal, Wilson et Lafleur, 2006, p. 42.

contracter, permettrait l'application de la *Loi de la pharmacie* en vertu de la théorie du lieu de l'acceptation des éléments essentiels par l'offrant. Après avoir analysé dans le détail l'esthétique du catalogue dont il est question, la Cour est parvenue à la conclusion que le contrat avait été formé en Ontario, dès lors que le catalogue contenait tous les éléments du contrat envisagé. De l'opinion non équivoque de la Cour : «... le contrat ne prend effet que de la connaissance acquise par le pollicitant de l'acceptation de son offre. Cette acceptation est parvenue à la défenderesse à Toronto»⁸⁰. Par voie de conséquence, cette vente échappait ainsi aux prescriptions de la *Loi sur la pharmacie* québécoise, ainsi échappait-elle au contrôle du monopole professionnel pharmaceutique québécois⁸¹.

Cet exemple, qui évoque les premiers balbutiements de la société de consommation, revêt aujourd'hui une pertinence renouvelée dans le contexte des échanges électroniques. Pour preuve, des faits analogues ont notamment donné naissance à deux litiges sous l'égide de la *Loi sur la pharmacie* et du *Code des professions* au regard de la vente à distance de médicaments par Internet. Dans la première affaire, l'Ordre professionnel des pharmaciens avait reproché à la société *Le Pharmacy*, établie au Québec, d'avoir vendu à des Américains certains médicaments en contravention à la *Loi sur la pharmacie*⁸². Apposant une étiquette sur le contenant des produits, la société incriminée honorait des ordonnances contresignées par des membres du Collège des médecins du Québec. La Cour du Québec devait se pencher sur la question de déterminer si la vente de médicaments hors des frontières du Canada depuis une société montréalaise (et dont le dirigeant n'est pas inscrit au Tableau de l'Ordre des pharmaciens),

80. *Ibid.* à la p. 498 (J. Dorion).

81. C'est cette solution que codifient d'ailleurs les art. 1386, 1388 et 1389 C.c.Q.

82. Il s'agit de l'affaire *Collège des pharmaciens de la province de Québec c. Le Pharmacy inc.* (26 août 2004), 500-061-162678-032 (C.Q.) à l'opinion du J. Perreault [Le Pharmacy inc.]. L'argument des défendeurs visant à prouver l'existence d'un mandat unissant le client à la pharmacie Internet avait alors été rejeté par la Cour.

contrevient à la *Loi sur la pharmacie*⁸³. Dans la seconde affaire, la compagnie incriminée *Prescription4US* visait l'annulation d'un mandat de perquisition obtenu, de son avis, en excès de juridiction.

Cherchant tous deux à se soustraire de la juridiction des tribunaux québécois, les défendeurs *PrescriptionUS* et *Le Pharmacy* alléguaient que le contrat avait été conclu aux États-Unis. Appréhendé à la lumière des dispositions du *Code civil* et à l'instar de l'affaire *Eaton*, ce litige interpelle les articles visant le lieu de formation des contrats, soit les articles 1386 C.c.Q. et suivants et ceux relatifs au contrat nommé qu'est la vente (articles 1708 C.c.Q. et suivants). D'entrée de jeu et à juste titre, la Cour convient que le medium d'Internet n'est qu'un moyen de communication entre les potentiels patients américains et les sociétés montréalaises visées. Elle observe que : «Le fait que le client sache ou ne sache pas de quelle pharmacie proviennent ses médicaments n'est aucunement pertinent»⁸⁴. Le tribunal conclut que la pharmacie virtuelle – qui n'a de virtuel que le nom – : «invite les consommateurs à contracter avec elle pour la fourniture et la livraison de médicaments»⁸⁵. Il en découle que lesdites sociétés

83. Il s'agit de l'affaire *Ordre des pharmaciens du Québec c. Prescriptions 4US inc.*, (3 juin 2005), 500-61-176333-038 (C.Q.). Voir aussi *Ordre des pharmaciens du Québec c. MediTrust Pharmacy Services inc.*, (3 novembre 1994), Montréal 500-09-000198-945 (C.A.) [MediTrust Pharmacy Services inc.] : dans cette affaire, une injonction interlocutoire a été émise dans le but d'interdire à l'intimée (pourtant autorisée à exercer la profession pharmaceutique au Nouveau-Brunswick) de faire toute publicité destinée au public québécois et qui pourrait porter à croire qu'elle est autorisée à exercer la profession de pharmacien au Québec, et de lui interdire au surplus de vendre ou de livrer à quiconque au Québec tout médicament, qu'il ait été prescrit par un médecin au Québec ou pas.

84. *MediTrust Pharmacy Services inc.*, *ibid.* au par. 55.

85. *Ibid.* au par. 76. La Cour s'autorise des conclusions auxquelles était parvenue la Cour supérieure, saisie d'une procédure en cassation de l'émission d'un mandat de perquisition; *Prescriptions 4US Inc. v. Ordre des pharmaciens du Québec et Juge Gilles Michaud*, (25 juin 2004), 500-36-003204-032 (C.S.), et pour qui «The purchaser, M. Lewis, was on a computer. While the location of this computer is not given, it could have been anywhere [...] Thus, the place of offer and the place where the

revêtaient la qualité d'offrantes, et enfreignaient dès lors l'article de la *Loi sur la pharmacie*⁸⁶.

Par conséquent, les pharmacies Internet ont été reconnues coupables des infractions que lui reprochait le syndicat puisqu'en définitive, elles ont vendu des médicaments à des clients sans pour autant être membres de l'Ordre des pharmaciens du Québec. Il en ressort que l'élément d'extranéité qui teinte le contrat intervenu entre les parties ne saurait permettre aux intermédiaires de marché de créer un marché parallèle à celui qui est l'apanage de l'ordre professionnel. Ce résultat s'explique à la lumière d'éléments déontologiques qui légitiment le maintien du monopole professionnel pharmaceutique, en même temps qu'il confirme que la vente à distance de médicaments est soumise aux mêmes obligations déontologiques que le rapport contractuel à l'occasion duquel les parties sont en présence l'une de l'autre.

2.1.2 Quelques perspectives déontologiques

Au-delà de la problématique née de la détermination du lieu de la formation du contrat, force est de convenir que la vente à distance de médicaments contraste avec les nouveaux besoins exprimés par les consommateurs – et les pharmaciens eux-mêmes – d'un rapport davantage personnalisé. L'intensification de ce rapport contractuel est d'ailleurs promu par les associations professionnelles : il est reconnu par le droit positif de certains ordres juridiques, dont le Québec⁸⁷.

Paradoxalement, toutefois, le commerce électronique tend à repousser cette dimension personnaliste au profit d'une approche davantage centrée sur le produit (en l'occurrence, le médicament).

acceptance was received by the vendor, RX4US, are identical – namely, Montreal, Quebec» (J. Cohen).

86. Soulignons toutefois qu'il n'est nulle trace, dans ces affaires, de l'application de la L.p.c. Voir à ce propos *infra*, section 3.2.

87. Voir l'art. 23 du *projet de Code de déontologie*, *supra* note 1 : «Le pharmacien doit chercher à établir et à maintenir avec son patient une relation de confiance et s'abstenir d'exercer la pharmacie d'une façon impersonnelle».

Il porte quelquefois à son paroxysme l'aspect mercantile lié au contrat de vente, aspect pourtant prohibé par la plupart des normes de pratique professionnelles⁸⁸. À cet égard, le risque que pose la vente par Internet est qu'elle constitue un service facilement accessible et qu'elle expose davantage les clients à un nouvel «hédonisme pharmacologique»⁸⁹ qui suggère que le jugement du patient profane se substitue à celui du pharmacien – voire celui du médecin – éclairé de la seule publicité qu'il trouve à portée de main⁹⁰. Toutefois, un tel raisonnement s'appuie souvent sur le postulat fallacieux voulant que le patient soit en mesure d'évaluer sa propre condition physique d'une part, et, de l'autre, qu'il puisse décider lui-même du traitement adapté à son autodiagnostic⁹¹; si la vente à distance milite en faveur du respect de la vie privée des personnes, encore faut-il convenir que la maxime *caveat emptor* sied fort mal la prestation d'un service pharmaceutique.

De cette tension naissent les multiples préoccupations liées à la quantité et, surtout, la qualité des informations directement fournies par le fabricant au consommateur⁹². Ceci devient encore

-
88. Pour des données factuelles concernant les pharmacies Internet aux États-Unis, voir Sara E. Zeman, «Regulation of Online Pharmacies: A Case for Cooperative Federalism» (2001) 10 *Annals Health L.* 105, ou Kerry Toth Rost, «Policing the “Wild West” World of Internet Pharmacy» (2001) 55 *Food & Drug L. J.* 620.
89. Buerki et Vottero, *supra* note 45 à la p. 3.
90. Voir Howard Latin, «“Good” Warnings, Bad Products, and Cognitive limitations» (1994) 41 *UCLA L. Rev.* 1193, ou du côté de la France, Pierre Sargos, «L'information sur les médicaments – Vers un bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités» (1999) *JCP éd. G, I*, 144.
91. Voir Leroux et Giroux, *supra* note 20 à la p. 325.
92. Pour une recension des études qualitatives ayant évalué la qualité de l'information transmise sur Internet, voir Bridget Coleman, «Producing an information leaflet to help patients access high quality drug information on the Internet: a local study» (2003) *Health information and Libraries Journal* 169. Une autre étude souligne également le fait que le pharmacien, malgré certaines croyances, est mal préparé pour exercer son devoir de conseil au regard des médicaments vendus sans ordonnance en raison de contingences économiques, temporelles et physiques : voir à ce propos Jerome E. Kotecki, «Factors related to pharmacists' over-the-counter recommendations» (2002) 27 *Journal of Community Health* 291 en particulier à la p. 292 [Kotecki].

plus problématique au regard des médicaments qui promeuvent un certain «style de vie» (*lifestyle drugs*), c'est-à-dire ceux destinés à soigner les problèmes liés à l'aspect physique ou, encore, à la performance sexuelle des individus. À ce propos, les résultats étonnants d'une étude menée en 1999 révèlent que 86 pharmacies virtuelles ne requièrent aucune visite médicale avant de distribuer, à l'aide d'Internet, des médicaments normalement soumis à une ordonnance médicale⁹³. Bien que cette donnée factuelle intéresse en premier lieu les domaines issus du droit pénal ou disciplinaire⁹⁴, elle permet toutefois de mettre en relief une forme de vulnérabilité des consommateurs dont les ramifications s'étendent au droit civil. C'est qu'à l'intérieur du cadre normatif de la vente de produits pharmaceutiques, s'acquitter de l'obligation d'information devient parfois problématique pour le pharmacien, et explique peut-être, la transmission accrue d'information, par le fabricant, directement au client, dans une optique évidente d'autoréglementation des rapports juridiques entre parties privées⁹⁵.

Réfractaire à cette pratique, le Comité de discipline de l'Ordre des Pharmaciens du Québec a récemment sanctionné un

93. Armstrong, Schwartz et Asch, *supra* note 75. Une autre difficulté technique consiste en la structure «araignée» de certains sites : voir Jane E. Henney et Jeffrey E. Shuren, «Direct Sale of Sildenafil (Viagra) to Consumers over the Internet» (2000) 342 *New Eng. J. Med.* 740 : «There are only a few score spiders on the Internet, but they replicate very quickly by offering commissions to affiliates for each order placed through them».

94. Voir la décision de la Cour d'appel *MediTrust Pharmacy Services inc.*, *supra* note 83, émettant une injonction interlocutoire visant à interdire à une pharmacie de l'Ontario de vendre des médicaments aux consommateurs québécois via Internet.

95. Voir *Perez v. Wyeth Lab.*, 734 A.2d 1245 (N.J. Sup. Ct 1999) commentée notamment par Yonni D. Fushman, «*Perez v. Wyeth Labs. Inc.* : Toward Creating A Direct-To-Consumer Advertisement Exception To The Learned Intermediary Doctrine» (2000) 80 *B.U.L. Rev.* 1161. Au Canada, la décision emblématique à cet égard est l'arrêt *Hollis c. Dow Corning*, [1995] 4 R.C.S. 634, précédée de *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569. En doctrine, voir notamment Gerald Henry Louis Fridman, *The Law of Torts*, 2e éd., Toronto, Carswell, 2002 aux pp. 405 ss. Du côté du droit civil québécois, voir surtout Leroux et Giroux, *supra* note 20 aux pp. 330 et suiv.

pharmacien dont l'une des activités consistait à honorer des ordonnances américaines cosignées par des médecins membres du Collège des médecins⁹⁶. Plus précisément, l'intimé contractait avec un cyber-distributeur, ce qui lui permettait l'accès à une vaste clientèle américaine. De son côté, le syndic de l'Ordre retint notamment que l'intimé avait contrevenu à l'article 4.01.01 f) du *Code de déontologie*, lequel prévoit que le pharmacien ne saurait «contribuer à la vente de médicaments dans un endroit qui n'est pas sous son contrôle et sa surveillance constante [...]». Pour sa part, le Comité de discipline a agréé cet argument et a jugé que l'interférence d'un tiers n'étant pas membre de l'Ordre des pharmaciens du Québec dans l'acte de distribution des médicaments équivaut à une abdication partielle de son obligation de contrôle et de surveillance, même s'il préparait lui-même l'envoi postal.

En définitive, le Comité refuse de réduire le rôle du pharmacien à celui d'un simple vendeur de la chaîne de distribution, ce qui aurait pour effet ultime d'opérer un rapprochement de la distribution de médicaments à un contrat de vente et à l'éloigner de la prestation de services⁹⁷. Une dichotomie semblable se retrouve au sein de l'Union européenne à travers une décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) en 2002, portant sur la dialectique de la libre circulation des médicaments et de la protection de la sécurité et de la santé des consommateurs.

96. *Côté c. Elkaim*, (8 juillet 2004), 30-03-01491 (C.D.). Voir également *Lacasse c. Lelouche*, (5 février 2003), 30-02-01478 (C.D.), où des infractions plus graves ont été reprochées au pharmacien en lien avec l'affaire *LePharmacy*. Du côté du Collège des médecins, pour la même affaire, la décision de culpabilité à une infraction disciplinaire imposée par le Comité de discipline, voir *Dr Jacques Deblois c. Dr Jean Vincent Desroches*, [2006] D.D.O.P. (C.D. Méd.). Ces sanctions sont en lien avec l'affaire *Le Pharmacy inc.*, *supra* note 82.

97. *Le projet de Code de déontologie*, *supra* note 1 à l'art. 2a) utilise d'ailleurs la locution «service pharmaceutique» pour décrire «les services fournis par un pharmacien dans le cadre de l'exercice de la pharmacie».

2.2 La solution préconisée par la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁸

L'affaire dont il est question est née d'une procédure pénale intentée par l'Association professionnelle de pharmaciens allemands contre la société *DocMorris* (une pharmacie) et son dirigeant, M. Waterval, pharmacien de profession agréé aux Pays-Bas⁹⁹. Située non loin de la frontière germano-néerlandaise, la pharmacie incriminée exerce une activité professionnelle de style traditionnel, par la voie d'une officine ouverte au public. À travers son site Internet, elle offre également à la vente des médicaments (soumis ou non à une ordonnance médicale), auquel cas elle exigeait l'ordonnance originale écrite de la main d'un médecin¹⁰⁰. Plusieurs possibilités s'offrent au consommateur de contacter le

98. Cette sous-section reprend partiellement le propos développé dans la contribution suivante : Marie-Eve Arbour et Vincent Hamel, «La vente à distance de médicaments : du *drugstore* à l'officine (propos nés de l'affaire *DocMorris*)» (2005) 2 *Revue européenne de droit de la consommation* 221.

99. Il s'agit de l'affaire CJCE n° C-322/01 du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval [DocMorris]*, ayant pour objet une demande préjudicielle adressée à la Cour du Luxembourg par le *Landgericht Frankfurt am Main* (Allemagne), portant sur l'interprétation des articles 28 et 30 CE, ainsi que de la CE, *Directive 92/28/CEE du Conseil du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain*, [2005] J.O.C.E. L 113 à la p. 13, commentée par Richard Lang, «Case Comment» (2005) 42 *C.M.L. Rev.* 189; Delphine Degroote et Caroline Mascret, «Vente et publicité de médicaments par Internet : du nouveau du côté de la Cour de Justice des Communautés européennes. Commentaire de l'arrêt du 11 décembre 2003 (affaire C-322/01)», (2004) *Médecine & Droit* 112 [Degroote et Mascret]; Eric Fouassier, «Le juge communautaire et la vente de médicaments sur Internet» (2004) 382 *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens* 115; Séverine Boillat et Stefaan Callens, «*DocMorris* : une nouvelle porte vers la libre circulation des médicaments en Europe?» (2004) 85 *Bulletin des médecins suisses* 110; Jérôme Peigné, «Peut-on interdire la vente de médicaments par Internet au regard du droit communautaire?» (2004) 40 *Revue de Droits sanitaire et Social* 369 et Emanuele Pedilarco, «Le farmacia Internet tra libera circolazione delle merci e tutela della salute umana» (2004) 2 *Diritto pubblico ed europeo* 231.

100. Soulignons qu'aux yeux de la pharmacie, un médicament est considéré soumis à une ordonnance médicale si elle est exigée des Pays-Bas ou par l'État sur le territoire où est domicilié le consommateur.

personnel de la pharmacie, et différentes modalités de livraison sont possibles. D'un point de vue pratique, donc, seule l'absence physique du consommateur distingue la conclusion de ce contrat à distance de la distribution de médicaments en officine; force est d'observer que la société *DocMorris* respecte scrupuleusement la législation néerlandaise.

Or en Allemagne, le commerce des médicaments est régi par une loi qui prohibe partiellement la vente par correspondance des médicaments¹⁰¹. Elle prévoit ce qui suit : «Les médicaments [...] qui ne sont pas en vente libre en dehors des pharmacies [...] ne peuvent [...] être mis en circulation [...] que dans des pharmacies et non par la voie de la vente à distance». S'autorisant de cette disposition, l'Association des pharmaciens a contesté devant les tribunaux nationaux les pratiques commerciales de la société néerlandaise *DocMorris* en alléguant une violation des privilèges rattachés à l'exercice exclusif de son monopole professionnel de la vente des médicaments en sol germanique¹⁰². Soulignons que les médicaments visés par l'affaire *DocMorris* sont ceux dont la vente n'est pas subordonnée à l'obtention d'ordonnance médicale, bien qu'ils ne soient pas non plus à portée de main des clients (soit «derrière le comptoir»).

Pour notre propos, l'analyse du principe de proportionnalité effectuée par la Cour (servant, précisons-le, à justifier ou non cet obstacle à la libre circulation de marchandises au regard de l'impératif de protéger la santé des personnes¹⁰³), s'avère fort révélatrice des aspects déontologiques qui président à la réflexion entourant les pharmacies Internet¹⁰⁴. Suffit-il ici de préciser que la

101. *Loi sur les médicaments* du 7 sept. 1998 à l'art. 43, par. 1.

102. S'agissant d'un litige s'inscrivant dans le contexte de la libre circulation des marchandises (art. 28-30 CE), la question portait d'abord sur la difficulté de déterminer si cette restriction au commerce constitue une mesure équivalant à une restriction quantitative. Cet aspect dépasse toutefois l'objet de la présente étude.

103. Il s'agit en l'occurrence du couple formé par les articles 28-30 CE.

104. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 84 : «Une réglementation ou une pratique nationale ne bénéficie pas de la dérogation prévue à l'article 30 CE lorsque la santé et la vie des personnes peuvent être protégées de manière aussi efficace par des mesures moins restrictives des échanges

marge discrétionnaire dont disposent les États pour déterminer le seuil de protection de la santé désiré est souvent tributaire de l'étendue des connaissances entourant le risque que l'on cherche à prévenir : plus celui-ci est susceptible d'être avéré, plus les États membres pourront faire une entorse au principe fondamental de la libre circulation des marchandises. Cette démarche vise essentiellement à distinguer entre les mesures qui visent en apparence la protection de la santé (alors qu'elles sont essentiellement protectionnistes), et celles qui s'appuient réellement sur un objectif légitime de protection de la population.

En l'espèce, à quel risque est donc exposée la population allemande? Dans le contexte de la vente à distance de médicaments, il consiste, d'une part, en une mauvaise utilisation des médicaments par les consommateurs causée par le manque de conseils généralement prodigués par les pharmaciens, et, de l'autre, en une attitude consumériste irréfléchie, stimulée par l'alléchante configuration du portail Internet matérialisant la société *DocMorris* en Allemagne. En matière de consommation de médicaments, la législation communautaire – comme la québécoise, du reste – se développe *in primis* autour de la figure du médecin, lequel est investi de la tâche d'indiquer à ses patients un traitement pharmacologique approprié et d'en déterminer les modalités. Ce rôle, qui se cristallise à travers l'ordonnance médicale, explique le traitement juridique distinct que la CJCE réserve aux médicaments distribués sans l'intervention du médecin d'un côté (section 2.2.1.), et, de l'autre, ceux qui y sont conditionnés (section 2.2.2.).

L'étude de ces deux modèles de régulation antagonistes permet de dégager la solution juridique à apporter à la catégorie hybride dont il est question dans l'affaire *DocMorris*. Sur le plan théorique, celle-ci tient lieu d'arène où s'opposent deux modèles antagonistes de protection des consommateurs. Le premier, soit le modèle «légaliste», repose sur la prémisse d'un rapport de force opposant le professionnel et le consommateur, laquelle fait

communautaires». Voir aussi, parmi plusieurs autres affaires, CJCE. du 5 mai 1998, *National Farmers*, aff. C-157/96, point 96.

obstacle à l'expression de choix de consommation éclairés par ce dernier. Quant au second, le modèle «autonomiste», il tire son origine des théories néolibérales du contrat qui cherchent à rééquilibrer la relation contractuelle asymétrique par la transmission corrélatrice d'informations à la partie la plus vulnérable¹⁰⁵.

2.2.1 Les médicaments vendus sans ordonnance médicale

La législation communautaire n'offre aucune définition des médicaments vendus sans ordonnance. C'est ainsi *a contrario* que l'on doit les appréhender, comme étant ceux qui présentent un ratio risque/bénéfice connu, permettant de justifier l'élimination du rôle du médecin dans la chaîne de distribution des médicaments¹⁰⁶. À la différence des médicaments soumis à une ordonnance médicale, force est d'observer, à l'instar de la situation qui prévaut au Québec, que les obligations déontologiques qui se greffent à cette typologie de médicaments et qui incombent au pharmacien, sont d'une intensité plus faible. En outre, ce dernier n'est pas tenu d'inscrire cette vente à son registre, aussi ne saurait-on s'étonner du fait qu'il ne soit pas davantage débiteur de l'obligation de suivre le profil pharmacologique du consommateur-patient.

Pourtant, le gouvernement allemand souligne la vulnérabilité du consommateur devant cette nouvelle «facilité» à se procurer ces médicaments par un simple *clic*. Certes, il admet que l'acheteur puisse éventuellement se faire conseiller à distance (par Internet ou par téléphone), mais il insiste en revanche sur l'importance d'une rencontre physique entre les parties, soit un

105. Signalons que l'utilisation de la locution «droit des consommateurs» ne doit pas être appréhendée suivant son acception la plus restreinte, puisqu'il est bien loin d'être certain que le pharmacien soit un commerçant : à ce sujet, voir *infra*, section 3.2.1.

106. Sur le caractère hautement culturel de l'automédication, voir notamment Jean-François Bergmann, «Self-medication: from European regulatory directives to therapeutic strategies» (2003) 17 *Fundamental & Clinical Pharmacology* 275, qui souligne les variations qui subsistent entre un pays et un autre.

«colloque singulier»¹⁰⁷ entre le pharmacien et son client, puisque : «La condition physique et l'état psychique de ce dernier, sa stature, son mode de vie et sa médication actuelle constitueraient des critères devant être pris en compte lors d'un tel entretien»¹⁰⁸ [nos italiques]. Cette image exalte le rôle de professionnel qui échoit au pharmacien à l'intérieur du système de soins de santé, en même temps qu'elle témoigne d'un refus implicite du législateur à assimiler le médicament à une marchandise comme une autre.

C'est donc parce qu'il considère le consommateur en position de faiblesse lors de l'achat de médicaments en dehors de l'enceinte de la pharmacie physique que le législateur allemand préconise cette forme de paternalisme avoué; une relation interpersonnelle quelques fois bien tenue – avouons-le – que le juriste est bien mal préparé à appréhender sans recourir à des disciplines exogènes à celle du droit¹⁰⁹. De fait, cette dynamique contractuelle cybernétique interpelle toute la problématique de l'automédication : elle pose – rappelons-le – la difficulté de déterminer la quantité et d'apprécier la qualité des informations qui doivent être transmises au consommateur afin qu'il puisse effectuer des choix de consommation éclairés¹¹⁰.

En revanche, la CJCE préconise plutôt une forme de protection du consommateur qui repose sur le postulat voulant que, dans la mesure où on lui fournit l'information nécessaire, ce dernier doit pouvoir être en mesure d'assurer sa propre sécurité en effectuant des choix éclairés : l'affaire *DocMorris*, en ce sens, appuie la démocratisation des échanges électroniques. Cette perspective s'appuie sur le principe de l'autonomie de la volonté notamment récupéré par la Directive 2000/31/CE portant

107. Yann Bréban et Nathalie Beslay, «De la vente de médicaments autorisés sur l'Internet à l'officine électronique» (1999) Gazette du Palais 1091 [Bréban et Beslay].

108. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 82.

109. À ce sujet, voir notamment les résultats issus de l'étude menée par Kotecki, *supra* note 92 à la p. 291, visant à isoler les variables qui modulent les conseils prodigués par les pharmaciens au regard des médicaments vendus librement.

110. Voir *supra* note 90.

sur le commerce électronique, laquelle entend clairement favoriser la libre circulation des marchandises via Internet¹¹¹. Dès lors, l'équilibre entre la libre circulation des marchandises et la protection de la santé semble se concrétiser par la libéralisation de l'accès aux médicaments qui ne requièrent aucune ordonnance médicale. Cette conclusion s'observe notamment à travers l'élimination progressive des restrictions aux achats de médicaments jusque dans leurs aspects immatériels : aussi les consommateurs pourront-ils se procurer sur Internet des médicaments et des produits de parapharmacie, à défaut par la Cour de justice européenne d'avoir retenu que le rôle de conseil des pharmaciens puisse être garant de la protection de la santé des personnes. En France, notamment, cette solution contraste nettement avec une décision rendue par le Tribunal de Grande Instance, où, s'agissant de vente de lentilles cornéennes par Internet, celui-ci statue qu' «[...] attendu qu'en l'état du mécanisme de vente à distance mise en œuvre en l'espèce, entre "personnes absentes", *il n'est manifestement pas rapporté en preuve que ce procédé permette de garantir le respect des obligations édictées à l'égard du vendeur par les dispositions réglementaires [déontologiques] en vigueur* ¹¹²[...]», prohibant implicitement cette forme de distribution.

-
111. Voir en particulier le 3^{ème} considérant de la CE, *Directive 2000/31/CE portant sur le commerce électronique*, [2000] J.O. «Le droit communautaire et les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire constituent un atout essentiel pour que les citoyens et les opérateurs européens puissent bénéficier pleinement, sans considération de frontières, des possibilités offertes par le commerce électronique. *La présente directive a ainsi pour objet d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information*», de même que l'art. 1, par. 3 : «La présente directive complète le droit communautaire applicable aux services de la société de l'information *sans préjudice du niveau de protection, notamment en matière de santé publique et des intérêts des consommateurs*, établi par les instruments communautaires et la législation nationale les mettant en œuvre dans la mesure où cela ne restreint pas la libre prestation de services de la société de l'information» [nos italiques].
112. Trib. gr. Inst. Paris, 24 novembre 1998, 63197/98, commentée notamment par Bréban et Beslay, *supra* note 107 à la p. 1092 et Eric Fouassier, «Pharmacies virtuelles...de la chimère juridique à la baudruche médiatique» (2001) 37 *Revue de Droit sanitaire et social* 507 [Fouassier].

Signalons à ce sujet que selon S. Guillemard, le cyberconsommateur se distinguerait de son *alter ego* du monde réel¹¹³. Cette thèse s'autorise de certaines données factuelles qui semblent indiquer que la vulnérabilité des consommateurs ne saurait s'appliquer *mutatis mutandis* aux échanges électroniques, puisque le fossé qui sépare les cocontractants se trouve à demi comblé par les caractéristiques respectives des cybersconsommateurs et des cybercommerçants. Les premiers, plus éduqués, effectueraient des choix de consommation plus judicieux, parce qu'ils disposent davantage d'informations sur Internet¹¹⁴. Selon un auteur, par contraste, cette marge d'autonomie accordée présente la particularité d'aller au-delà de celle qui est par la CJCE accordée aux clients du monde réel par la plupart des législateurs nationaux, dès lors que «[...] le site Internet permet au client de pénétrer non seulement à l'intérieur de l'officine, mais aussi de passer derrière le comptoir où sont rangés les médicaments»¹¹⁵. C'est seulement au regard des médicaments vendus sous ordonnance que la Cour abonde en ce sens.

2.2.2 Les médicaments soumis à une ordonnance médicale

Au regard des médicaments vendus sous ordonnance, le raisonnement préconisé par la CJCE est marqué par la prédominance de l'objectif de protection de la santé publique sur l'objectif de catalyser la création du marché. Elle agrée cette fois l'argument mis de l'avant par la République allemande, voulant que la vente à distance de médicaments qui comportent des dangers plus élevés pour la santé des personnes, puisse justifier l'érection d'obstacles législatifs à la libre circulation des

113. Sylvette Guillemard, «Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent» (2004) 1 J.D.I. 7 [Guillemard]. Cf. Charlaïne Bouchard et Marc Lacoursière, «Les enjeux du contrat de consommation en ligne» (2003) 33 R.G.D. 373 à la p. 412 selon qui : «cette affirmation tendra à s'amenuiser avec le temps, à la suite de la démocratisation d'Internet et du commerce électronique».

114. Guillemard, *ibid.*

115. Fouassier, *supra* note 112 à la p. 508.

médicaments, tels qu'une interdiction de vente par correspondance.

Il s'agit dès lors d'apprécier à nouveau les risques que pose la vente à distance des médicaments. En outre, la Cour insiste sur la «nécessité de pouvoir vérifier d'une manière efficace et responsable l'authenticité des ordonnances établies par les médecins et d'assurer ainsi la délivrance du médicament soit à une personne chargée par ce dernier de venir le chercher [...]»¹¹⁶. Au surplus, elle souligne notamment les éventuels problèmes liés à l'étiquetage des médicaments dans une langue étrangère à celle du consommateur et parvient laconiquement à la conclusion que la protection de la santé des personnes justifie l'obstacle aux échanges commerciaux créé par le législateur allemand. Deux auteurs observent pourtant, que «[...] lorsqu'un patient étranger se présente à l'officine muni d'une ordonnance rédigée par un médecin qui exerce dans un autre pays, rien n'interdit au pharmacien d'honorer cette prescription, alors même que ses possibilités de vérification de l'ordonnance sont limitées. La situation de l'ordonnance envoyée suite à une commande par Internet ne serait pas sensiblement différente [...]» [nos italiques]¹¹⁷. Ce faisant, la Cour réitère la centralité de la rencontre physique entre le patient et le pharmacien et confirme ainsi le bien-fondé de la mesure d'interdiction allemande.

Si le marché intérieur de l'Union européenne présente des caractéristiques qui le distinguent du marché nord américain, il n'en reste pas moins que la réalité de la vente à distance de médicaments entre les acheteurs américains et les pharmaciens québécois soulève une problématique analogue à celle à l'origine

116. Affaire *DocMorris*, *supra* note 99 au point 119.

117. Voir Degroote et Mascré, *supra* note 99 à la p. 116. Voir en ce sens CJCE du 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.* à la p. I-2575, point 20 où la Cour conclut que : «Le médecin ou le pharmacien de l'autre État membre peuvent, [...] lors de la délivrance du médicament, pallier les insuffisances, tenant notamment à la rédaction en une langue autre que celle du malade, que pourraient comporter l'étiquette ou la notice d'utilisation du médicament».

de l'affaire *DocMorris*¹¹⁸. Au regard de l'exercice de la profession pharmaceutique, la difficulté devient celle de déterminer dans quelle mesure les ordonnances signées de la main d'un médecin américain peuvent être honorées par les pharmaciens québécois et vice-versa. La pratique de la co-signature par un médecin membre du Collège des médecins permet en quelque sorte de contourner l'interdiction d'honorer les ordonnances étrangères, et à l'instar de la situation européenne, réoriente le débat autour du rapport entre le médecin et le patient et, de manière plus spécifique, autour de la discutable ordonnance à distance¹¹⁹.

Un dernier point demeure : celui la responsabilité du pharmacien en tant que distributeur de la chaîne de commercialisation des médicaments.

3. L'outil contractuel ou l'extension du spectre des débiteurs hypothétiques

Parce que le pharmacien tire profit de la vente de médicaments, sa responsabilité est potentiellement modulée par les règles de la responsabilité objective du fait des produits. Le

118. Sur le sujet, voir surtout Simon R. Rabinovitch, «On the Legitimacy of Cross-Border Pharmacy» (2005) 43 *Alta L. Rev.* 327. Les Américains se procurent des médicaments à meilleur prix au Canada ou au Mexique. L'auteur explique : «*At the Canadian pharmacy, a Canadian physician (usually paid a per-prescription fee) reviews the online order and medical information and checks it against the written prescription. The physician then re-writes ("co-signs") the prescription and the pharmacist dispenses the drug and mails it to the patient along with the original prescription*» (p. 334). Il ajoute : «*In cross-border pharmacy, the patient's use of a drug is vetted by two physicians, one of whom conducts a conventional in-person assessment while the other does so remotely through a review of the patient's medical history. There is little reason to suppose that American patients are put at greater risk from the additional oversight of a Canadian co-signing physician than they would were their prescriptions being filled on the basis of the U.S. physician's prescription alone*» (p. 355). Bien que cette pratique soit prohibée par la législation américaine, certaines cités et certains États promeuvent cette pratique en raison de l'économie qu'elle représente pour différents programmes qui visent à rembourser aux clients le prix de leurs médicaments.

119. Voir *supra* note 75.

caractère hybride de l'acte pharmaceutique le place aux confins de la prestation d'un soin de santé – soit, plus généralement, la prestation d'un service – et de la vente d'un produit. Se pose alors la question de l'application des institutions juridiques pertinentes à une telle dynamique contractuelle, dont, notamment, la garantie de qualité (section 3.1). S'agissant d'une vente, il devient également pertinent d'examiner si la *Loi sur la protection du consommateur*¹²⁰ pourrait éventuellement s'appliquer au rapport contractuel unissant le pharmacien à son client (section 3.2).

3.1 Le droit de la vente et les garanties contractuelles

Le pharmacien pourrait-il être tenu responsable du préjudice causé à l'un de ses clients en raison du défaut d'un médicament qu'il lui a vendu? À *priori*, le principe général consacré par le *Code civil* ne souffre d'aucune exception au regard de la qualité de pharmacien du cocontractant. Certes, le médicament défectueux devrait répondre à tous les critères énumérés à l'article 1726 C.c.Q.¹²¹; si il est facile de conclure à l'aspect *caché* du vice, à son *caractère inconnu* par l'acheteur et à son *existence au moment de la vente*, en revanche il est ardu de l'isoler des autres variables qui peuvent venir brouiller le lien causal entre le vice allégué et le préjudice subi par la victime, en

120. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1 [L.p.c.].

121. Voir notamment Jeffrey Edwards, *La garantie de qualité du vendeur en droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, Denys-Claude Lamontagne, *Droit de la vente*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005 aux pp. 115ss [Lamontagne]; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2001 aux par. 130 ss, et Baudouin et Deslauriers, *supra* note 49 au par. 569, citant l'arrêt *Jeannotte c. Couillard*, (1894) 3 B.R. 461. Du côté de la France, la célèbre affaire *Thorens*, Cass. Civ. 1^{re}, 8 avril 1986, JCP. 1987. II. 20721 (note Viala et Viandier) et *RTD. Civ.* 1986, 779 (obs. Huet), rendue dans le contexte d'une action en dommages-intérêts dirigée contre le fabricant, a posé certaines balises à la généreuse disposition en vertu de laquelle la preuve du vice se présume si le médicament aggrave la condition du patient. À ce sujet, voir Anne Laude, «La responsabilité des produits de santé», *D.*, 1999, 18^e cahier, p. 189. Signalons que le concours de faute entre le médecin, d'autres intervenants du corps médical, l'État et/ou le fabricant est possible : c'est toutefois volontairement que nous les excluons de notre analyse et Fouassier, «Responsabilité», *supra* note 66 aux pp. 302 ss.

raison, par exemple, de pathologies préexistantes. Pour faciliter l'indemnisation, pourrait-on conclure à la qualité de vendeur professionnel du pharmacien, chose somme toute facilitée par la définition contemporaine du vendeur professionnel qu'éclaire l'article 1525, al. 3 C.c.Q.¹²².

En définitive, la responsabilité encourue par le pharmacien sous l'égide de la garantie de qualité demeure théorique, même si le fondement juridique d'une telle responsabilité semble apparaître au gré de l'érosion des immunités traditionnellement conférées aux professionnels. Ces protections contrastent largement avec les solutions (de matrice extracontractuelle, faut-il le préciser) proposées par les «nouveaux» modèles de droit harmonisé issus de l'Union européenne¹²³ ou des États-Unis¹²⁴, lesquels se montrent en général assez réfractaires à l'idée d'élargir le spectre des débiteurs solidaires aux intermédiaires de marché. Le Québec

122. C'est en ce sens qu'abonde Lamontagne, *ibid.* à la p. 233 : «[d'autres professionnels et] le pharmacien qui vend des produits pharmaceutiques (cachets, etc.) peuvent être considérés comme des vendeurs professionnels spécialisés. Lorsqu'ils aliènent des produits étrangers à leur spécialité, ils agissent comme vendeurs professionnels non spécialisés» (nos italiques) Voir par analogie l'art. 1646 du *Code Napoléon*, interprété de manière similaire par les tribunaux français.

123. CE, *Directive 1985/374/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] *J.O.C.E.* L 210 à la p. 29 [Directive 1985/374/CEE]. En France, parmi beaucoup d'autres auteurs, voir notamment Yvan Markovits, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990; Geneviève Viney et Patrice Jourdain, «Traité de droit civil» dans Jacques Ghestin, dir., *Les conditions de la responsabilité*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1998 aux pp. 758 et ss.; Philippe Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et des fabricants*, Paris, Dalloz, 2004; Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2000.

124. *American Law Institute, Restatement (Second) of Torts*, 1965, § 402(A) et *Restatement (third) of Torts: Products Liability* (proposed Final Draft Apr. 1, 1997), approuvé en 1997, dont la §6 e) s'applique exclusivement au processus de distribution des produits pharmaceutiques et équipements biomédicaux. Il dispose : *A retail seller or other distributor of a prescription drug or medical device is subject to liability for harm caused by the drug or device if: at the time of sale or other distributor of a prescription drug or medical device contains a manufacturing defect as defined in §2 (a); [...].*

doit-il maintenir une solution davantage favorable aux victimes, alors même que sa situation apparaît de plus en plus isolée sur la scène internationale?

Une dernière hypothèse demeure : celle de la responsabilité du pharmacien sous l'égide de la *Loi sur la protection du consommateur*.

3.2 L'application de la Loi sur la protection du consommateur

Les professionnels sont-ils visés par la L.p.c.? La réponse à cette question d'une apparente banalité mérite d'être nuancée¹²⁵. Si les professionnels n'y sont pas expressément soustraits¹²⁶, en revanche la jurisprudence s'est traditionnellement refusée à les qualifier de commerçants, en niant le caractère lucratif de leur activité professionnelle.

Aujourd'hui, néanmoins, il y a lieu de revoir la notion de «commerçant» à la lumière de la notion corollaire de «consommateur» prévues aux arts. 1 e) de la L.p.c, 1384 et 1525 al. 3 C.c.Q. lesquels consacrent la thèse de la finalité de l'acte plutôt que celle liée à la qualité des parties¹²⁷. Cette hypothèse

125. Voir notamment *Office de la protection du consommateur c. Drouin*, (4 août 1977), 235-27-000-412-77 (C.P. Lac Mégantic); *contra* : *Drake Personnel c. Normandin*, [1991] R.J.Q. 1789 (C.Q.) cités par Claude Masse, *Loi sur la protection du consommateur, analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1999 [Masse]. Voir généralement L'Heureux, *supra* note 48 aux pp. 32 et ss. Suivant cette disposition, le pharmacien, en tant que vendeur spécialisé, ne saurait renverser la présomption de connaissance du vice dont il est obéré par l'effet de l'article 53 al. 3 : «ni le commerçant, ni le manufacturier ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut (al. 2)». Voir également Pierre-Claude Lafond, «Contours et ramifications de la «nouvelle» définition du contrat de consommation du Code civil du Québec» (1996) R. du B. 569, qui propose une analyse approfondie des concepts clefs du droit de la consommation au lendemain de l'adoption du C.c.Q.

126. Ceci, contrairement, par exemple, à la section VI : voir en ce sens l'art. 188 i) L.p.c.

127. Voir Masse, *supra* note 125 à la p. 27 et L'Heureux, *supra* note 48 à la p. 30 : «Le contrat de consommation ne porte pas sur les services d'un

naît d'une interprétation exégétique de la loi elle-même, qui n'écarte pas explicitement de son champ d'application la prestation effectuée par le pharmacien dès lors qu'elle s'applique «[...] à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service»; elle procède de même de l'extension du domaine de la définition du «consommateur», laquelle semble s'inscrire en faux contre la définition plus traditionnelle que préconisait le *Code civil du Bas-Canada* de 1866¹²⁸. Selon Claude Masse : «La notion d'entreprise que l'on retrouve définie à l'article 1525, al. 3 C.c.Q. englobe la situation du professionnel, de l'artisan et de ce qu'il était convenu de désigner traditionnellement comme le "commerçant"¹²⁹. Toutefois, les problèmes de coordination entre la définition du contrat de consommation que propose d'une part le *Code civil* – à son article 1384 C.c.Q. – et, de l'autre, la L.p.c., ouvrent peut-être la porte à l'élargissement de la notion de commerçant dans le but d'édulcorer l'«immunité» peut-être surannée dont jouissent encore certains professionnels. Il n'est donc pas exclu que la L.p.c. puisse s'appliquer au rapport qu'entretient le client avec le professionnel¹³⁰, et que la définition

professionnel régi par le *Code des professions*, en raison du fait que *l'opérateur ne peut être qualifié de commerçant ou n'offre pas ses services dans le cadre d'une entreprise qu'il exploite* [nos italiques].

128. Voir notamment Antonio Perreault, *Traité de droit commercial*, Tome II, Montréal, Albert Lévesque, 1936, qui proposait la définition suivante : «Celui qui exerce des opérations commerciales à l'état professionnel», dont le premier élément connote un but de spéculation et de bénéfice (p. 604). L'auteur s'appuie sur la décision *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B. R. à la p. 230, où la distinction est effectuée entre l'activité commerciale et l'exercice d'une profession qui repose sur l'exercice d'un droit ou d'un privilège.

129. Masse, *supra* note 125 à la p. 28.

130. Un embryon de cette interprétation se retrouve dans la jurisprudence, lorsque ce sont les professionnels qui tentent (en vain) de se prévaloir de la L.p.c. en tant que consommateurs. Voir *Mutual Life Assurance Co. c. Vinet*, J.E. 95-967 (C.Q.) à la p. 5 : «Même s'il n'étaient pas en société réelle, les défendeurs constituaient pour le moins une société nominale sous laquelle ils se désignaient [...] ils étaient plus qu'une «personne physique» à s'engager dans le contrat en question.». *Contra* : *Drake personnel c. Normandin*, (09 mai 1991), 500-02-017514-907 (C.Q.), où l'avocate est qualifiée de consommatrice au sens de l'art. 1 e) : «Le professionnel tel que l'avocat recherche évidemment à obtenir de l'argent en échange des services qu'il rend à autrui, mais cela n'en fait pas pour autant un

de commerçant puisse éventuellement s'étendre au pharmacien, parce qu'il «offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'il exploite», soit une «activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services»¹³¹ [nos italiques].

C'est peut être en ce sens que les auteurs Bohémier et Côté suggéraient, avant même l'adoption du problématique article 1525, al. 3 C.c.Q., que «[...] si la spéculation venait à prendre trop d'importance pour une profession donnée, les tribunaux pourraient fort bien, à tort ou à raison, faire des distinctions entre les diverses activités d'un professionnel et qualifier certaines d'entre elles comme commerciales»¹³². Ils ajoutent ceci : «Au risque de choquer les oreilles des âmes imbues d'égalitarisme, les gens continuent de croire qu'il y a une différence entre un commerçant et un professionnel»¹³³, s'incrinant ainsi en faux contre la *ratio decidendi* quelque peu surannée de l'affaire *Roy c. Ellis*, alors que la Cour du banc de la Reine statuait comme suit : «La profession de commerçant dérive d'un fait, le commerce, et elle

commerçant, car on ne retrouve pas, dans l'exécution de ses opérations, une idée de spéculation, ce qui le distingue justement du professionnel qui offre ses services sur une base commerciale [...]» (1792 C.c.Q.).

131. Art. 1525, al. 3 C.c.Q. L'art. 2717 de l'avant projet de Code ajoutait d'ailleurs la locution «même sans but lucratif» : voir Claude Masse, «Protection du consommateur» (1989) 30 C. de D. 834. Selon la Cour d'appel, dans *Federated Insurance Company of Canada c. Galp inc.*, (20 juin 2004), 500-09-012781-027 (C.A.), dans le contexte de la vente du bien d'autrui : «Le *Code civil du Québec* a substitué à la théorie de la commercialité celle de l'entreprise. Il n'est plus fait référence aux affaires commerciales mais aux transactions faites pour le service ou l'exploitation d'une entreprise (notamment les articles 1525, 1745, 1750 et 2221) ou faites dans le cours des activités d'une entreprise [...]. Dans la théorie traditionnelle de la commercialité, on englobait, sous la qualification d'«acte commercial» ou de «matières commerciales», les actes faits par un «commerçant» dans le cours ou pour les fins de son commerce de même que les actes qui avaient pour objet de favoriser les activités de l'entreprise» [nos italiques].

132. Albert Bohémier et Pierre-Paul Côté, *Droit commercial général*, Tome I, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1985 à la p. 32.

133. *Ibid.*

cesse d'elle-même quand le fait n'existe plus, à la différence, par exemple, de la profession d'avocat qui repose sur un droit ou un privilège accordé par la loi et qui subsiste même quand on ne l'exerce pas»¹³⁴. L'hypothèse voulant que les pharmaciens puissent être qualifiés de «vendeurs» dépend en définitive de la nature des opérations effectuées; la difficulté repose sur le fait que le pharmacien est impliqué dans une opération juridiquement hybride qui comporte à la fois la vente d'un produit et la prestation d'un service de soins de santé. Dans certaines circonstances, la vente d'un médicament présenterait un caractère accessoire au regard du rôle plus large de conseiller dévolu au pharmacien, excluant par là l'application de la L.p.c. En outre, l'applicabilité de la L.p.c. aux pharmaciens pourrait fort bien prendre la forme d'une proposition hybride, qui soit plus ou moins tributaire de l'acte effectué par le professionnel – en conformité avec l'esprit finaliste de l'acte posé –, ainsi la vente de médicaments en vente libre pourrait emporter son application, et, à l'inverse, la vente de médicaments sous ordonnance pourrait l'exclure en raison de la prépondérance du volet prestation de soins de santé.

Par analogie, dans le contexte des garanties contractuelles, les tribunaux de *common law* ont adopté le critère de la nature de l'opération juridique (*Essence of the Transaction Test*¹³⁵) afin de qualifier la relation juridique unissant entre elles les parties, faisant prévaloir soit l'exécution d'un contrat de vente, soit la

134. *Roy c. Ellis*, (1898) 7 B.R., p. 230. En France, Calais-Auloy et Steinmetz vont jusqu'à ébranler les fondements mêmes du monopole pharmaceutique, en suggérant que le nombre limité de pharmacies ne se justifie plus au regard de l'impératif d'assurer une répartition équitable du territoire ou d'éviter une malsaine concurrence, mais plutôt à la vue du fait que «[...] les pharmaciens d'officine forment un groupe de pression assez puissants pour obtenir des pouvoirs qui favorisent les gens en place, quitte à limiter la concurrence», Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6^e éd., Paris, Dalloz, p. 92.

135. Voir *Porter v. Rosenberg*, 650 So. 2d 79, (1995 Fla. App. Ct.) et Laura Pleicones, «Passing the Essence Test: Health Care Providers Escape Strict Liability fo Medical Devices» (1999) 50 S.C.L. Rev. 463.

prestation d'un service¹³⁶. Il en résulte que si la croissance du rôle des pharmaciens à l'intérieur du système de santé tendrait naturellement à rapprocher leur activité professionnelle de la prestation de service, l'aspect plus «mercantile» et impersonnel de la profession pharmaceutique associée à la vente de médicaments en vente libre pourrait militer en faveur de l'applicabilité de la L.p.c. Cette solution aurait le mérite, au vu de l'affaire *Association Pharmaceutique du Québec c. Eaton*, de permettre au consommateur d'intenter l'action en réparation du préjudice causé par un médicament au Québec, suivant les termes des arts. 20 et 21 L.p.c., dès lors que : «Le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur». Au surplus, elle pourrait faire obstacle à la défense des risques de développement prévue à l'article 1473, al. 2. C.c.Q., dont l'applicabilité en matière contractuelle semble convaincre certains auteurs¹³⁷.

Par delà le fondement juridique de l'action visant à obtenir l'indemnisation du dommage subi par les médicaments, force est toutefois d'observer que c'est dans la procédure, et non dans le droit positif, que se niche la véritable protection des

136. Un parallèle peut ici être établi avec les garanties de *fitness* et de *merchantability* nées du droit anglais : cf. *G.H. Myers and Co. v. Brent Cross Service Co.*, [1934] 1 K.B. 46 et *Young & Marten Ltd. v. Mc Manus Child Ltd.*, [1969] 1 A.C. 454 (H.L.). Celles-ci s'appliquent fort mal aux opérations juridiques hybrides, soit celles qui consistent en la vente d'un produit de santé et la prestation d'un service. En *common law* canadienne, voir surtout *Ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 S.C.R. 674 (B.-C.), commentée par Matthew Lewans, «Subjective Tests and Implied Warranties: Prescriptions for Hollis v. Dow Corning and ter Neuzen v. Korn» (1996) 60 Sask L. Rev. 209; S. M. Wexler, «Liability for Medical Products : Comment on ter Neuzen c. Korn and Dow v. Hollis» (1996) 30 U.B.C. L. Rev. 319 et Stephen G. Coughlan et Sudeep Bhattacharjee, «Strict Liability for Medical Products?: When Should Doctors Be Liable» (1994/ 1995) 3 Health Law Review 46.

137. Se pose alors la difficulté de déterminer si le pharmacien pourrait s'exonérer de toute responsabilité en recourant aux risques de développement. À ce sujet, voir surtout et plus largement Nathalie Vézina, «L'exonération fondée sur l'état des connaissances scientifiques et techniques, dite du "risque de développement" : regards sur un élément perturbateur du droit québécois de la responsabilité du fait des produits» dans Pierre-Claude Lafond, dir., *Mélanges Claude Masse, En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Yvon Blais, 2003 à la p. 433 et s.

consommateurs. Si «[...] de très nombreux accidents demeurent anonymes parce qu'ils sont individuels»¹³⁸, devons-nous conclure que le recours collectif s'avère alors le véhicule procédural presque nécessaire au succès d'une action fondée sur l'allégation d'un médicament défectueux? Par voie de conséquence, les pharmaciens ne seront que fort rarement interpellés en tant que débiteurs de la garantie de qualité.

CONCLUSION

Le cadre juridique applicable aux pharmaciens demeure flou en raison de l'incertaine interaction entre les institutions de droit civil et de droit commercial pertinentes. Alors qu'une réforme législative n'est ni souhaitable, ni nécessaire, il importe en revanche de poser des balises à l'exercice du pouvoir judiciaire à la lumière des particularités propres à la profession pharmaceutique. Non seulement cet exercice permet-il d'assurer la certitude des règles de droit, mais encore il offre l'avantage d'anticiper les difficultés soulevées par l'adéquation des institutions juridiques traditionnelles au renouveau professionnel des pharmaciens.

Cette étude a mis en évidence que le double rôle du pharmacien est susceptible de faire interagir deux systèmes normatifs qui mettent en relief les obligations dont il est débiteur. Elle s'inscrit dans la réflexion plus large ayant pour objet les conditions de l'indemnisation du préjudice corporel causé par les médicaments, et met en relief les difficultés auxquelles sont confrontées les victimes dans l'exercice de leurs droits. La conclusion milite en faveur de l'irréductible nécessité d'appréhender la responsabilité des pharmaciens en scindant l'analyse entre les médicaments vendus sous ordonnance d'un côté, et ceux vendus en vente libre, de l'autre. Non seulement le parcours déontologique emprunte-t-il lui aussi cette voie, mais encore les institutions du droit civil semblent dicter cette solution

138. Denise Nguyen Thanh-Bourgeois, «La sécurité des consommateurs. Réflexions sur l'affaire du talc Morhange» D. 1981 à la p. 87.

à la lumière de la prestation réellement effectuée, soit la distribution des produits, ou la prestation d'un soin de santé. Mais cette solution ne saurait se substituer à l'impératif d'harmoniser les règles préventives de distribution des médicaments (surtout dans le contexte des échanges électroniques) afin de favoriser l'accès aux médicaments sans pour autant réduire le niveau de sécurité auquel s'attendent les consommateurs.

À l'interrogation terminologique posée en introduction, peut-on répondre à l'aide de l'éclairage qu'offre le *Règlement sur les conditions et modalités de vente des médicaments*¹³⁹, alors qu'il utilise la dichotomie entre *patients*, d'un côté, et *clients*, de l'autre, afin de rendre compte de la vente de médicaments vendus sous ordonnance ou sous contrôle pharmaceutique? Bien plus qu'une subtilité linguistique, cette précision de langage rend compte de la double fonction qui échoit au pharmacien, ce professionnel assis entre deux chaises. Avec un auteur, convenons que : «L'espace de la pharmacie est tout entier investi par deux logiques qui ne sont pas nécessairement contradictoires mais dont l'ostensible coexistence dessert et renforce l'une et l'autre. *L'articulation de ces deux dimensions, commerciales et médicinales, inscrit les pratiques dans un paradoxe qui est au cœur et, dans une certaine mesure, à l'origine du sens dans l'officine*»¹⁴⁰ [nos italiques]. Dès lors, force est donc de convenir que la responsabilité civile doit également refléter le caractère hybride de la profession pharmaceutique, à défaut par le législateur de s'attaquer plus spécifiquement à l'indemnisation du préjudice causé par les médicaments.

139. *Règlement sur les conditions et modalités de ventes des médicaments*, supra note 9. Voyez également le *Règlement sur l'étiquetage des médicaments et des poisons*, supra note 9, qui utilise le terme «patient» dans l'énumération des renseignements devant figurer sur l'étiquette des médicaments vendus sous ordonnance médicale.

140. Hilgers, supra note 2 à la p. 9.