



**Décision no. 18/2022**

du 06.10.2022

**de la Commission fédérale de la poste PostCom**

en l'affaire

**Smood SA**

Représentée par Maîtres Thomas Hua et Yolande Lagrange, gbf Avocats SA, Case postale 1911,  
1215 Genève Aéroport

**concernant**

Obligation d'annoncer selon l'art. 4 de la loi sur la poste



## I. Faits

1. Smood SA (numéro d'entreprise CHE-380.313.476; ci-après : Smood), dont le siège est à Plan-les-Ouates, est inscrite au registre du commerce du Canton de Genève depuis le 28 juin 2012. La société a pour but toute opération commerciale en lien avec la vente et la livraison de produits, notamment de mets prêts à être consommés et la fourniture de tous biens et/ou services y relatifs à des sociétés du groupe ou à des tiers.
2. Par courrier du 16 décembre 2019, le Secrétariat technique de la Commission fédérale de la poste PostCom (ci-après : le Secrétariat) a informé Smood qu'il disposait d'informations indiquant que Smood fournit des services postaux à titre professionnel, ce qui entre dans le champ d'application de la loi sur la poste du 17 décembre 2010 (LPO ; RS 783.0). Il lui a rappelé qu'un prestataire de services postaux doit s'annoncer auprès de PostCom (art. 4, al. 1, LPO) et a invité l'entreprise à prendre position sur l'obligation d'annoncer d'ici au 24 janvier 2020.
3. Dans sa correspondance du 24 janvier 2020, Smood, représentée par les Maîtres Thomas Hua et Yolande Lagrange de gbf Avocats SA, a informé le Secrétariat qu'en vertu de son modèle d'affaires, elle achète des repas préparés par des restaurants partenaires (fournisseurs) qu'elle revend et livre par la suite, pour elle-même, à ses clients (consommateurs). La prestation de livraison serait exécutée par et pour Smood SA, qui serait propriétaire de la chose livrée. Avec ce même courrier, la société a remis au Secrétariat ses conditions générales de vente (ci-après CGV), également disponibles sur le site internet de l'entreprise ([www.smood.ch](http://www.smood.ch)). Ces CGV feraient partie du contrat entre Smood et le client qui passe une commande auprès de l'entreprise. Smood considérerait alors que ses activités n'entrent pas dans le champ d'application de la LPO compte tenu du fait qu'une société active dans l'achat-vente de marchandises ne saurait être qualifiée comme fournissant des services postaux. En conséquence, elle a demandé la clôture de la procédure.
4. Par courrier du 23 mars 2020 le Secrétariat a informé Smood qu'il disposait d'informations selon lesquelles la société est dans certains cas mandatée par des établissements du secteur de la restauration aux fins de la réception et du traitement des commandes, de la livraison des commandes ainsi que de la facturation (cf. conditions générales de vente de F.). Afin clarifier la façon dont Smood collabore avec ses partenaires, l'entreprise a été priée de fournir au Secrétariat des informations et documents additionnels tels que des modèles d'accords, de contrats ou de protocoles d'ici au 24 avril 2020.
5. Par courrier du 10 juin 2020, suite aux deux prolongations de délais accordées, Smood a informé le Secrétariat que la F.\_\_\_\_ est soumise au même régime que les autres partenaires de l'entreprise. Selon ce régime Smood achète des repas préparés par des restaurants partenaires (fournisseurs). Elle les revend et les livre ensuite, pour elle-même, à ses clients (consommateurs). La prestation de livraison serait exécutée par et pour Smood, qui estime être propriétaire de la chose livrée. Smood et la F.\_\_\_\_ seraient dès lors dans une relation d'achat-vente. Par ailleurs, l'entreprise précise que les conditions générales affichées par la F.\_\_\_\_ n'auraient pas été approuvées et n'engageraient pas Smood. Bien que le Secrétariat avait souhaité examiner les modalités contractuelles de la collaboration entre Smood et ses partenaires, Smood n'avait alors pas joint de tels documents à sa réponse du 10 juin 2020.

6. Par courrier du 19 novembre 2020 le Secrétariat a informé Smood qu'il avait analysé en profondeur si cette dernière remplit ou non les conditions d'une soumission à la législation postale. Cet examen avait alors été réalisé sans égard aux pièces contractuelles liant Smood à ses partenaires, vu qu'à cette date, Smood n'avait pas donné suite à la demande du Secrétariat de pouvoir consulter ces pièces (cf. courrier du 23 mars 2020). Toutefois, même en l'absence de ces documents, le Secrétariat considérait être en mesure de procéder à une analyse complète portant sur l'assujettissement de Smood à l'obligation d'annoncer. Au terme de son examen, le Secrétariat était parvenu à la conclusion que le service de livraison Smood entre dans le champ d'application de la législation postale et que l'entreprise devait s'enregistrer auprès de la PostCom. Cette conclusion reposait alors sur l'hypothèse que l'activité de Smood consiste davantage à mettre en relation des vendeurs tiers (les restaurants) et des acheteurs tout en assurant la livraison des biens commandés en ligne, selon le modèle de la « marketplace ». Partant de ce constat, il avait demandé à Smood de s'enregistrer auprès de la PostCom avant le 11 décembre 2020.
7. Par courrier du 11 décembre 2020, Smood a demandé une prolongation de délai au 19 février 2021, motivée par le travail conséquent nécessité par la détermination sur une requalification complète de son activité, afin que l'entreprise puisse se déterminer sur les éléments pertinents et apporter toutes pièces utiles. Cette prolongation lui a été accordée.
8. Avec sa correspondance du 19 février 2021, Smood a rejeté les résultats de l'analyse du Secrétariat et maintenu sa position selon laquelle elle livre ses propres marchandises, qu'elle aurait acquises préalablement auprès de fournisseurs tiers. Ainsi, Smood fournirait la prestation logistique pour elle-même et ne remplirait pas la condition de l'offre de services postaux en faveur de tiers (art. 4, al. 1, LPO). Pour étayer son argumentation, Smood a remis au Secrétariat ses conditions générales de vente et des exemplaires de partenariats conclus avec certains fournisseurs.
9. Dans le détail, l'entreprise a indiqué que son activité consiste en la vente de produits par le biais de son site internet et d'une application mobile, y compris des repas prêts à la consommation. Les produits proposés en ligne seraient achetés auprès de fournisseurs (dont des restaurants) qui sont ses partenaires contractuels. Puis, Smood revendrait et livrerait les produits à ses clients. L'entreprise a considéré le fait que temporellement, le client passe d'abord commande avant d'effectuer l'achat de couverture auprès du fournisseur, n'est pas déterminant pour la qualification de l'activité. Une telle séquence serait fréquente en pratique et admise en droit suisse : en cas de vente de choses qui n'existent pas ou qui appartiennent à autrui au moment de la vente, il appartient simplement au vendeur de se procurer le produit, sans quoi il sera en violation de son obligation de livrer. Tel est selon la société le sens des contrats passés avec les fournisseurs dont les restaurants. Il s'agirait précisément de s'assurer que l'entreprise pourra obtenir l'approvisionnement dans les délais indiqués à ses clients.
10. Par courrier du 6 décembre 2021, le Secrétariat a fait part à Smood de son intention de demander une expertise au Professeur Sylvain Marchand de l'Université de Genève, en tant que mesure d'instruction au sens de l'art. 12, let. e, de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021) pour l'établissement d'éléments pertinents en l'affaire. Smood avait alors été invitée à soumettre d'éventuelles observations s'agissant de l'expert désigné (art. 10 PA) ainsi que des questions posées et des pièces à remettre à l'expert d'ici au 5 janvier 2022.

11. Par courrier du 5 janvier 2022, Smood a affirmé ne pas avoir d'objection à ce que l'expertise soit confiée au Professeur désigné. Elle a cependant demandé une prolongation de délai pour la transmission de ses observations sur les questions posées ainsi que les documents remis.
12. En date du 18 février 2022, Smood a transmis deux courriers à la PostCom. Dans l'un, Smood a fait part de ses remarques et propositions quant aux questions posées à l'expert et suggéré deux questions additionnelles au Secrétariat. Dans l'autre, l'entreprise informe le Secrétariat des évolutions pertinentes de son activité depuis ses déterminations du 19 février 2021. En particulier, l'entreprise indique que son offre de produits s'étend désormais, en sus de repas et de produits d'épicerie, également aux fleurs et à certains produits de pharmacie, tout en précisant que le modèle est le même pour tous les produits. Elle a également joint diverses nouvelles pièces à ce courrier concernant les nouveaux services, qu'elle a par la suite complété avec son courrier du 2 mars 2022.
13. Avec sa correspondance du 29 mars 2022, le Secrétariat a informé Smood des questions définitives posées à l'expert après avoir pris en considération les propositions de l'entreprise. Les dix questions posées concernaient notamment la nature et la séquence des contrats conclus lorsqu'une commande est passée sur smood.ch, l'identification des parties à ces contrats ainsi que leurs droits et obligations respectifs.
14. Le 20 mai 2022, le Professeur Sylvain Marchand a remis au Secrétariat son rapport d'expertise avec les conclusions suivantes :
  - 14.1 Les contrats entre Smood et ses partenaires doivent être qualifiés de contrats de vente avec un aspect de vente à livraisons successives. Les contrats entre Smood et ses clients doivent également être qualifiés de contrats de vente. Lorsque les clients sont autorisés à retirer le produit eux-mêmes auprès du partenaire, ils sont bénéficiaires d'une stipulation pour autrui imparfaite. Ainsi, les textes contractuels distinguent les contrats conclus entre Smood et ses partenaires d'une part, et les contrats conclus entre Smood et les clients d'autre part. En revanche, il n'est pas possible de construire une relation juridique directe entre les partenaires et les clients de Smood.
  - 14.2 Les contrats entre Smood et ses partenaires et entre Smood et les clients contiennent les obligations typiques d'un contrat de vente, avec quelques obligations accessoires du vendeur. La séquence de conclusion des contrats et la chronologie d'une commande ne sont pas de nature à remettre en cause la qualification de ces contrats.
  - 14.3 Les partenaires assument les garanties contractuelles du vendeur à l'égard de Smood. Smood assume les garanties contractuelles du vendeur à l'égard des clients. La mention dans certains des contrats entre Smood et les partenaires d'une action directe du client contre le partenaire peut être interprétée comme une garantie du fabricant sous forme de stipulation pour autrui, mais le mécanisme mis en place ne prévoit pas d'information des clients sur cette garantie du fabricant.
  - 14.4 Smood est libre de fixer les prix des produits vendus aux clients, ce qui confirme qu'il est, à l'égard des clients, le vendeur et non le transporteur. Le risque de ducroire, à savoir le risque de devoir payer un produit au partenaire alors que ce produit n'a pas été payé par le client est supporté par Smood.

15. Smood a ensuite été invitée par courrier du 24 mai 2022 à soumettre ses observations quant aux conclusions de l'expertise d'ici au 10 juin 2022, délai qui a ensuite été prolongé au 29 août 2022.
16. Dans sa prise de position du 29 août 2022, Smood n'a exprimé aucune réserve quant aux conclusions de l'expertise et maintenu ses précédentes déterminations et conclusions (cf. Détermination du 19 février 2021, p. 2 conclusion 3 et p. 27-29). Elle a également fait référence au courrier du 19 novembre 2020 du Secrétariat et aux différents critères alors pris en considération par ce dernier. Quant aux possibles distorsions de concurrence pouvant résulter de sa non soumission à la surveillance de la PostCom, Smood précise qu'en janvier 2021 elle a entamé la négociation d'une CCT pour ses livreurs avec Syndicom, laquelle a été conclue le 17 mai 2022. L'entreprise souligne aussi que certains concurrents n'emploient pas leurs propres livreurs, de sorte que la législation sur le droit du travail ainsi que celle applicable aux assurances sociales ne sont pas appliquées. Dans le cas où le Secrétariat mettrait fin à l'instruction, elle a prié ce dernier de bien vouloir l'en informer afin qu'elle puisse communiquer les notes d'honoraires pertinentes (art. 64 PA ; art. 8 al. 1 de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative).

## II. Considérants

17. Conformément à l'art. 22, al. 1, LPO, la PostCom rend les décisions qui relèvent de sa compétence en vertu de la loi sur la poste et de ses dispositions d'exécution. L'art. 22, al. 2, let. a, LPO mentionne expressément parmi les tâches de la PostCom l'enregistrement des prestataires (art. 4, al. 1 LPO). Si une entreprise ne s'est pas enregistrée auprès de la PostCom dans le délai prévu (cf. art. 3, al. 1 et art. 8, al. 1, de l'ordonnance sur la poste du 29 août 2012 [OPO ; RS 783.01]) et que l'obligation d'annoncer est contestée, comme dans le cas présent, la PostCom peut constater d'office l'obligation d'annoncer d'une entreprise et, le cas échéant, prononcer des mesures de surveillance conformément aux art. 24 LPO s.
18. Selon l'art. 25, al. 1, PA, l'autorité compétente sur le fond a qualité pour constater par une décision, d'office ou sur demande, l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations fondés sur le droit public. Les décisions en constatation au sens de l'art. 5, al. 1, let. b, PA, doivent être rendues lorsque, au vu du cas concret, la situation juridique doit être clarifiée de façon obligatoire, sans modification de droits ou obligations spécifiques (ATF 130 V 388 consid. 2.5 ; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd. 2018, no 818 s.).
19. Connaître si le service de livraison Smood remplit les critères d'un service postal soumis à l'obligation d'annoncer est nécessaire pour déterminer si la PostCom, en tant qu'autorité de surveillance du marché postal, est également compétente pour surveiller l'activité de cette entreprise. C'est aussi de la qualification de l'activité de livraison de cette entreprise que dépend l'obligation de remplir les exigences légales définies à l'art. 4, al. 3, LPO. La question que la PostCom est appelée à trancher en l'espèce n'est donc ni générale ni abstraite. Elle concerne directement les droits et les obligations de l'entreprise, qui a elle-même un intérêt à ce que sa situation juridique, en lien avec la possible fourniture de services postaux, soit clarifiée. Les conditions pour rendre une décision constatatoire à l'encontre de Smood sont donc réunies.
20. Il ressort des informations à disposition de la PostCom que Smood est l'entité responsable du service de livraison « Smood » et donc des services à examiner en l'espèce. Puisque ses droits et obligations sont touchés par la présente décision en constatation, Smood est partie à la procédure au sens de l'art. 6 PA.

21. Selon l'art. 4, al. 1, LPO, est soumis à l'obligation d'annoncer quiconque propose en son propre nom et à titre professionnel des services postaux à des clients. Les services postaux se réfèrent d'une part au traitement d'envois spécifiques, les envois postaux, c'est-à-dire les lettres, colis, journaux et périodiques (art. 2, let. b, LPO), et d'autre part à certains processus postaux, à savoir la réception, la collecte, le tri, le transport et la distribution de ces envois (art. 2, let. a, LPO). Que le prestataire fournisse effectivement les services postaux lui-même ou qu'il fasse appel à des sous-traitants pour ce faire n'est pas déterminant pour la question de l'obligation d'annoncer.
22. Smood conteste l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 4, al. 1, LPO et fait valoir qu'elle revend à des clients des biens préalablement acquis auprès de fournisseurs. L'entreprise opérerait en ainsi un service de livraison pour elle-même et non pour des expéditeurs d'envois postaux. La condition d'un service en faveur de clients ne serait donc pas remplie.
23. L'expert mandaté par le Secrétariat, sur la base des diverses pièces contractuelles remises par Smood à la demande de la PostCom, confirme la thèse de l'entreprise selon laquelle les contrats conclus entre Smood (acheteur) et le partenaire (vendeur) est un contrat de vente. Selon les termes de ce contrat, le partenaire n'a pas le pouvoir de donner des instructions à Smood, mais doit au contraire suivre les instructions de ce dernier. Comme l'observe l'expert, ces dispositions sont incompatibles avec les articles 397 CO (devoir du mandataire de suivre les instructions du mandant) et 443 CO (devoir du voiturier de se conformer aux instructions de l'expéditeur ou du destinataire) qui typiquement s'appliquent à un contrat de transport. De même, les contrats de vente consécutifs à une commande sur le site internet de l'entreprise sont des contrats de vente conclus entre Smood et le client qui passe une commande sur smood.ch. Ces contrats ne génèrent aucune obligation envers les partenaires/fournisseurs de Smood (restaurants ou épiceries p.ex.) ce qui amène l'expert à la conclusion qu'il n'existe aucune relation juridique entre le client final et le fournisseur.
24. Dans son analyse, l'expert considère également que les spécificités propres aux accords liant Smood à ses partenaires ne modifient en rien la qualification des contrats en tant que contrats de vente. Par exemple, le fait que l'objet du contrat ne soit pas encore déterminé au moment de la conclusion du contrat est un cas envisageable vu qu'il est possible que la détermination de l'objet du contrat n'intervienne qu'au moment de la livraison et non au moment de la conclusion du contrat. En l'espèce, la détermination de l'objet du contrat est faite non par Smood mais par le consommateur final, à travers sa commande. De même, le fait que Smood ne soit pas encore propriétaire des produits vendus au client au moment de la commande est une pratique admise en droit suisse. Enfin, même si en cas de non lecture des conditions générales de vente, les clients pourraient avoir l'impression de contracter avec le partenaire dont ils ont choisi le produit, l'expert considère que par principe, les conditions générales s'appliquent. Ce même si le consommateur ne les a pas lues, dans la mesure où elles sont disponibles et ont été intégrées dans le contrat (Carron Blaise, La protection du consommateur lors de la formation du contrat / II. Le droit classique des obligations, dans: Carron Blaise/Müller Christoph (éd.), Droits de la consommation et de la distribution: les nouveaux défis, Contrats, Sécurité des produits, Actions collectives, Bâle, Neuchâtel 2013, p. 123 ; ATF 119 II 443 cons. 1.a ; ATF 109 II 452 cons. 4, JdT 1984 I 470.).
25. La PostCom a toujours retenu, conformément à l'art. 4, al. 1, LPO, que l'obligation d'annoncer se limite aux prestations postales réalisées pour le compte de tiers afin d'en retirer un gain. Par tiers, il faut comprendre les expéditeurs d'envois postaux et non les destinataires, vu que seul le prestataire chargé [...] de gérer l'ensemble du processus par rapport à l'expéditeur est tenu de s'annoncer auprès de la PostCom (Message du Conseil fédéral du 20 mai 2009 relatif à la loi sur la poste, FF 2009 4680). Sur la base de cette interprétation, la PostCom considère que les sociétés acheminant leurs propres envois ne sont pas soumises à l'obligation d'annoncer. En

l'espèce cela implique que Smood ne remplit pas les critères d'une soumission à la législation postale et n'est donc pas tenue de s'enregistrer auprès de la PostCom.

26. La présente décision doit également déterminer les frais de procédure que la PostCom perçoit pour son activité (art. 77 al. 1 LPO ainsi que les art. 1 al. 2, art. 3 et 4 al. 2 du règlement de la PostCom du 26 août 2013 sur les émoluments [RS 783.018] et art. 2 al. 1 de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol, RS 172.041.1]). Lors d'une procédure, les émoluments perçus doivent couvrir les frais et être prélevés en fonction du travail requis (art. 77 al. 2, OPO). Les émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de 105 francs à 250 francs de l'heure.
27. Le règlement de la PostCom précise que les émoluments doivent tenir compte des circonstances particulières et du principe de proportionnalité (art. 2, al. 1, du règlement des émoluments de la Commission de la poste). De même, l'art. 3, al. 1, OGEmol dispose que les émoluments et les débours peuvent être réduits ou remis pour de justes motifs, notamment lorsque la prestation sert l'intérêt public ou un but d'utilité publique. Enfin, les débours font partie intégrante des émoluments mais sont calculés séparément (art. 6 al. 1, OGEmol).
28. Selon la jurisprudence, il est conforme au droit que toute personne qui provoque une décision administrative soit tenue de payer un émolument (arrêt du Tribunal fédéral C-4632/2014 du 15 juillet 2015 ; art. 2, al. 1 OGEmol). En l'espèce les débours relatifs à la procédure s'élèvent à 9 000 francs au total et les émoluments à 6 000 francs.
29. En l'espèce, il s'agit de retenir que Smood est à l'origine de la présente décision. En effet, les services de livraison qu'elle propose sont en divers points très similaires à ceux fournis par des prestataires de services postaux enregistrés auprès de la PostCom. De plus, Smood a pris une part active à la procédure, en proposant notamment de soumettre des questions et des pièces additionnelles à l'expert.
30. Il ressort cependant des conclusions de la PostCom que l'entreprise ne fournit pas de services postaux soumis à l'obligation d'annoncer, ce qui justifie une réduction des frais de procédure. Ainsi, la décision rendue clarifie la situation juridique de Smood et préserve ses responsables d'autres procédures (procédure pénale administrative ; art. 31 LPO), mais elle sert également l'intérêt public de la surveillance générale du marché postal et d'une communication transparente de la pratique de l'autorité. Les frais de procédure à charge de Smood sont réduits en conséquence.
31. Au vu de ce qui précède, les émoluments à la charge de Smood sont fixés à 700 francs et les débours à 1 800 francs, ce qui correspond à des frais de procédure totaux de 2 500 francs.
32. Smood exige que des dépens lui soient alloués. Cependant la PA ne prévoit pas l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. Vu l'absence de base légale en l'espèce, aucun dépens n'est alloué.

### **III. Décision**

1. Smood n'est pas soumise à l'obligation d'annoncer selon l'art. 4, al. 1, LPO.
2. Les frais de procédure à la charge de Smood s'élèvent à 2 500 francs.

Commission fédérale de la poste PostCom

Georges Champoud  
Vice-Président

Michel Noguet  
Responsable du Secrétariat

### **Indication des voies de droit**

La présente décision peut être attaquée, dans un délai de 30 jours à compter de sa notification, auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 Saint-Gall.

Le délai ne court pas: du 7<sup>e</sup> jour avant Pâques au 7<sup>e</sup> jour après Pâques inclusivement; du 15 juillet au 15 août inclusivement; du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; celui-ci y joint la décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en ses mains.