



POUVOIR JUDICIAIRE

A/4151/2024-EXPLOI

ATA/164/2025

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 11 février 2025

sur effet suspensif

dans la cause

A_____ Sàrl

représentée par Me Arnaud PARREAUX, avocat

recourante

contre

**SERVICE DE LA CONSOMMATION ET
DES AFFAIRES VÉTÉRINAIRES**

intimé

Vu le « rapport d'analyse – décision » du service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) du 23 octobre 2024 interdisant à A_____ Sàrl (ci-après : A_____), avec effet immédiat, la commercialisation des cigarettes électroniques jetables de marque ISOK NEOS - BLACKBERRY DRAGON/BLACK ICE et X BLUEBERRY/LYCHEE ICE et ordonnant le rappel de tous les produits similaires de la même gamme que les précitées auprès de ses distributeurs et des consommateurs, quel que soit l'arôme ou le n° de lot ; que ces derniers devaient être informés des motifs de rappel soit que le volume des cartouches ou les réservoirs excèderaient 2 ml et/ou que l'emballage n'indiquerait pas le n° du lot (mesure n° 1) ; que dans les trois jours qui suivaient la réception du rapport, différentes informations, qui étaient listées, devaient être fournies au SCAV (mesure n° 2) ; que vu les risques pour la santé, l'effet suspensif au recours était retiré pour la mesure n° 1 ;

vu le recours interjeté le 13 décembre 2024 devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) par A_____ contre la décision du SCAV du 13 novembre 2024 rejetant son opposition du 31 octobre 2024 formée contre le « rapport d'analyse – décision » précité ; que A_____ a conclu, au fond, à ce qu'une expertise judiciaire par un laboratoire suisse agréé soit effectuée sur deux échantillons de cigarettes électroniques jetables de marque ISOK NEOS BLACKBERRY DRAGON/BLACK ICE et X BLUEBERRY/ LYCHEE ICE, à l'audition d'un représentant de l'office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP) et à l'annulation de la décision sur opposition ; que, sur effet suspensif, elle a conclu à sa restitution à la mesure n° 1 du rapport d'analyse et à ce qu'elle soit autorisée à commercialiser et distribuer, à titre provisoire, tout produit de cigarette électronique jetable de la marque ISOK NEOS et X jusqu'à droit jugé au fond ;

qu'elle a précisé que le 27 septembre 2024, le SCAV avait procédé au prélèvement de deux pièces pour un échantillon n° 1_____ de marque ISOK X BLUEBERRY/LYCHEE ICE et deux pièces pour un échantillon n° 2_____ de marque ISOK NEOS BLACKBERRY DRAGON/BLACK ICE ; que leur analyse avait relevé que le volume des cartouches ou réservoirs avaient une capacité de 4.3 ml pour le premier échantillon et de 3.5 ml pour le second ; que chacune des pièces des deux échantillons contenait « 2 ml, 2% de nicotine » selon la mention indiquée sur l'emballage ; que le 1^{er} octobre 2024, la loi fédérale sur les produits du tabac les cigarettes électroniques du 1^{er} octobre 2021 (LPTab - RS 818.32) était entrée en vigueur ; qu'au vu des résultats des prélèvements, le fournisseur avait procédé, les 28 octobre, 26 et 27 novembre 2024, à des tests qui avaient démontré que le liquide contenant de la nicotine, stocké dans un coton afin d'empêcher son écoulement, était de 1.95 ml pour ISOK NEOS et de 1.94 ml pour ISOK X ; que le nouveau droit était applicable ; que A_____ avait interpellé l'OFSP sur une divergence linguistique entre les textes français et italiens d'une part de l'art. 9 let. B LPTab, lesquels évoquaient la quantité maximale de liquide contenant de la nicotine, et allemand d'autre part, qui mentionnait le terme de « *Behälter* » pouvant être interprété comme référence à un contenant ou réservoir ; que l'OFSP avait certifié que la version française était originale et que la version allemande avait été rédigée à partir de la première, avec une petite erreur de vocabulaire non négligeable ; que

le SCAV s'était fondé, à tort, sur la version allemande de la LPTab ; que selon les tests effectués par la recourante, le volume de liquide contenant de la nicotine dans les cigarettes électroniques de marque ISOK NEOS et ISOK X était en dessous de la valeur maximale légale de 2 ml ; que l'étiquetage était conforme aux exigences ; que la mesure prise par le SCAV impliquait un arrêt net à ses activités principales, préjudiciable à sa santé financière ; qu'il aurait pour conséquence une importante perte de son chiffre d'affaires la conduisant à sa faillite ; que les prescriptions légales étant respectées, aucun intérêt public n'était menacé ; que même dans cette hypothèse, le SCAV ne démontrait pas que l'intérêt public à la santé des consommateurs serait menacé de manière imminente si elle poursuivait son activité ; que la pesée des intérêts imposait en tous les cas la restitution de l'effet suspensif compte tenu de l'intérêt très important de la recourante à la survie de son entreprise ; qu'au fond, l'autorité intimée avait violé notamment l'art. 9 LPTab et abusé de son pouvoir d'appréciation ;

que, sur effet suspensif, le SCAV a conclu au rejet de la demande ; que les produits étaient toujours en vente, à tout le moins sur le site Internet ; que l'ancien droit s'appliquait, la date pertinente étant la mise sur le marché des produits et non celle des prélèvements ; que le but poursuivi par la législation était toutefois le même s'agissant de la protection de la santé des consommateurs, en particulier des jeunes ; qu'au niveau fédéral, une motion avait été acceptée par le conseil national en juin 2024 visant à interdire les « *puffs* » tant pour la protection de la santé de la jeunesse que pour des questions environnementales ; que dans le cas d'espèce, le volume du réservoir, mesuré par le service, dépassait les 2 ml réglementaires découlant des directives techniques européennes applicables en vertu du principe Cassis de Dijon ou de la nouvelle législation ; que la recourante commercialisait un autre produit et qu'il ressortait de son but social qu'elle était légitimée à avoir des activités dans d'autres domaines que les ventes de cigarettes électroniques jetables ; que l'intérêt économique privé de la recourante à continuer de vendre un produit non conforme ne pouvait pas primer l'intérêt public visant la protection de la santé notamment de la jeunesse ;

que dans sa réplique sur effet suspensif, la recourante a indiqué avoir commandé un stock de 10'000 cigarettes électroniques jetables IOSK PRO, sans nicotine, en 2023, dont il restait un solde de 680 pièces ; que non seulement ce produit ne rencontrait pas un franc succès auprès des consommateurs mais qu'il ne lui permettrait pas d'assurer son avenir financier tout au long de la procédure sur le fond si l'effet suspensif ne lui était pas restitué ; qu'elle n'avait pas d'activité en lien avec le but secondaire de ses statuts ; qu'elle persistait dans son argumentation, y compris sur l'application du nouveau droit ;

que dans une duplique spontanée sur effet suspensif, le SCAV a produit des photos des cigarettes électroniques de marque ISOK NEOS et ISOK X démontées aux fins de prouver que le coton imbibé n'était pas à l'air mais se trouvait dans un réservoir étanche, lequel n'était autre que le tube métallique de la cigarette électronique elle-même ; qu'aux extrémités du coton imbibé se trouvaient des joints étanches permettant de contenir le liquide ; que l'association du tube métallique et des joints étanches constituaient effectivement un réservoir à proprement parler ; qu'il joignait un courriel d'une avocate de l'OFSP traitant de la problématique ; que selon cette dernière, les produits étaient indéniablement non

conformes à la législation tant ancienne que nouvelle ; que ladite avocate contestait la réponse précédemment envoyée par l'OFSP à la recourante, la réponse n'ayant pas été consolidée avec la division droit ; qu'elle confirmait que si la phrase introductive de l'article de loi litigieux pouvait effectivement faire douter de l'interprétation, son titre clarifiait la situation ; que de surcroît le texte explicatif du message ne laissait pas de doute sur le fait que les recharges ne devaient pas pouvoir contenir plus que 10 ml et les « *e-cig* » jetables et cartouches à usage unique pas plus de 2 ml ;

que les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur effet suspensif ;

qu'en droit, les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par le président de la chambre administrative, respectivement par la vice-présidente, ou en cas d'empêchement de ceux-ci, par une ou un juge (art. 9 al. 1 du règlement interne de la chambre administrative de la Cour de justice du 26 mai 2020) ;

que 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) ;

que 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) ;

que 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) ;

que 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) ;

qu'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, Vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, RDS 1997 II 253-420, p. 265) ;

que 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) ;

que 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) ;

que la question du droit applicable sera traitée au fond ; que la recourante soutient que le nouveau droit serait applicable ; que toutefois l'interprétation du nouvel art. 9 LTab telle qu'effectuée par le service juridique de l'OFSP lui serait, *prima facie*, défavorable ; que l'application de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 20 juin 2014 (LDAI - RS 817.0) semble à première vue applicable compte tenu des dispositions transitoires de la LTab ;

que selon l'art. 15 al. 1 LDAI, seuls les objets usuels sûrs peuvent être mis sur le marché ; que selon l'arrêt du 24 avril 2018 du Tribunal administratif fédéral suisse (cause C-7634/2015) en application du principe de Cassis de Dijon, les cigarettes électroniques contenant de la nicotine peuvent être commercialisées en Suisse sous réserve qu'elles respectent la directive 2014/40/UE ; que celle-ci précise que dans le cas des cigarettes électroniques jetables, le volume des cartouches des réservoirs ne doit pas excéder 2 ml (art. 20 ch. 3 let. A) ; que les unités de conditionnement ainsi que tout emballage extérieur des cigarettes électroniques doit inclure sur l'étiquetage numéro de lot (art. 20 ch. 3 let. b et i) ;

que, de prime abord, il ne semble pas contesté que les n° de lots n'ont pas été mentionnés sur les échantillons litigieux, ce qui violerait la directive précitée ; que les parties s'opposent sur la contenance des cigarettes électroniques concernées ; que la recourante allègue que le liquide contenant la nicotine est stocké dans un coton, matériau absorbant qui limiterait l'accès au liquide « garantissant une consommation conforme à la limite de 2 ml prévue par l'art. 9 LPTab » ; que les rapports produits par la recourante semblent, de prime abord, porter sur des produits différents, soit ISOK modèle H072 échantillon GRAPEY et ISOK modèle H103N « *Mixed fruit* » ; que lesdits tests intitulés « B_____ *Test Report* » rendus par « B_____ Co., Ltd » auraient porté sur la quantité de E-liquide et non sur la taille du réservoir ;

que les intérêts de la recourante sont importants quand bien même elle ne les a que peu documentés ; que l'autorité intimée jouit d'un pouvoir d'appréciation important ; que c'est sans abuser de celui-ci que le SCAV a considéré que les intérêts privés que la recourante met en avant doivent céder le pas à l'intérêt public à la santé des consommateurs, singulièrement de la jeunesse ;

qu'en conséquence, la demande de restitution de l'effet suspensif sera refusée ;

que 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), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision à Me Arnaud PARREAUX, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de la consommation et des affaires vétérinaires.

Le président :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :