

# **GE\_GERICHTE ATA/902/2023 vom 24. August 2023**

GE Cour de justice, 2023-08-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_902\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_902_2023)

FR: GE\_GERICHTE ATA/902/2023 du 24 août 2023

IT: GE\_GERICHTE ATA/902/2023 del 24 agosto 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2

### **E. 05**

; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2. La recourante sollicite une expertise aux fins de prouver que le procédé d'extraction de plantes qu'elle utilise n'entraîne pas de modifications significatives dans la composition ou la structure de l'aubépine et de la passiflore. 2.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; 142 III 48 consid. 4.1.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas la juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier si elle acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que la juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 142 III 433 consid. 4.3.2 ; 141 III 28 consid. 3.2.4).

- 12/19 - A/3754/2022 2.2 Il ne sera pas donné suite à la demande d'expertise de la recourante. Comme cela ressort de ce qui suit, le litige peut être résolu en l'état du dossier. 3. Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de l'intimé confirmant son rapport d'analyse-décision du 2 mars 2022. À teneur de ce dernier, l'échantillon ne correspondait pas aux exigences légales, l'entreprise n'ayant pas fourni la documentation requise sur les ingrédients qui étaient considérés comme de nouvelles sortes de denrées alimentaires. L'utilisation de ces ingrédients dans une denrée alimentaire nécessitait une autorisation préalable de l'OSAV. Des mesures étaient en outre ordonnées notamment celle qui retenait que les denrées alimentaires contenant des ingrédients considérés comme nouvelles sortes de denrées alimentaires ne devaient être ni commercialisées ni utilisées, le solde de la marchandise devant être retiré du commerce avec effet immédiat. 3.1 Selon son art. 1, la LDAI a pour but de protéger la santé du consommateur des risques présentés par les denrées alimentaires et les objets usuels qui ne sont pas sûrs (a) ; de veiller à ce que la manipulation des denrées alimentaires et des objets usuels se fasse dans de bonnes conditions d'hygiène (b) ; de protéger le consommateur contre les tromperies relatives aux denrées alimentaires et aux objets usuels (c) ; de mettre à la disposition des consommateurs les informations

nécessaires à l'acquisition de denrées alimentaires et d'objets usuels (d). À teneur de l'art. 2 al. 1 LDAI, celle-ci s'applique : à la manipulation des denrées alimentaires et des objets usuels, c'est-à-dire à leur fabrication, leur traitement, leur entreposage, leur transport et leur mise sur le marché (a) ; à l'étiquetage et à la présentation des denrées alimentaires et des objets usuels ainsi qu'à la publicité et à l'information relatives à ces produits (b) ; à l'importation, à l'exportation et au transit des denrées alimentaires et des objets usuels (c). La LDAI s'applique à toutes les étapes de la production, de la transformation et de la distribution, y compris à la production primaire, dans la mesure où celle-ci est destinée à la fabrication de denrées alimentaires ou d'objets usuels (al. 2). On entend par denrées alimentaires l'ensemble des substances ou des produits transformés, partiellement transformés ou non transformés qui sont destinés à être ingérés ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient ingérés par l'être humain (art. 4 al. 1 LDAI). L'art. 4 al. 2 LDAI prévoit que sont également considérées comme des denrées alimentaires : les boissons, y compris l'eau destinée à la consommation humaine (a) ; les gommes à mâcher (b) ; toute substance incorporée intentionnellement dans la denrée alimentaire au cours de sa fabrication, de sa transformation ou de son traitement (c). En application de l'art. 7 LDAI, seules des denrées alimentaires sûres peuvent être mises sur le marché (al. 1). Une denrée alimentaire n'est pas considérée comme sûre s'il y a lieu de penser qu'elle entre dans l'une des catégories suivantes : elle est préjudiciable à la santé (al. 2 let. a) ; elle est impropre à la consommation

- 13/19 - A/3754/2022 humaine (al. 2 let. b). Selon l'al. 3, pour déterminer si une denrée alimentaire est sûre ou non, les éléments suivants doivent être pris en compte : les conditions normales d'utilisation à chaque étape de la production, de la transformation et de la distribution (let. a) ; les conditions normales d'utilisation de la denrée alimentaire par le consommateur (let. b) ; les informations fournies au consommateur, ou d'autres informations généralement accessibles concernant la prévention d'effets préjudiciables à la santé liés à une denrée alimentaire ou à une catégorie de denrées alimentaires (let. c). Le Conseil fédéral peut introduire une obligation d'autorisation ou de notification notamment pour les nouvelles sortes de denrées alimentaires (al. 5 let. a). Quiconque fabrique, traite, entrepose, transporte, met sur le marché, importe, exporte ou fait transiter des denrées alimentaires ou des objets usuels doit veiller à ce que les exigences fixées par la loi soient respectées. Il est tenu au devoir d'autocontrôle (art. 26 al. 1 LDAI). 3.2 Selon l'art. 15 al. 1 de l'ODAIU, les nouvelles sortes de denrées alimentaires sont des denrées alimentaires dont la consommation humaine en Suisse ou dans les États membres de l'UE était négligeable avant le 15 mai 1997, et qui relèvent de l'une des catégories énumérées de la let. a à la let. k. En l'espèce, est pertinente la let. g qui vise 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 (let. g). À teneur de l'art. 16 ODAIU, les nouvelles sortes de denrées alimentaires peuvent être mises sur le marché à l'une des conditions suivantes : le département fédéral de l'intérieur 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). L'art. 17 ODAIU traite de l'autorisation. 3.3 Sur cette base, le DFI a adopté l'ordonnance sur les nouvelles sortes de denrées alimentaires du 16 décembre 2016 (RS 817.022.2) qui contient, en annexe, une liste de nouvelles sortes de denrées alimentaires pouvant être mises sur le marché en Suisse sans autorisation. Elle

mentionne en outre toutes les denrées alimentaires qui peuvent être mises sur le marché selon le règlement (UE) 2015/2283. 3.4 D'après l'art. 6 al. 1 du règlement (UE) 2015/2283 précité, la commission européenne établit et met à jour une liste de l'UE faisant apparaître les nouveaux aliments autorisés à être mis sur le marché dans l'UE, qui figure dans l'annexe du règlement (UE) 2017/2470. Les parties se réfèrent en outre au catalogue.

- 14/19 - A/3754/2022 3.5 En l'espèce, le produit contient de la *passiflora incarnata* (parties aériennes) comme cela ressort notamment de son emballage. Il n'est pas contesté que la liste établie par le DFI ne mentionne pas la passiflore. Le catalogue mentionne pour sa part la *passiflora edulis* mais pas la *passiflora incarnata*. Se référant au site [www.theplantlist.org](http://www.theplantlist.org), la recourante soutient que *passiflora incarnata* serait un synonyme de *passiflora edulis*. Pour sa part, l'intimé soutient qu'il s'agit de deux espèces différentes. Il convient de suivre la position défendue par ce dernier dès lors que, comme il l'explique de manière convaincante, il ressort de la page du catalogue consacrée à *passiflora edulis* que c'est son fruit qui est comestible. Or, la recourante utilise les parties aériennes de *passiflora incarnata*, l'intimé renvoyant au surplus à la photographie de la fleur figurant sur l'emballage du produit.

Il y a donc lieu de retenir que *passiflora incarnata* parties aériennes était consommée de manière négligeable avant le 15 mai 1997. 3.6 Le produit contient également de la *crataegus monogyna* et *oxycantha* (sommités fleuries).

Ni l'une ni l'autre de ces espèces ne figurent sur la liste établie par le DFI. Le catalogue européen répertorie uniquement *crataegus oxyacantha* qui renvoie à *crataegus pinnatifida*. Comme le souligne une fois encore l'intimé de manière convaincante, l'aliment autorisé par le règlement européen (UE) 2017/2470 concerne les fruits séchés de cette espèce alors que la liste des ingrédients figurant dans l'échantillon contesté indique que le produit contient *crataegus monogyna* et *oxycantha* sommités fleuries et non pas du fruit séché. Même à supposer que, comme le soutient la recourante, *crataegus oxyacantha* serait un synonyme de *crataegus laevigata*, cette dernière étant répertoriée dans le catalogue comme un complément alimentaire consommé avant le 15 mai 1997, elle ne démontre pas que *crataegus monogyna* pourrait être assimilée à l'une des espèces répertoriées puisqu'elle reconnaît, renvoyant à des recherches dont elle ne mentionne pas les sources, que cette espèce serait sensiblement la même que *crataegus laevigata* ce qui ne signifie pas qu'il s'agit de la même espèce. La recourante ne contredit par ailleurs pas l'intimé s'agissant du fait que seuls les fruits séchés sont autorisés alors qu'elle utilise les sommités fleuries dans le produit en cause.

Il y a donc lieu de retenir que *crataegus monogyna* et *oxycantha* (sommités fleuries) étaient consommées de manière négligeable avant le 15 mai 1997. 3.7 Reste à examiner si, comme le prévoit la let. g de l'art. 15 al. 1 ODAIOU, les denrées alimentaires résultent en l'espèce 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.

- 15/19 - A/3754/2022 3.7.1 La recourante expose que son procédé d'extraction ne modifie ni la composition ni la structure des plantes d'aubépine et de passiflore de manière significative et qu'il permet de retrouver la « (quasi) » même composition avant et après extraction. Elle précise qu'à teneur de la fiche technique du produit, le ratio plante de passiflore/produit était de 1.0 – 1.4 : 1. Cela signifierait qu'il faudrait entre 1.0 et 1.4 kg de

plante pour obtenir 1 kg d'extrait de passiflore dans le produit. Ainsi, la composition serait essentiellement la même après extraction ; des modifications marginales de certains composants en termes de concentration seraient parfois possibles, toutefois dans une infime mesure. Quant à l'aubépine, le ratio plante/produit était de 0.2 – 0.4 : 1 ce qui signifierait qu'il faudrait entre 0.2 et 0.4 kg de plante pour obtenir 1 kg d'extrait d'aubépine dans le produit. En d'autres termes, le produit ne serait pas plus concentré après extraction de l'aubépine, il serait au contraire dilué. Des modifications marginales de certains composants en termes de concentration seraient parfois possibles, toutefois à nouveau dans une infime mesure seulement. La recourante insiste sur le fait que contrairement à la plupart des procédés d'extraction, qui avaient pour objectif d'extraire une partie des composants de la plante et ainsi de cibler certains constituants au détriment d'autres, elle extrayait la totalité des constituants de la plante, de sorte que l'extrait ne serait pas plus concentré en flavonoïde (constituant de la passiflore) que la passiflore en elle-même ou en acide phénolique (constituant de l'aubépine) que l'aubépine en elle-même. Selon elle, la plupart du temps, les préparations de plantes étaient extrêmement purifiées, ce qui menait à isoler un ou plusieurs composants de la plante. Les préparations ne seraient ici pas purifiées, de sorte qu'aucun composant de la plante n'était isolé ou ciblé. Elle précise au surplus que son procédé d'extraction ne concentrerait pas certains constituants pas rapport aux autres. Sa méthode préserverait l'intégrité et l'intégralité des composants de la plante fraîche d'origine sans purification ni concentration sélective.

La recourante a en outre notamment versé à la procédure une expertise du Prof. D. \_\_\_\_\_ d'où il ressort que « la technique analytique utilisée par PiLeJe (HPTLC) est une technique de choix pour l'analyse des profils phytochimiques de matrices complexes. Cette méthode reproductible, sensible et très visuelle est pertinente pour comparer la composition d'un extrait de plante avec la composition de la plante dont ce dernier est issu. Les profils des plantes (Aubépine et Passiflore) sont exactement comparables, en terme de composition chimique, aux extraits qui en sont respectivement issus. L'ingrédient PPS Passiflore-Aubépine possède un profil phytochimique extrêmement similaire à la somme de chacun des extraits pris individuellement sans apparition de nouveau composé issu de ce mélange ». Le Prof. D. \_\_\_\_\_ conclut en indiquant que compte tenu de ces résultats, « il est évident, d'un point de vue scientifique, que les deux extraits contenus dans l'ingrédient PPS Passiflore-Aubépine ne présentent aucune différence par rapport aux plantes dont ils sont issus ».

- 16/19 - A/3754/2022 3.7.2 La position défendue par l'intimé n'est pas claire, voire contradictoire. En effet, dans la décision litigieuse, il retient que l'extrait de plantes en cause est obtenu par notamment un processus d'extraction au moyen d'éthanol. Il retient, d'une part, que ce procédé de fabrication entraîne des modifications significatives dans la composition et la structure du produit initial, à savoir la plante entière d'aubépine et la plante entière de passiflore et, d'autre part, que ce procédé n'étant pas utilisé avant le 15 mai 1997 en Suisse ou dans l'UE et n'ayant pas été spécifiquement autorisé par l'OSAV, cet extrait est une nouvelle sorte de denrée alimentaire. Pourtant, dans sa réponse au recours, l'intimé expose que les deux extraits de plante n'ayant pas obtenu l'autorisation de l'OSAV, ils étaient de nouvelles sortes de denrées alimentaires et qu'en conséquence le débat autour du procédé d'extraction et de la sécurité n'aurait pas lieu d'être examiné dans la présente procédure. Or, les conditions de l'art. 15 al. 1 let. g ODAIOU doivent être remplies de manière cumulative, ce que rappelle la lettre d'information (p. 6). 3.7.3

S'agissant du procédé d'extraction, l'intimé retient que l'extraction telle que décrite dans le brevet a pour but de fournir un procédé permettant d'obtenir un contenu biochimique au plus proche du végétal tout en le débarrassant des composants dénués d'intérêt pour la phytothérapie (cellulose, gommages, tanins, etc.) dans le but de faire ressortir la totalité des substances actives. Dès lors que le procédé d'extraction utilisé permet d'extraire de manière sélective certains composants et en élimine d'autres, il modifierait significativement la composition et la structure de la plante puisque le but serait de concentrer des substances actives. Toujours selon l'intimé, par définition seuls les composés solubles dans la solution d'extraction hydroalcooliques seraient présents et les composés insolubles, tel que la cellulose, les gommages et les tanins, seraient « déplétés » de l'extrait. 3.7.4 Dans un ATA/176/2022 du 17 février 2022 (consid. 4d), la chambre de céans a précisé que l'art. 15 al. 1 let. g ODAIOUs ne visait pas des modifications significatives des composants de la denrée concernée, mais bien des modifications significatives de la composition ou de la structure de la denrée en question, lesquelles affectent sa valeur nutritionnelle, le type de son métabolisme ou sa teneur en substances indésirables. La chambre de céans a, dans cette espèce, estimé que, s'agissant de l'ultrafiltration de l'algue brune, le but étant d'obtenir une concentration des tanins, force était de constater que l'algue brune subissait effectivement une modification significative. Dans un ATA/608/2022 du 7 juin 2022 (consid. 4), après avoir repris la précision énoncée dans l'ATA précité, la chambre de céans a retenu que le procédé d'extraction sélective ayant permis d'aboutir à l'extrait d'orange amère en cause avait amené, à teneur de l'échantillon analysé, à une concentration en synéphrine de 6%, laquelle était notablement plus élevée que la teneur présente dans un jus d'orange amère.

- 17/19 - A/3754/2022 3.7.5 En l'espèce, c'est sans être contredit par la recourante que l'intimé a retenu, dans la décision litigieuse, que le procédé de fabrication en cause n'était pas utilisé avant le 15 mai 1997 en Suisse ou dans l'UE. Sur le site du laboratoire PiLeJe (à l'adresse PiLeJe | Expertise industrielle et procédé d'extraction breveté), il est indiqué « qu'il y a environ 20 ans » il a développé le « procédé d'extraction innovant permettant de conserver intact l'ensemble des composants qui participent à l'action physiologique de la plante fraîche ». L'intimé ne se méprend donc pas lorsqu'il affirme que ce procédé n'était pas utilisé avant le 15 mai 1997. Au surplus, ni l'extrait cité ci-dessus ni les explications fournies par la recourante ne viennent contredire l'intimé lorsqu'il affirme que la composition et la structure des plantes étaient significativement modifiées dès lors que la cellulose, les gommages ou les tanins étaient éliminés. Force est donc d'admettre que les conditions de l'art. 15 al. 1 let. g ODAIOUs ne sont ici pas non plus remplies. 4. La recourante se plaint d'une violation du principe de l'égalité de traitement, dès lors que des pays voisins n'imposeraient pas d'autorisation particulière pour la vente de compléments à base d'extraits d'aubépine et de passiflore. Elle soutient au surplus que d'autres fabricants utiliseraient des extraits de plantes dans leurs compléments alimentaires et les commercialiseraient en Suisse. 4.1 La recourante perd toutefois de vue que si certains États procèdent de la sorte, cela ne l'exempte pas de respecter en Suisse les procédures et lois prévues dans ce pays avant de mettre en vente le produit litigieux. Pour le reste, il n'apparaît pas que les produits qu'elle cite et qui figurent sur le document « Ingrédient PPSDuo Aubépine Passiflore - Comparaison de profil phytochimique avec produits du marché suisse établie par PiLeJe » qu'elle a versé à la procédure sont semblables au produit litigieux. Un seul contient des extraits de passiflore et d'aubépine. Mais, d'une part, ce produit contient également de la valériane et, d'autre part, la recourante n'indique pas de quelles espèces il s'agit.

## **E. 5**

La recourante fait enfin grief à l'intimé d'avoir violé le principe de la proportionnalité en prononçant à son encontre l'interdiction d'utiliser et de commercialiser des compléments alimentaires composés d'extraits d'aubépine et de passiflore et le retrait de la marchandise du commerce avec effet immédiat.

### **E. 5.1**

Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 5 al. 2 Cst., se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c ; ATA/735/2013 du 5 novembre 2013 consid. 11).

- 18/19 - A/3754/2022

### **E. 5.2**

En l'espèce, dès lors qu'il est établi que la recourante doit obtenir l'autorisation de l'OSAV avant de mettre son produit sur le marché, on ne voit pas quelle autre mesure pouvait prendre l'intimé pour éviter que le produit soit vendu sans autorisation. Ce dernier a agi dans les limites fixées par la loi dès lors que si l'entreprise ne prend pas les mesures qui s'imposent, violant ainsi son devoir d'autocontrôle, les autorités d'exécution – en l'espèce le service – peuvent ordonner les mesures nécessaires à la mise en conformité au droit, dont notamment le rappel et le retrait conformément à l'art. 87 ODAIOUs (art. 34 al. 1 LDAI ; art. 2 et 3 de la loi d'application de la LDAI du 13 septembre 2019 - LaLDAI - K 5 02 ; art. 1 al. 2 let. b du règlement d'exécution de la LaLDAI du 5 février 2020 - RaLDAI - K 5 02.01). Il découle de ce qui précède que c'est conformément au droit et sans abuser de son pouvoir d'appréciation que l'intimé a prononcé la décision litigieuse, la recourante devant obtenir une autorisation du SCAV avant de commercialiser son produit. Mal fondé, le recours sera en conséquence rejeté.

## **E. 6**

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*