RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3079/2021-EXPLOI **ATA/1107/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 octobre 2021

sur effet suspensif

dans la cause

A_____

contre

SERVICE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES VÉTÉRINAIRES

Attendu en fait que :

1) A_____ (ci-après : la société) a pour but l'exploitation d'un laboratoire de microbiologie et de technologie alimentaires, conseils et expertises en technologie alimentaire.

2) Le 20 octobre 2020, le service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) a procédé à une commande « achat-test » auprès de la société du complément alimentaire « réf. 4506 B_____, perte de poids » (ci-après : l'échantillon) pour le prix de CHF 49,-.

3) Un rapport de prélèvement a été établi par le SCAV le 5 novembre 2020.

4) Après avoir informé la société de l'achat-test, sollicité des explications et, notamment, la fiche technique de l'extrait d'algues brunes utilisées, y compris la nature de l'extrait, sa méthode de production et sa fonction dans l'échantillon contesté, pris connaissance de la réponse de la société du 17 février 2021, le SCAV a, par décision du 29 avril 2021, rendu un rapport d'analyse-décision le 29 avril 2021 dont il ressort que, tant l'étiquetage (allégation de santé) que la composition (présence d'extrait d'algue brune) n'étaient pas conformes.

En conséquence, le solde de la marchandise devait être retiré du commerce avec effet immédiat (point 1 de la décision). L'ensemble des allégations de santé non autorisées des étiquettes, documents publicitaires et site internet devaient être supprimés afin de le rendre conforme au droit alimentaire en vigueur d'ici au 21 mai 2021 (point 2 de la décision). Les causes devaient être élucidées et les mesures correctives appropriées prises au sens de l'art. 34 al. 3 de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 20 juin 2014 (Loi sur les denrées alimentaires, LDAl ; RS 817.0). Un autocontrôle devait être mis en place ou modifié afin de veiller, dans le cadre de l'activité de la société à ce que les marchandises soient conformes aux exigences légales au sens de l'art. 26 LDAI (point 3 de la décision). Le chimiste cantonal du for devait être informé d'ici le 21 mai 2021 : des « informations » de traçabilité pour la marchandise concernée ; des quantités totales de marchandises importées, encore en stock, vendues et retirées du commerce ; des mesures correctives mises en place.

5) La société a fait opposition le 14 mai 2021.

L'autorité décisionnaire n'était pas compétente *ratione loci*, la société ayant son siège dans le canton de Vaud. Le produit était conforme à la législation alimentaire puisque l'algue brune ascophyllum nodosum utilisée dans la production de l'échantillon contesté était autorisée par le catalogue Novel Food de l'Union européenne et que la méthode d'extraction n'altérait ni ne modifiait la composition de la matière première.

6) Par décision du 11 août 2021, le SCAV a rejeté l'opposition.

Il était compétent, l'échantillon contesté étant vendu sur le territoire genevois.

L'échantillon contesté était composé d'un extrait d'algue brune ascophyllum nodosum et non de l'algue en elle-même. Or, l'extrait était obtenu par un processus d'ultrafiltration et de séchage. La composition de l'extrait était différente de celle de l'algue dans son ensemble car modifiée de façon significative dans sa composition et sa structure. Or, un extrait issu d'une ultrafiltration et d'un séchage de l'algue concernée était une nouvelle sorte de denrée alimentaire et, de ce fait, ne pouvait pas être mise sur le marché sans une autorisation de l'office fédéral de la sécurité alimentaire et de affaires vétérinaires (ci-après : OFAV), selon les exigences définies dans l'ordonnance du département fédéral de l'intérieur sur les nouvelles sortes de denrées alimentaires du 16 décembre 2016 (RS 817.022.2). Il ne ressortait pas du dossier que la société aurait obtenu dite autorisation préalable de commercialisation de produits composés d'extraits d'algues ascophyllum nodosum auprès de l'OSAV.

Les mesures ordonnées étaient proportionnelles, puisque nécessaires et aptes à atteindre les intérêts publics qu'étaient la protection des consommateurs et la santé publique. Le rappel de marchandises était l*'ultima ratio*, de sorte que le seul prononcé d'un retrait était proportionnel. L'amélioration de l'autocontrôle servait à éviter qu'un tel cas ne se reproduise.

7) Par acte du 14 septembre 2021, la société a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision sur opposition précitée. Elle a conclu à ce que le chimiste cantonal constate qu'il n'était pas compétent et à l'annulation de la décision. Préalablement, l'effet suspensif devait être octroyé au recours. Subsidiairement, il devait être constaté que l'extrait d'algue brune ascophyllum nodosum était une denrée alimentaire autorisée au sens du droit alimentaire suisse et européen.

Le droit fédéral déléguait l'exécution de la surveillance aux cantons, notamment par le biais des organes d'exécution qu'étaient les vingt-six chimistes cantonaux. Chaque canton était donc souverain sur son territoire, conformément au commentaire de l'art. 52 LDAI. L'incohérence de la compétence du chimiste cantonal genevois aboutissait à une double vérification, illogique, du produit incriminé. En effet, le chimiste cantonal vaudois avait effectué une vérification approfondie des produits de la société le 1er octobre 2020, y compris celle du produit concerné, dont il avait sanctionné l'étiquetage, mais avait déclaré la composition conforme. Il était particulièrement choquant qu'une seconde entité administrative, extérieure au canton de résidence de la recourante, puisse quelques mois plus tard rendre une décision contraire sans coordination aucune avec l'autorité cantonale compétente. Au surplus, le chimiste cantonal genevois ordonnait une mesure sur l'étiquetage qui était déjà en cours et qui bénéficiait d'un délai dans le cadre de la procédure de contrôle par le chimiste cantonal vaudois. La coordination et la communication entre les deux chimistes cantonaux semblaient donc inexistantes. L'insécurité ainsi créée était incompréhensible et préjudiciable à la sécurité des administrés.

C'était à tort que le SCAV considérait que l'ultrafiltration et le séchage créaient une nouvelle sorte de denrée alimentaire. Il s'était fondé sur une définition unique et étroite du début des années 1990. Le processus d'ultrafiltration n'ajoutait rien, mais enlevait et était utilisé pour la clarification, la concentration, le dessalage ou la purification, de manière quasi généralisée dans la fabrication des jus de fruits et légumes, et de manière très régulière dans la filtration du vin et de la bière, du fromage, du beurre et de nombreux produits laitiers et écrémés notamment. Il s'agissait d'un processus permettant d'améliorer la sécurité des aliments tout en évitant les traitements thermiques néfastes. Ces utilisations ne transformaient pas les denrées alimentaires soumises au processus de filtration en nouvelle sorte de denrées alimentaires et aucune d'entre elles n'avait jamais été contestée par une autorité suisse ou européenne. Le fabricant de la denrée alimentaire avait confirmé que les autorités européennes, notamment françaises, belges ou italiennes, ne considéraient pas l'extrait incriminé comme un Novel Food. Ce faisant, la Suisse n'était pas autorisée à considérer ladite denrée autrement que l'Union européenne. Un rapport réglementaire sollicité auprès du cabinet de conseil juridique LegSys à Neuchâtel confirmait ce point de vue.

8) Le SCAV a conclu au rejet du recours et, préalablement, à ce que sa compétence et la levée de l'effet suspensif par le SCAV soient confirmées.

La compétence était liée au lieu de la commercialisation du produit remis aux consommateurs, indépendamment du siège de l'entreprise. Il y avait eu entente entre les chimistes cantonaux genevois et vaudois, comme indiqué dans le rapport d'analyse-décision. L'aspect Novel Food du produit B_____ n'avait pas été évalué lors du contrôle de l'office de la consommation vaudois (ci-après : OFCO).

La recourante n'avait ni invoqué ni démontré que ses intérêts privés seraient prépondérants sur l'intérêt public à la santé humaine recherché par le prononcé du retrait immédiat de l'échantillon. Même si elle devait invoquer des intérêts privés d'ordre pécuniaire ou réputationnel, la consultation du site internet de la société indiquait qu'elle vendait pas moins de cinq compléments alimentaires et dix vitamines et oligo-éléments. L'échantillon contesté n'était donc pas le seul produit vendu par la recourante, de sorte que son chiffre d'affaires ne serait impacté que dans une moindre mesure. Le risque réputationnel était moindre, le SCAV n'ayant prononcé qu'un retrait et non un rappel de produit. Aucune mise en garde publique n'avait non plus été ordonnée. L'effet suspensif ne devait pas être restitué.

9) La société n'a pas souhaité se déterminer dans une éventuelle réplique sur effet suspensif.

10) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif.

Le contenu des pièces produites sera repris en tant que de besoin dans la partie en droit de la présente décision.

Considérant en droit :

1) Les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par la présidente de la chambre administrative, respectivement par le vice-président, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par un juge (art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative du 26 septembre 2017).

2) Sauf disposition légale contraire, le recours a effet suspensif à moins que l'autorité qui a pris la décision attaquée n'ait ordonné l'exécution nonobstant recours (art. 66 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose, la juridiction de recours peut, sur la demande de la partie dont les intérêts sont gravement menacés, retirer ou restituer l'effet suspensif (art. 66 al. 3 LPA).

3) Selon la jurisprudence constante de la chambre administrative, des mesures provisionnelles – au nombre desquelles compte la restitution de l'effet suspensif (Philippe WEISSENBERGER/Astrid HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], Brennpunkte im Verwaltungsprozess, 2013, 61-85, p. 63) – ne sont légitimes que si elles s'avèrent indispensables au maintien d'un état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts compromis (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ATA/228/2020 du 25 février 2020 et les références citées).

4) L'octroi de mesures provisionnelles présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405).

Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (arrêts précités). Ainsi, dans la plupart des cas, les mesures provisionnelles consistent en un minus, soit une mesure moins importante ou incisive que celle demandée au fond, ou en un aliud, soit une mesure différente de celle demandée au fond (Isabelle HÄNER, Vorsogliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265).

5) a. Lorsque l'effet suspensif a été retiré ou n'est pas prévu par la loi, l'autorité de recours doit examiner si les raisons pour exécuter immédiatement la décision entreprise sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution. Elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation qui varie selon la nature de l'affaire. La restitution de l'effet suspensif est subordonnée à l'existence de justes motifs, qui résident dans un intérêt public ou privé prépondérant à l'absence d'exécution immédiate de la décision ou de la norme (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 5.5.1).

b. Pour effectuer la pesée des intérêts en présence, l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 117 V 185 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_435/2008 du 6 février 2009 consid. 2.3 et les arrêts cités).

6) La nouvelle LDAl est entrée en vigueur le 1er mai 2017.

Selon l'Ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 16 décembre 2016 (ODAlOUs ; RS 817.02), les nouvelles sortes de denrées alimentaires sont des denrées alimentaires dont la consommation humaine en Suisse ou dans les États membres de l'Union Européenne était négligeable avant le 15 mai 1997, et qui relèvent de l'une des catégories citées, dont notamment les denrées alimentaires résultant d'un procédé de fabrication qui n'était pas utilisé avant le 15 mai 1997, qui entraîne des modifications significatives dans leur composition ou leur structure, lesquelles affectent leur valeur nutritionnelle, le type de leur métabolisme ou leur teneur en substances indésirables (art. 15 al. 1 let. g ODAlOUs).

Selon l'art. 16 ODAIOUs, les nouvelles sortes de denrées alimentaires peuvent être mises sur le marché à l'une des conditions suivantes : le département fédéral de l'intérieur (ci-après : DFI) les a désignées dans une ordonnance comme des denrées alimentaires pouvant être mises sur le marché (let. a), l'OSAV les a autorisées conformément à l'art. 17 (let.b).

7) En l'espèce, les chances de succès du recours ne sont, à première vue, pas évidentes. La question de savoir si l'extrait d'algue concerné doit être considéré comme un Novel Food est technique et nécessite, au fond, un examen approfondi.

La recourante a produit deux pièces. La première provient de la société C_____, soit le fournisseur de l'ingrédient principal ID-Alg. Selon celle-ci, il peut être considéré que l'ultrafiltration va modifier la composition de l'extrait de l'ascophyllum nodosum puisque certains composés vont être partiellement éliminés. Il ne s'agirait toutefois pas de modifications significatives. Le fournisseur indique ne pas disposer d'analyses détaillées permettant de comparer l'algue avec l'extrait d'algue. Elle détaille l'utilisation du procédé d'ultrafiltration dans le domaine alimentaire au sein de l'Union européenne depuis le début des années 1990 et conclut que, en l'état de sa connaissance, l'extrait concerné ne rentre pas dans le champ d'application de règlement (CE n° 2283/2015 sur les nouveaux aliments) avant de conclure que les définitions de « nouvel aliment » selon le règlement CE n° 2015/2283 et « nouvelle sorte de denrée alimentaire » selon l'art. 15 ODAIOUs sont similaires.

Le second document, soit un rapport de conformité réglementaire de LegSys de Neuchâtel du 10 juillet 2020, mis à jour le 10 mai 2021, en vue de la mise sur le marché suisse de compléments alimentaires à base de plantes, traite dans ses conclusions du fait que l'algue en tant que telle ne figure pas dans la liste des plantes interdites en Suisse de l'annexe 1 de l'Ordonnance du DFI sur les denrées alimentaires d'origine végétale, les champignons et le sel comestible du 16 décembre 2016 (RS 817.022.17 ; ODAIEV), ce que le SCAV ne semble de prime abord pas contester. LegSys développe ensuite le processus d'extraction à l'eau, chaude ou froide, qui est considéré comme traditionnel et ne dénaturant pas l'ingrédient initial. « Le reste du processus n'est que filtration et stabilisation – homogénéisation. Aucune de ces étapes ne peut amener une transformation

de l'ingrédient ou de sa structure ». En conséquence, l'extrait d'algue pouvait être mis sur le marché sans autorisation en raison de son utilisation significative avant mai 1997.

À première vue, si ces documents permettent de mieux appréhender la problématique, ils ne répondent, de prime abord et sans préjudice de l'examen au fond, pas à la question précise posée par le présent litige.

En l'état et jusqu'à l'analyse de la problématique au fond, les raisons pour exécuter immédiatement la décision de retrait du produit concerné sont plus importantes que celles justifiant le report de son exécution.

Dans cette attente, la mise en balance des intérêts en jeu ne permet pas de revenir sur le caractère immédiatement exécutoire de la décision. Non seulement l'autorité intimée jouit à ce propos d'un pouvoir d'appréciation important, mais les intérêts privés que la recourante pourraient mettre en avant doivent céder le pas à l'intérêt public à la protection de la santé des consommateurs et à la santé publique, étant précisé que l'autorité intimée relève, à juste titre, que la société recourante ne donne aucune précision sur la lésion apportée à ses propres intérêts.

En conséquence, la demande de restitution de l'effet suspensif sera refusée.

8) Le sort des frais de la présente décision sera réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

refuse de restituer l'effet suspensif ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à A_____ ainsi qu'au service de la consommation et des affaires vétérinaires.

Le vice-président :

C. Mascotto

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :