

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/790/2020-EXPLOI

ATA/377/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Décision du 20 avril 2020

sur effet suspensif

dans la cause

A_____

représentée par Me Marc Balavoine, avocat

contre

SERVICE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES VÉTÉRINAIRES

Attendu en fait que :

- 1) A_____ (ci-après : la société) a pour but la conception, production et vente de produits naturels (huiles essentielles) issus de l'extraction de plantes agricoles.
- 2) Le 4 juillet 2019, le service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) a procédé à une inspection de l'entreprise. Trois prélèvements ont été effectués sur les produits vendus par la société. Ils concernaient respectivement les produits « Vita + Oil – 2 Regular », « CBD Oil 20 intense Cannaliz » et « THC Oil ¼ Cannaliz » (ci-après : produits 1, 2 et 3).
- 3) Selon le « rapport d'inspection – décision » du 11 juillet 2019 faisant suite à l'inspection, trois manquements à la législation sur les denrées alimentaires étaient relevés, à savoir l'autocontrôle était inadapté, les allégations de santé sur le site internet de l'entreprise n'étaient pas conformes s'agissant des produits contenant du cannabidiol (ci-après : CBD) et l'entreprise vendait des denrées alimentaires contenant du CBD.
- 4) Le 19 juillet 2019, le SCAV a prononcé une « contestation – décision » SL-2019-GE-923 à l'encontre de la société.
- 5) A_____ y a fait opposition le 2 août 2019 en invoquant principalement que les huiles contenant du CBD n'étaient pas des denrées alimentaires, mais des produits chimiques. Son activité et ses produits n'étaient pas soumis au droit alimentaire.
- 6) Le 7 octobre 2019, trois « rapport d'analyse – décision » ont été rendus (n° 19-63056 ; 19-63057 ; 19-53058) par le SCAV.

Il en ressortait que la teneur en delta 9-tétrahydrocannabidiol (THC) des produits 2 et 3 était trop élevée.

Les trois produits contenaient un extrait de cannabis à forte teneur en CBD. Cet ingrédient était considéré comme une nouvelle sorte de denrée alimentaire (novel food) au sens de la législation fédérale. L'utilisation de cet ingrédient dans une denrée alimentaire nécessitait une autorisation préalable de l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (ci-après : OSAV) avant toute commercialisation.

En conséquence, les produits litigieux ne devaient être ni commercialisés, ni utilisés dans des préparations alimentaires. Le solde de la marchandise devait être retiré du commerce. L'effet suspensif était retiré en cas d'opposition, vu les risques pour la santé ou de tromperie des consommateurs.

- 7) Le même jour, le SCAV a prononcé une ordonnance pénale à l'encontre de l'administrateur unique de la société et lui a infligé une amende de CHF 1'000.-.
- 8) Le 18 octobre 2019, la société a fait opposition auxdits rapports d'analyse. Elle s'étonnait que de nouvelles mesures soient ordonnées alors qu'elles avaient la même portée

que celle ordonnée le 19 juillet 2019. Elle contestait le caractère exécutoire nonobstant opposition alors même qu'aucune urgence n'avait été relevée en juillet 2019.

Elle avait renoncé à vendre le produit 1. La décision devait être annulée s'agissant de celui-ci. Pour le surplus, elle requérait la restitution de l'effet suspensif de l'opposition. Les produits querellés n'étaient pas des denrées alimentaires, mais des produits chimiques.

9) Le même jour, l'administrateur de la société a fait opposition à l'ordonnance pénale auprès du chimiste cantonal.

10) Par courriel du 16 janvier 2020, la juriste du SCAV a confirmé à l'administrateur de la société que l'opposition à l'ordonnance pénale était admise. Il n'y avait plus de « volet pénal actif » ni contre l'intéressé ni contre la société.

En l'état, le dossier ne contient pas de plus amples informations.

11) Par décision du 28 janvier 2020, déclarée exécutoire nonobstant recours, le SCAV a rejeté les oppositions formées par la société les 2 août 2019 et 18 octobre 2019.

Les produits étaient alimentaires. Ils étaient prêts à l'emploi et le conditionnement dans un compte-gouttes l'avait convaincu qu'une consommation par voie orale était visée en premier lieu, ce que confirmait la documentation abondante trouvée sur le site internet de l'entreprise ainsi que sur les sites des sociétés concurrentes. La société ne contestait pas les résultats des analyses. Or, ces produits devaient être considérés comme des « nouvelles sortes de denrées alimentaires ». Une autorisation de l'OSAV était nécessaire préalablement à leur mise sur le marché. L'effet suspensif avait été retiré, comme pour la quasi totalité de ce type de décisions, puisqu'il importait de garantir et d'assurer la santé publique sans délai. Cet intérêt public prévalait sur l'intérêt privé de la société de commercialiser ses produits. Celle-ci n'expliquait d'ailleurs pas en quoi ses intérêts seraient gravement menacés par l'interdiction de continuer à commercialiser les trois produits concernés.

12) Par acte du 28 février 2020, la société a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a conclu à l'annulation de la décision sur opposition. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué. L'intérêt public à un retrait immédiat des produits litigieux était faible. Le chimiste cantonal avait toléré pendant plusieurs années la vente de ces produits. L'effet suspensif n'avait pas été retiré lors des décisions du 19 juillet 2019. Les huiles essentielles constituaient une part importante de son assortiment. L'existence de THC dans des produits chimiques était admissible moyennant le respect de certaines limites. Dès lors que les consommateurs étaient informés, comme en l'espèce, que le produit qu'ils achetaient n'était pas propre à être ingéré, le risque concret pour la santé n'était pas démontré.

13) Le SCAV a conclu au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif. L'effet suspensif avait été retiré à réception des résultats des analyses d'échantillons dès lors qu'il

était apparu que les taux en THC dans les produits 2 et 3 étaient plusieurs milliers de fois supérieurs à ceux autorisés.

14) Dans sa réplique sur effet suspensif, la recourante a persisté dans ses conclusions. Un pictogramme danger était apposé sur l'emballage permettant à tout consommateur raisonnable de comprendre que les huiles ne devaient pas être ingérées. L'administration avait brutalement changé de pratique. L'argument du taux de THC ne résistait pas à l'examen. Soit l'intimé considérait d'emblée qu'il s'agissait de denrées alimentaires, et il aurait dû prononcer leur retrait immédiat faute d'autorisation de l'OSAV, soit il considérait que les huiles essentielles pouvaient être commercialisées en tant que produits chimiques et il s'assurait simplement que leur teneur en THC respectait les valeurs de l'ordonnance sur les tableaux des stupéfiants. Il n'était donc pas nécessaire d'attendre les résultats des analyses.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger sur effet suspensif.

Considérant en droit :

1) Les décisions sur effet suspensif et sur mesures provisionnelles sont prises par le président 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) a. La nouvelle loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 20 juin 2014 (Loi sur les denrées alimentaires, LDAI ; RS 817.0) est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2017.

Selon l'Ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 16 décembre 2016 (ODAIOUS ; 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 qui se composent de végétaux ou de parties de végétaux, ou qui sont isolées ou fabriquées à partir de végétaux ou de parties de végétaux (art. 15 al. 1 let. d ODAIOUS).

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).

b. L'Office fédéral de la santé publique, l'OSAV et l'office fédéral de l'agriculture ont publié, conjointement avec Swissmedic, le 5 juillet 2019, la troisième version d'un fascicule de quinze pages intitulé « Produits contenant du cannabidiol (CBD) ; vue d'ensemble et aide à l'exécution » (ci-après : le guide). Celui-ci précise notamment que les produits contenant du CBD peuvent être légalement mis sur le marché sous forme d'huiles parfumées, conformément aux dispositions du droit sur les produits chimiques. Si leur présentation ou leurs utilisations laissent en revanche supposer ou suggèrent qu'ils pourraient entrer dans le champ d'application d'autres dispositions juridiques, l'aptitude de leur mise sur le marché doit être évaluée sur la base de ces autres dispositions.

Les produits finaux doivent être évalués individuellement, toutes les caractéristiques telles que la composition, l'utilisation prévue, le dosage, etc. étant prises en compte. « En cas de doute, l'autorité d'exécution décide que tel produit sera régi par telle législation et prend les mesures nécessaires ». Le guide précise que le classement d'un produit dans une catégorie donnée détermine la législation suisse à laquelle il est soumis, mais que cette détermination n'est pas chose aisée.

7) En l'espèce, il n'est pas contesté que le produit 1 est un complément alimentaire. La recourante l'a d'ailleurs retiré de la vente.

Les produits 2 et 3 mentionnent sur leur emballage un pictogramme attirant l'attention sur la dangerosité du produit. Ils sont composés, respectivement, à 60 % et 98,5 % d'huile d'olive. L'avertissement précise que « pour vos propres préparations ; ne convient pas à la consommation (CBD/THC). Éviter tout contact avec les yeux, la peau ou les vêtements ».

Le site de la société indique que « ces produits sont vendus sans aucune allégation médicale. Ils n'ont pas été testés pour traiter, soulager ou guérir des maladies ».

Les trois produits sont conditionnés dans une petite bouteille avec un compte-goutte.

S'il s'agit de produits alimentaires, comme le retient l'autorité intimée, les produits litigieux ne remplissent aucune des deux conditions alternatives de l'art. 16 ODAIOUs. Ils ne peuvent en conséquence être mis en l'état sur le marché.

La recourante conteste que la LDAI soit applicable auxdits produits. Elle allègue que ceux-ci respectent la loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses du 15 décembre 2000 (loi sur les produits chimiques, LChim ; 813.1). La recourante ne semble toutefois se fonder que sur un paragraphe dudit guide, qu'elle mentionne d'ailleurs sur son site, relatif à la vente d'huiles parfumées. Elle ne donne toutefois aucune précision sur l'usage pour lequel les produits sont conçus, se limitant à évoquer « des préparations ».

Dans ces conditions, compte tenu du pourcentage d'huile d'olive contenu dans les produits, de leur conditionnement avec un compte-goutte, du fait que le premier produit était un complément alimentaire, le bien-fondé du recours n'est, à première vue, pas manifeste. Le bien-fondé de l'argumentation de la recourante sera examiné en détail dans le cadre de l'instruction du recours, laquelle devra aussi déterminer si le prononcé de la décision querellée est justifié et respecte les principes, notamment celui de la bonne foi et de la proportionnalité, ce que la recourante conteste.

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 met en avant doivent céder le pas à l'intérêt public à la protection de la santé,

notamment au vu de l'importance du dépassement des taux de THC autorisés en cas d'ingestion des produits 2 et 3. L'argumentation de l'autorité intimée quant à l'absence de retrait de l'effet suspensif en juillet 2019 emporte, en l'état du dossier, conviction l'importance des dépassements précités n'étant alors pas connue.

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

- 8) Un délai au 25 mai 2020 est imparti à l'autorité intimée pour produire sa réponse sur le fond du litige.
- 9) 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 ;

impartit un délai au 25 mai 2020 au service de la consommation et des affaires vétérinaires pour produire sa réponse sur le fond ;

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 Me Marc Balavoine, avocat de la recourante, ainsi qu'au service de la consommation et des affaires vétérinaires.

La présidente :

F. Payot ZenRuffinen

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :