

GE_GERICHTE A/1057/2021 vom 7. September 2021

GE Cour de justice, 2021-09-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1057_2021

FR: GE_GERICHTE A/1057/2021 du 7 septembre 2021

IT: GE_GERICHTE A/1057/2021 del 7 settembre 2021

Erwägungen

E. 2

ème section dans la cause A_____ AG représentée par Me Jean-Rodolphe Fiechter, avocat contre SERVICE DE LA CONSOMMATION ET DES AFFAIRES VÉTÉRINAIRES EN FAIT 1) Inscrite depuis le 15 octobre 1979 au registre du commerce du canton de Fribourg où elle a son siège, A_____ AG (ci-après : A_____) a pour but la production, l'importation et le commerce de jouets et d'articles de loisir. A_____ commercialise entre autres en Suisse des pâtes à malaxer gluantes et élastiques connues sous le nom de « B_____ ». 2) Du 16 septembre au 1^{er} octobre 2020, le service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) a effectué une campagne de contrôle des produits « B_____ » dans le canton de Genève et a prélevé à cet effet quarante-et-un jouets de ce type dans les commerces genevois. 3) Sur les quarante jouets prélevés, trente-cinq, soit 85 %, se sont révélés conformes aux exigences légales, dont quatre types de « B_____ » fabriqués par A_____. Selon les analyses effectuées, six jouets ne respectaient pas les exigences légales, en raison du dépassement de la teneur maximale autorisée en bore, tous fabriqués par A_____ : « C_____ », « D_____ », « E_____ », « F_____ », « G_____ » et « H_____ ». La teneur maximale admise en bore, de 300 mg/kg de matière de jouet liquide ou collante (catégorie II) ou de 1'200 mg/kg de matière de jouet sèche, friable, poudreuse ou souple (catégorie I), était dépassée de plus de 1'010 ± 250 mg/kg pour « C_____ », de plus de 810 ± 211 mg/kg pour « D_____ », de plus de 780 ± 205 mg/kg pour « E_____ », de plus de 96 ± 59 mg/kg pour « F_____ », de plus de 820 ± 212 mg/kg pour « G_____ » et de plus de 880 ± 225 mg/kg pour « H_____ » – tous de catégorie II. 4) Interpellé par le SCAV, son organe de tutelle, l'office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires (ci-après : OSAV), a indiqué le 16 novembre 2020 que les enfants ne devaient pas dépasser la dose journalière admissible de bore de plus de 10 % lorsqu'ils y étaient exposés via des jouets. Pour cette raison, les valeurs de migration des produits « C_____ », « E_____ » et « D_____ » devaient être considérées comme critiques d'un point de vue toxicologique. Des mesures de réduction des risques tels qu'un rappel de produits étaient donc appropriées. 5) Le 17 novembre 2020, le SCAV a notifié à A_____ six rapports, un pour chacun des produits non conformes. Compte tenu du risque pour la santé, A_____ était enjointe de procéder, jusqu'au 2 décembre 2020 au plus tard, au retrait de l'ensemble des produits auprès de ses distributeurs et à leur rappel auprès des consommateurs, d'informer ceux-ci des motifs du rappel et de tenir informé par écrit le chimiste cantonal du for, soit celui du canton de Fribourg, des mesures correctives mises en place. Vu les risques pour la santé ou de tromperie des consommateurs, l'effet suspensif était retiré en cas d'opposition à la mesure. 6) Le 30 novembre 2020, A_____ a formé opposition aux six décisions, concluant à leur annulation. Subsidiairement, le rappel auprès des consommateurs devait être annulé compte tenu du risque minime pour la santé dû à la longévité très limitée des produits. Préalablement, l'effet suspensif devait être restitué au

recours et un nouveau délai devait lui être imparti pour procéder au retrait respectivement au rappel de l'ensemble des produits visés. Des analyses supplémentaires devaient être ordonnées et confiées à des laboratoires indépendants. Le SCAV ne lui avait pas donné l'occasion de s'exprimer avant de prendre ses décisions, portant une atteinte grave à son droit d'être entendue. Le retrait de l'effet suspensif violait le principe de la proportionnalité et son droit d'être entendue. Ses produits avaient fait l'objet de nombreuses analyses effectuées par des instituts de certification, lesquelles avaient sans exception confirmé qu'ils étaient conformes aux normes. Les rapports d'analyse effectués par le SCAV étaient imprécis et faux s'agissant des concentrations de bore mesurées et du classement de l'ensemble des produits dans la catégorie II de la directive EN 71-3:2019 (ci-après : la directive) – les instituts de certification les ayant classés dans la catégorie I. Un éventuel dépassement des valeurs limites de la concentration de bore ne poserait en toute hypothèse aucun risque sérieux pour la santé des consommateurs. Cela pouvait être démontré par des analyses toxicologiques. Il s'agissait de produits de consommation avec une durée de vie très limitée. Leur rappel auprès de l'ensemble des consommateurs violerait le principe de la proportionnalité. Un retrait des produits auprès des distributeurs serait suffisant. 7) Le 1^{er} décembre 2020, le SCAV a rejeté la requête de restitution de l'effet suspensif et de prolongation du délai de rappel, maintenu les rapports d'analyse excepté pour l'échantillon « F_____ », et confirmé à A_____ son obligation de rappeler tous les jouets non conformes (sauf le jouet « F_____ ») avant le 2 décembre 2020, sous la menace des peines de l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0). Le droit d'être entendue de A_____ n'avait pas été violé. L'intérêt public à la protection de la santé des consommateurs et notamment des enfants de plus de trois ans destinataires des jouets, primait son intérêt privé. Le laboratoire du SCAV était accrédité et ses analyses étaient fiables. L'OSAV avait estimé que l'exposition des enfants à trois des produits analysés était critique d'un point de vue toxicologique. La sécurité d'un produit devait être assurée durant toute son utilisation prévisible. L'injonction de rappel était proportionnée. 8) Le 2 décembre 2020, le SCAV a établi un nouveau rapport au sujet de l'échantillon « F_____ » annulant et remplaçant le précédent rapport du 17 novembre 2020. Seul le retrait de l'échantillon auprès des distributeurs et commerçants et non plus le rappel auprès des consommateurs, était exigé. La décision n'était pas assortie du retrait de l'effet suspensif d'une éventuelle opposition. 9) Le 7 décembre 2020, le site de l'OSAV a publié le communiqué de I_____ annonçant qu'à la demande de A_____, elle rappelait l'article « H_____ – C_____ ». Il était possible que la teneur en bore du produit soit supérieure à la valeur légalement admise. Il ne faudrait plus jouer avec l'article, qui pouvait être rapporté dans n'importe quel magasin et serait remboursé ([https://www.blv.](https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/gebrauchsgegenstaende/rueckrufe-und-oeffentliche-warnungen.html)

[admin.ch/blv/fr/home/gebrauchsgegenstaende/rueckrufe-und-oeffentliche-warnungen.html](https://www.blv.admin.ch/blv/fr/home/gebrauchsgegenstaende/rueckrufe-und-oeffentliche-warnungen.html)). Le 10 décembre 2020, le site de l'OSAV a publié le communiqué de A_____ annonçant qu'elle rappelait de manière préventive et dans un souci de protection du consommateur les cinq pâtes de jeu encore visées par le SCAV. Le rappel faisait suite à des analyses récentes selon lesquelles des valeurs de bore trop élevées avaient été mesurées. En raison de ces analyses nouvelles, qui se trouvaient en contradiction avec la totalité des contrôles de qualité précédents, d'autres examens avaient été ordonnés. Vu qu'un risque potentiel pour la santé des consommateurs ne pouvait être exclu jusqu'à l'établissement définitif des faits, le rappel était effectué par précaution. 10) Le 14 décembre 2020, A_____ a formé opposition au rapport du 2 décembre 2020. Le produit « F_____ » était conforme à la directive comme en attestaient quatre rapports d'analyse effectués par des

instituts internationaux de certification SGS et ALS. Les produits « J_____ » et « K_____ », identiques, avaient également fait l'objet de rapports d'analyse établissant qu'ils respectaient les normes. Le rapport d'analyse du 2 décembre 2020 du SCAV devait ainsi être considéré comme faux, sa méthode présentant notamment un degré d'inexactitude pouvant atteindre 17 voire 20 %. Des rapports d'analyse complémentaire des 2 et 7 décembre 2020 confirmaient que le produit « F_____ » était conforme aux normes. En toute hypothèse, le produit était composé de près de 90 % d'eau, et une évaporation pouvait entraîner une augmentation de la concentration de bore. Or, l'échantillon analysé avait été produit plus de deux ans auparavant et il était possible qu'il n'ait pas été stocké conformément et qu'il présente effectivement des valeurs de bore trop élevées. 11) Le 27 janvier 2021, le SCAV a rejeté l'opposition formée par A_____ aux six rapports du 17 novembre 2020. Le 2 mars 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision. Le recours a donné lieu à l'ouverture de la procédure A/770/2021. 12) Le 17 février 2021, le SCAV a rejeté l'opposition formée par A_____ le 14 décembre 2020 contre le nouveau rapport du 2 décembre 2020 concernant l'échantillon « F_____ ». Les exigences de sécurité devaient être garanties pendant la durée d'utilisation prévisible et normale du jouet. L'échantillon litigieux dépassait la limite de concentration de bore, marge d'incertitude comprise. Les marges d'incertitude devaient systématiquement être indiquées. Aucune des septante-sept contre-expertises produites par A_____ n'en mentionnait. Les concentrations qu'elles mesuraient étaient en outre comprises entre 143 et 370 mg/kg, alors que les fiches de données de sécurité fournies par A_____ indiquaient 196 mg/kg. Des produits de type « B_____ » similaires à l'échantillon litigieux avaient déjà fait l'objet de pas moins de cent trente rappels en trois ans au sein de l'Union européenne, dont la grande majorité portait sur la concentration de bore. Seul le retrait de la vente avait été ordonné, en raison du faible dépassement de la teneur admise en bore, de sorte que les mesures étaient proportionnées. 13) Par acte remis à la poste le 22 mars 2021, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre la décision sur opposition du SCAV du 17 février 2021, concluant à son annulation. Préalablement, la jonction devait être ordonnée avec la procédure A/770/2021. La directive fixait des valeurs limites largement en deçà des valeurs considérées comme sûres et proposait un classement des produits schématique. Le produit « F_____ » avait correctement été classé en catégorie II. Il affichait une concentration en oxyde de bore de 0.063 %, soit une valeur inférieure à 300 mg/kg. Elle avait produit des analyses indépendantes concluant à l'absence de tout dépassement. Elle disposait de son propre laboratoire à Hong-Kong, dans lequel travaillaient cinq chimistes diplômés. La production faisait l'objet d'un protocole et d'une documentation précis. L'usine chinoise était certifiée « Good Manufacturing Practices ». Des contrôles aléatoires avaient régulièrement lieu. Même en tenant compte de la marge d'incertitude, les résultats des analyses qu'elle avait produites restaient très en-deçà des limites. Même si la limite avait été dépassée dans un cas concret, on serait loin d'un quelconque risque pour la santé. L'autorité avait considéré le risque toxicologique comme faible, ce qui était erroné car il était en réalité nul. L'autorité avait violé son droit d'être entendue et versé dans l'arbitraire en ne tenant pas compte des très nombreux rapports qu'elle avait produits. Elle n'avait pas été entendue avant la prise de décision, alors qu'il n'y avait pas péril en la demeure. Le SCAV n'expliquait pas les résultats auxquels il était parvenu, alors que le produit était sur le marché depuis des décennies, qu'il y était étroitement surveillé et qu'il n'y avait jamais eu de dépassement. Le principe de proportionnalité avait été violé. Le SCAV avait mis en

cause sa réputation et lui avait causé d'importantes pertes financières. 14) Le 16 avril 2021, le SCAV a conclu au rejet du recours. Les décisions dites « de masse » pouvaient être prises sans entendre les administrés sachant qu'elles étaient sujettes à opposition. A_____ avait fait usage de son droit d'être entendue dans le cadre de son opposition et produit un bordereau de pièces de plus de quatre cents pages. Elle avait renoncé à recourir contre la décision du 1^{er} décembre 2020 qui rejetait sa requête de restitution de l'effet suspensif. Elle avait à nouveau eu l'occasion de se prononcer au sujet de l'échantillon « F_____ » suite au second rapport du 2 décembre 2020. Les expertises produites par A_____ provenaient de laboratoires privés, dont on ignorait s'ils étaient accrédités. Elles n'indiquaient ni la méthodologie ni les critères pris en compte pour la classification de catégorie. Certaines remontaient à trois ans. Faute de crédibilité scientifique, les rapports privés ne pouvaient lier la chambre administrative. Les autres rapports toxicologiques produits par A_____ à l'appui de son opposition n'étaient en réalité que des déclarations de conformité et non de réelles évaluations toxicologiques et ils étaient pour ce motif dénués de toute pertinence. Les parties s'accordaient pour classer l'échantillon « F_____ » dans la catégorie II. Le SCAV était un laboratoire accrédité selon la norme ISO/IEC 17025:2017 (ci-après : la norme ISO), qui établissait sa compétence et sa capacité à produire des résultats valides. Les analyses avaient été conduites dans le respect des bonnes pratiques et des normes en vigueur et en toute transparence. La méthodologie avait été transmise à la recourante dans le cadre de la procédure d'opposition. Les analyses étaient objectives et sérieuses et avaient une valeur probante indiscutable. Il ne s'agissait pas d'une méthodologie obscure ou secrète comme le prétendait A_____. La norme ISO prescrivait de prendre en compte l'incertitude de mesure dans l'appréciation des résultats, ce que les rapports privés commandés par la recourante n'avaient pas fait. La certification ISO 22716 invoquée par A_____ au sujet de son usine chinoise ne s'appliquait pas aux jouets et datait au surplus du 19 mai 2020, soit après la date de production des lots dont étaient issus les jouets non conformes et notamment l'échantillon « F_____ ». La teneur en bore décrite dans la recette de fabrication produite par A_____ ne correspondait pas aux concentrations observées par les rapports privés qu'elle avait produits et cette variabilité démontrait soit que le processus de fabrication n'était pas strictement respecté, soit une inhomogénéité des lots de production, soit encore le caractère peu fiable des analyses privées. L'OSAV était la seule entité suisse à même de procéder à une évaluation toxicologique. Son évaluation dans le cas d'espèce se basait sur les seuils de dangerosité établis par l'agence européenne European Food Safety Authority (ci-après : EFSA), l'institut allemand Bundesinstitut für Risikobewertung (ci-après : BfR), le National Institute of Health (ci-après : NIH) des États-Unis ou encore l'institut néerlandais Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (ci-après : RIVM). Toutes les données étaient concordantes et démontraient la problématique importante liée à la toxicité aiguë du bore dans les « B_____ ». Il n'y avait pas lieu de remettre en question l'évaluation de l'OSAV sur la base d'un avis émis par une société privée mandatée par la recourante. Ce dernier excluait tout risque en retenant un apport journalier total d'exposition de 3 mg/jour, alors que les sources d'exposition étaient multiples et que l'exposition maximale via les jouets était de 10 % de la dose journalière. Le risque d'ingestion évoquée par l'avis privé n'était pas pertinent, l'exposition au bore se faisant par toute forme de contact. Il était choquant que A_____ remette en cause les valeurs légales établies par les plus hautes autorités réglementaires suisses et internationales et vante en même temps le respect de ces mêmes valeurs légales. L'argument du défaut de conservation et de l'éventuelle évaporation de

l'échantillon examiné n'était pas pertinent, car les exigences de sécurité devaient être garanties pendant la durée d'utilisation prévisible et normale du jouet. L'échantillon analysé était en vente dans un magasin de jouets en 2020 et était resté scellé dans son emballage d'origine jusqu'au moment de l'analyse. Il ne comportait aucune mention d'une durée limitée de vente ou d'utilisation. Les entreprises étaient tenues d'adopter un comportement proactif et de prendre les mesures qui s'imposaient. Si elles violaient leurs devoirs d'autocontrôle, les autorités d'exécution, soit le SCAV, pouvaient ordonner les mesures nécessaires à la mise en conformité, dont le rappel et le retrait, étant rappelé que la santé primait toujours, en principe, un quelconque autre intérêt privé. En l'espèce, en raison du faible dépassement de la limite et de la toxicité réduite, seul un retrait avait été ordonné et non un rappel du produit assorti de l'information au consommateur. 15) Le 12 juillet 2021, A_____ a retiré son recours dans la procédure A/770/2021. Au vu des difficultés pratiques liées à la classification des produits en catégorie I ou II, les autorités européennes avaient décidé de limiter tous les jouets à la catégorie II dès la fin de l'année 2022. Le litige devenait ainsi théorique et elle se concentrerait sur de nouvelles formules contenant moins de 300 mg/kg de bore, à l'instar du produit « L_____ K_____ ». Le SCAV et l'autorité fribourgeoise compétente avaient par ailleurs confirmé qu'ils n'envisageaient aucune alerte en lien avec les produits faisant l'objet du recours. La cause a été rayée du rôle par décision ATA/760/2021 du 14 juillet 2021. 16) Le 12 juillet 2021, A_____ a persisté dans ses conclusions dans la présente procédure. Elle avait procédé à de nouveaux tests sur les produits de type « L_____ » commercialisés en Suisse en 2019 et 2020, la composition du produit « F_____ » étant identique à celle de l'« K_____ L_____ ». Il résultait du rapport du 7 mai 2021, qu'elle produisait, que la limite de 300 mg/kg de bore avait toujours été très largement respectée. On ne s'expliquait pas comment l'échantillon examiné par le SCAV avait pu dépasser le seuil autorisé. Il s'agissait manifestement d'un cas isolé, qui ne justifiait pas la procédure ni le retrait du marché. La seule explication plausible était une évaporation de l'eau contenue dans la masse visqueuse. Elle produisait l'image d'un emballage de « F_____ », d'où il ressortait qu'une bonne partie du produit s'était évaporée, de sorte que sur un poids K_____ de 150 g, il restait 122 g, ce qui correspondait à une perte de masse de 18.66 %, laquelle entraînait une concentration des matières sèches dans la masse restante. Une telle évaporation n'augmentait en rien la teneur en bore du produit, ni un quelconque risque. Ce nonobstant, et afin d'exclure toute évaporation à l'avenir, elle avait conçu un nouvel emballage, et produisait une seconde image montrant qu'il se pouvait que la fermeture par un bouchon de polypropylène n'ait pas été totalement hermétique. Les griefs de son recours du 22 mars 2021 étaient bien fondés et celui-ci devait être admis. Elle s'engageait d'ores et déjà formellement à commercialiser le produit « F_____ » dans son nouvel emballage hermétique afin d'empêcher toute évaporation. Si, par impossible, son recours devait être rejeté, il y aurait lieu de constater que la décision corrélée ne portait que sur un lot particulier, retiré du marché, et non pas sur le produit « F_____ » en tant que tel. 17) Le 14 juillet 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger. EN DROIT 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 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 69 et 70 al. 2 de la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 20 juin 2014 (Loi sur les denrées alimentaires, LDAI - RS 817.0) ; art. 14 de la loi d'application de la LDAI du 13 septembre 2019 - LaLDAI - K 5 02 ; art. 19 du règlement d'exécution de la LaLDAI du 5 février 2020 - RaLDAI - K 5

02.01). 2) Le litige porte sur la conformité au droit de la décision du SCAV du 2 décembre 2020 ordonnant le retrait du produit « F_____ ». 3) a. À teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/805/2020 du 25 août 2020). Un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 138 II 42 consid. 1 ; 137 I 23 consid. 1.3). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1 ; 137 I 296 consid. 4.2). Si l'intérêt s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du rôle ou déclaré irrecevable (ATF 142 I 135 consid. 1.3.1). b. En l'espèce, si la recourante a exécuté au plus tard le 10 décembre 2020 la première injonction du 17 novembre 2020 concernant les cinq pâtes encore objet de la procédure A/770/2021, la décision du 2 décembre 2020, objet de la présente procédure et portant sur la pâte « F_____ », n'était pas assortie du retrait de l'effet suspensif, et les parties ne soutiennent pas qu'elle aurait été exécutée. La recourante a certes pris dans ses dernières écritures l'engagement de modifier sans attendre le conditionnement de la pâte « F_____ ». Cela n'exclut toutefois pas que les emballages semblables à l'échantillon objet de la présente procédure soient encore détenus par des commerçants et que leur retrait puisse être exigé, de sorte que la recourante conserve un intérêt à l'annulation de la décision querellée. 4) a. La LDAI a notamment pour but de protéger la santé du consommateur des risques présentés par les objets usuels qui ne sont pas sûrs (art. 1 let. a LDAI). La LDAI s'applique à la manipulation des objets usuels, c'est-à-dire à leur fabrication, leur traitement, leur entreposage, leur transport et leur mise sur le marché (art. 2 al. 1 let. a LDAI), à leur étiquetage et à leur présentation, ainsi qu'à la publicité et à l'information relatives à ces produits (art. 2 al. 1 let. b LDAI). Elle s'applique à toutes les étapes de la production, de la transformation et de la distribution, y compris la production primaire (art. 2 al. 2 LDAI). Seuls des objets usuels sûrs peuvent être mis sur le marché (Art. 15 al. 1 LDAI). Un objet usuel est considéré comme sûr si, dans des conditions d'utilisation normales ou raisonnablement prévisibles, il ne présente aucun risque ou ne présente que des risques minimes ou inhérents à l'usage normal qui en est fait et que ses risques sont considérés comme acceptables au regard d'un niveau élevé de protection de la santé des consommateurs et des tiers (art. 15 al. 2 LDAI). Afin que la santé des consommateurs et des tiers soit garantie, doivent notamment être pris en compte les caractéristiques de l'objet, sa composition, les conditions de son assemblage, son installation et sa mise en service (art. 15 al. 3 let. a LDAI), son entretien et sa durée d'utilisation (art. 15 al. 3 let. b LDAI) ainsi que les risques particuliers qu'il présente pour certains groupes de consommateurs, notamment les enfants et les personnes âgées (art. 15 al. 3 let. e LDAI). Pour garantir la sécurité des objets usuels, le Conseil fédéral peut notamment restreindre ou interdire l'emploi de certains objets usuels ou l'utilisation de certaines substances dans les objets usuels (art. 15 al. 5 let. c LDAI). Selon l'ordonnance sur la sécurité des jouets du 15 août 2012 (OSJo - RS 817.021.11), les jouets doivent satisfaire aux exigences de sécurité générales visées à l'art. 66 al. 1 à 3 de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels du 16 décembre 2016 (ODAIous - RS 817.02 ; art. al. 1 let a OSJo). L'importateur et le distributeur s'assurent que les conditions de stockage et de transport ne compromettent pas la conformité du jouet aux exigences de sécurité (art. 16 OSJo). Les organismes d'évaluation de la conformité doivent être accrédités conformément à l'ordonnance du 17

juin 1996 sur l'accréditation et la désignation, être reconnus par la Suisse dans le cadre d'un accord international, ou être habilités à un autre titre par le droit fédéral. (art. 17 al. OSJo). Quiconque se fonde sur des documents émanant d'un organisme ne répondant pas aux critères de l'al. 1 doit prouver que les qualifications dudit organisme et les procédures d'évaluation qu'il applique satisfont aux exigences (art. 17 al. 2 OSJo). Les jouets, y compris les produits chimiques qu'ils contiennent, ne doivent pas mettre en danger la sécurité ou la santé des utilisateurs ou celles de tiers lorsqu'ils sont utilisés conformément à la destination du jouet ou à l'usage normalement prévisible, en tenant compte du comportement des enfants (art. 66 al. 1 ODAIOUs). Selon l'annexe 2 art. 3 ch. 11 let. a et b OSJo, sans préjudice de l'application des ch. 3 et 4, la limite de 300 mg/kg de bore ne doivent pas être dépassées pour les matières de jouet liquides ou collantes (catégorie II) lors de l'essai de migration sur les jouets ou composants de jouets, ces valeurs limites ne s'appliquant pas aux jouets ou composants de jouets qui, en raison de leur accessibilité, de leur fonction, de leur volume ou de leur masse, excluent tout danger par succion, léchage, ingestion ou contact prolongé avec la peau, lorsqu'ils sont utilisés conformément à la destination du jouet ou à l'usage prévisible, en tenant compte du comportement usuel d'un enfant. b. Dans le canton de Genève, le contrôle des objets usuels est exercé, sous l'autorité du Conseil d'État, par le SCAV, soit pour lui le chimiste cantonal et le vétérinaire cantonal (art. 2 LaLDAI). Le chimiste cantonal dirige le contrôle des objets usuels et coordonne les activités de laboratoire et d'inspection (art. 3 al. 1 LaLDAI). Il dirige le SCAV, qui est rattaché au département chargé de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (art. 1 al. 1 RaLDAI). Le SCAV contrôle les objets usuels dans les domaines de la fabrication, du traitement, de l'entreposage, du transport et de la distribution, ainsi que de la production primaire d'origine végétale. Il a notamment pour tâches de réaliser des contrôles (inspections, achats-tests, prélèvements d'échantillons, analyses) et de se prononcer sur des contestations, ainsi que d'ordonner des mesures administratives en application de la législation fédérale et cantonale (art. 1 al. 2 let. a et b RaLDAI). 5) La recourante se plaint de la violation de son droit d'être entendue, le SCAV ayant agi dans la précipitation, sans l'interpeller, avant de prendre la décision querellée, alors qu'il n'y avait pas péril en la demeure. a. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend, notamment, le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat (ATF 143 III 65 consid. 3.2 ; 142 II 218 consid. 2.3 ; 137 IV 33 consid. 9.2). Selon l'art. 43 let. d LPA, l'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre d'autres décisions lorsqu'il y a péril en la demeure. b. Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Il n'est toutefois pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (arrêts du Tribunal fédéral 6B_734/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.1 ; 6B_259/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.1.1 ; 4A_153/2009 du 1^{er} mai 2009 consid. 4.1). c. Le Tribunal fédéral admet à certaines conditions la possibilité de réparer après coup une violation du droit d'être entendu, en

particulier lorsque la décision entachée est couverte par une nouvelle décision qu'une autorité supérieure – jouissant d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu – a prononcée après avoir donné à la partie lésée la possibilité d'exercer effectivement son droit d'être entendu (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; 118 Ib 111 consid. 4b ; 116 Ia 94 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1062/2015 du 21 décembre 2015 consid. 4.1).

d. En l'espèce, la question de savoir si le SCAV était, après avoir recueilli l'avis de l'OSAV, fondé à considérer que les pâtes dont la teneur en bore excédait la limite légale présentaient un danger pour la santé des enfants nécessitant une décision immédiate et à en conclure qu'il y avait péril en la demeure, pourra demeurer ouverte. En effet, la recourante connaissait, depuis qu'elle avait reçu la première décision du 17 novembre 2020, les résultats des analyses du SCAV et les mesures prises par celui-ci au sujet notamment de la pâte « F_____ ». La décision du 2 décembre 2020 ne constituait qu'une version allégée de celle du 17 novembre 2020, dont la portée avait été réduite au retrait du produit des commerces. Or, la société avait pu former opposition le 30 novembre 2020 à la première décision et déployer à cette occasion une argumentation détaillée appuyée par de nombreuses pièces. Elle ne peut ainsi être suivie lorsqu'elle soutient qu'elle n'aurait pu s'exprimer avant que ne soit prise la décision querellée. Le grief sera écarté.

6) La recourante se plaint de constatation inexacte des faits et d'arbitraire, l'analyse du SCAV ne pouvant qu'être erronée et le SCAV n'ayant aucunement tenu compte de ses propres analyses.

a. Le recours devant la chambre administrative peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 61 al. 1 LPA). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA).

b. En procédure administrative, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_119/2017 du 19 mai 2017 consid. 2.2.2 ; 2C_668/2011 du 12 avril 2011 consid. 3.3). Le juge forme ainsi librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées et ce n'est ni le genre, ni le nombre des preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (ATA/991/2016 du 22 novembre 2016). Constitue un excès négatif du pouvoir d'appréciation le fait que l'autorité se considère comme liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou encore qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (ATF 137 V 71 consid. 5.1), ou qu'elle applique des solutions trop schématiques, ne tenant pas compte des particularités du cas d'espèce (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 514). L'autorité commet un abus de son pouvoir d'appréciation tout en respectant les conditions et les limites légales, si elle ne se fonde pas sur des motifs sérieux et objectifs, se laisse guider par des éléments non pertinents ou étrangers au but des règles ou viole des principes généraux tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; ATA/1349/2017 précité consid. 10 ; ATA/1253/2015 du 24 novembre 2015 consid. 5d ; Benoît BOVAY, Procédure administrative, 2015, p. 566).

c. En l'espèce, le SCAV est un laboratoire accrédité selon la norme ISO, ce que la recourante ne remet pas en question. La recourante se plaint de l'opacité du protocole d'analyse du SCAV, en l'occurrence la méthode ICP-MS (spectrométrie de masse à plasma à couplage inductif). Elle a toutefois reçu communication de celui-ci par le SCAV lors du rejet de son opposition. La recourante critique le recours à la méthode ICP-MS. Toutefois, comme le relève l'intimé, une partie de ses propres expertises y ont également recouru. Ainsi, par exemple,

le rapport SGS du 18 décembre 2019 (pièce 28 bis intimé, p. 4). La recourante critique également la prise en compte d'une marge d'erreur. La prise en compte d'une marge d'erreur doit être regardée comme une précaution répondant aux exigences de la rigueur scientifique. La recourante ne conteste d'ailleurs pas qu'elle soit requise par la norme ISO. La recourante oppose en réalité à l'analyse du SCAV ses propres analyses et infère de leur nombre et de la divergence de leurs résultats que l'analyse du SCAV ne peut être qu'erronée. Cette approche quantitative ne saurait être suivie. Ainsi que l'a relevé le SCAV, une partie des résultats produits par la recourante constituent des déclarations de conformité. Les analyses proprement dites sont le fait de laboratoires dont la recourante n'établit pas qu'ils sont tous accrédités. Elles ne prennent pas en compte des marges d'erreur. Enfin, leurs résultats, alors qu'ils portent sur des produits similaires, affichent entre eux des différences significatives. Ce dernier élément suggère que les différents échantillons examinés par les laboratoires mis en œuvre par la recourante ne respectent ou n'atteignent pas le taux auquel devrait aboutir le processus de production dans la même usine chinoise. Alternativement, les divergences pourraient être le signe de différences dans les protocoles des analyses mises en œuvre par la recourante. Ainsi, en dépit de leur nombre, les analyses produites par la recourante ne sont pas de nature à faire douter de la justesse de l'analyse du SCAV. La décision du SCAV repose certes sur l'analyse d'un seul échantillon. Toutefois, il ne peut être exclu que le surdosage se retrouve dans d'autres exemplaires, une probabilité que les variations des taux observées par la recourante elle-même appuient. La recourante a elle-même suggéré que l'échantillon analysé par le SCAV aurait pu subir une évaporation accidentelle durant son séjour en magasin, due à un défaut de conditionnement. Quand bien même elle a par la suite soutenu, sans vraiment l'explicitier, qu'une telle évaporation serait sans effet sur la concentration en bore, la recourante, qui répond de son entretien et de sa durée d'utilisation (art. 15 al. 3 let. b LDAI), s'est engagée dans ses dernière écritures à modifier le conditionnement afin d'éviter l'évaporation durant l'entreposage. S'il fallait prendre en compte l'évaporation comme facteur pouvant expliquer un dépassement de la teneur maximale en bore admise de l'échantillon examiné par le SCAV, il ne pourrait encore être exclu que le défaut de conditionnement à l'origine de celle-ci se reproduise et se retrouve sur d'autres emballages, de sorte que le défaut, suivant le même raisonnement statistique adopté au paragraphe précédent, et partant le risque pour la santé pourrait en telle hypothèse également être tenu pour établi. Les mêmes variations significatives de la teneur en bore observées sur les différents échantillons privent de pertinence les considérations de la recourante sur la qualité de son usine et la rigueur de l'application de ses processus de production. Enfin, l'étude produite par la recourante au sujet de la toxicité du bore et des différentes voies d'absorption par l'enfant est impropre à invalider les seuils de concentration arrêtés par la législation suisse et les législations européennes. Ceux-ci constituent des maxima à ne pas dépasser. Elle ne saurait pas plus invalider le préavis de l'OSAV, selon lequel les valeurs de migration des produits « C_____ », « E_____ » et « D_____ » devaient être considérées comme critiques d'un point de vue toxicologique, et que des mesures de réduction des risques tels qu'un rappel de produits étaient donc appropriées. Certes, ce préavis préconise un rappel pour trois pâtes dont le dépassement du seuil était nettement plus important que celui de la pâte « F_____ ». L'intimé pouvait toutefois s'en tenir aux seuils de la loi et cette différence est sans portée dans le cas d'espèce, comme il sera vu plus loin sous l'angle de la proportionnalité. En concluant que la pâte « F_____ » présentait une teneur en bore, marge d'erreur comprise, supérieure au maximum admis par la loi, le SCAV a correctement

établi les faits et n'a commis ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation. Le grief sera écarté. 7) La recourante reproche enfin au SCAV d'avoir prononcé une mesure disproportionnée. a. Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées). b. En l'espèce, le SCAV a modifié sa décision initiale et réduit la mesure au retrait des produits, s'agissant de la pâte « F_____ », en invoquant le dépassement moindre et la toxicité réduite. La mesure est apte à réaliser l'objectif, soit l'intérêt public à la protection de la santé des enfants poursuivi par la loi. Celui-ci prévaut en l'espèce sur l'intérêt privé de la recourante à la commercialisation d'un produit non conforme. La mesure finalement adoptée par l'autorité tient compte de manière adéquate de l'intérêt de la recourante à ne pas devoir procéder à une vaste campagne de rappel auprès du public. La mesure apparaît ainsi proportionnée. Le grief sera écarté. Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté. 8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- 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). * * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.