



Présente :

**Du recommandé traditionnel au recommandé
électronique : vers une sécurité et une force
probante renforcée**

Par

**ETIENNE MONTERO
Professeur au FUNDP**

Date de mise en ligne : 14 juin 2003

DU RECOMMANDÉ TRADITIONNEL AU RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE : VERS UNE SÉCURITÉ ET UNE FORCE PROBANTE RENFORCÉES

Étienne MONTERO
Professeur aux FUNDP

(Etude publiée dans *Le commerce électronique : de la théorie à la pratique*,
Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 69-99)

PROPOS LIMINAIRES

Le recours à la lettre recommandée présente un intérêt pour établir la réalité d'un envoi, la date de celui-ci et, le cas échéant, sa réception par le destinataire. Les hypothèses sont légion, qu'il s'agisse, pour une partie, d'établir qu'elle a effectivement posé un acte unilatéral ou porté un fait à la connaissance d'une autre partie (cf. les multiples hypothèses où une notification est requise, ou conseillée, en vue de produire certains effets juridiques) ou qu'elle s'est acquittée, dans le délai légalement prévu, de l'une ou l'autre obligation contractuelle ou incombance¹.

En matière de contrats à distance, l'envoi recommandé joue également un rôle non négligeable, notamment lorsque les parties scellent leur accord par un échange de lettres missives. Le recours au pli recommandé trouve ici tout son intérêt pour permettre à l'expéditeur d'une lettre de se constituer une preuve de son envoi (contenant acceptation d'une offre, par exemple). Comme on le verra, le procédé ne résout toutefois pas tous les problèmes.

A l'heure où se généralise la communication électronique pour s'échanger des informations ou pour poser ou conclure des actes juridiques, il s'imposait de reconnaître la possibilité d'effectuer des envois recommandés sur support électronique. Cette reconnaissance étant désormais acquise, il convient de vérifier, d'une part, si le recommandé électronique remplit les fonctions dévolues au recommandé traditionnel, d'autre part, si subsistent des obstacles à son usage dans tous les cas où l'envoi d'une lettre recommandée est indiqué ou légalement requis. Telles sont les questions que l'on

¹ Sur la notion d'incombance, voy. M. FONTAINE, "Obliegenheit, incombance ?", in *Liber amicorum Hubert Claassens. Verzekering : theorie en praktijk – Assurance : théorie et pratique*, CRIS, Maklu, Academia-Bruylant, 1998, pp. 151 et s. Mise en évidence par la doctrine récente, la notion d'incombance désigne des "obligations" d'une nature particulière : elles ne confèrent à leur "créancier" aucune action en exécution forcée, leur violation exposant néanmoins le "débitteur" à de fâcheuses conséquences. A titre d'exemples, on mentionne la nécessité pour le créancier de mettre en demeure le débiteur défaillant avant de le faire sanctionner ou, en matière d'assurance, le devoir qui pèse sur l'assuré de déclarer le sinistre à l'assureur dans un certain délai (cf. les art. 19 et 21 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre).

se propose d'examiner dans cette étude, ce qui suppose de cerner au préalable le régime juridique du recommandé traditionnel.

I. LE RÉGIME JURIDIQUE DU RECOMMANDÉ TRADITIONNEL

Avant de dégager avec précision les différentes fonctions de l'envoi recommandé (B), il n'est pas inutile de donner un aperçu des hypothèses où cette forme d'envoi est généralement utilisée (A).

A. Le recommandé dans les usages

L'envoi recommandé est défini en droit belge comme un "*service consistant à garantir forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve du dépôt ou de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire*"². Comme l'on sait, l'enveloppe est déposée à La Poste, qui remet un récépissé en échange³.

Le recours à l'envoi recommandé se justifie non seulement par le souci, volontairement assumé, de se ménager une preuve (1), mais également, dans bien des cas, sur la base d'exigences légales (2).

1. Le recours spontané à l'envoi recommandé

Il existe de nombreuses situations où l'on souhaite se ménager la preuve de l'envoi d'un courrier afin d'éviter toute contestation ultérieure sur la réalité de cet envoi. Une telle précaution s'avère particulièrement opportune lorsqu'une relation s'envenime et qu'un litige se profile à l'horizon.

A titre d'illustration, on peut songer, en matière de baux, à l'insatisfaction d'un locataire (infiltrations d'eau non résolues, grosses réparations non effectuées...). Ce dernier aura intérêt à consigner ses reproches dans un écrit adressé par envoi recommandé, afin d'être en mesure de prouver, dans le cadre d'un litige ultérieur, qu'en temps utile, il avait effectivement averti son bailleur des désagréments qu'il subissait. En matière d'entreprise de construction, le maître de l'ouvrage aura pareillement intérêt à attirer l'attention de l'entrepreneur sur les malfaçons ou les défauts de conformité au moyen d'une lettre recommandée. En cas de refus persistant d'exécution conforme au

² Article 131, 8°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par l'article 2 de l'arrêté royal du 9 juin 1999.

³ Une autre méthode existe pour effectuer un envoi recommandé : l'expéditeur remplit lui-même un récépissé, sur lequel le facteur appose un cachet de La Poste, prouvant la remise de la lettre entre ses mains. Sur l'enveloppe, l'expéditeur colle une étiquette qui porte le même numéro de code-barres que le récépissé. La concordance entre le récépissé et l'enveloppe est donc indiscutable. Cette méthode présente l'avantage de pouvoir être utilisée à domicile.

cahier des charges, il sera en effet bien avisé de ne plus se contenter de récriminations ou d'injonctions purement verbales.

Par ailleurs, préalablement à toute sanction, une mise en demeure est nécessaire : le créancier est, en principe, tenu de manifester au débiteur, d'une manière claire et non équivoque, sa volonté de voir exécuter l'obligation en souffrance. La mise en demeure constitue un acte unilatéral⁴ *réceptice* : son efficacité est donc subordonnée à une notification au débiteur et le créancier doit se ménager une preuve de sa réception. En ce qui concerne la forme de la mise en demeure, la jurisprudence fait preuve aujourd'hui de la plus grande souplesse : aussi, en pratique, elle pourra fréquemment être adressée au débiteur par lettre recommandée (ou même par simple lettre)^{5 6}.

Enfin, l'on songe aux nombreuses hypothèses où une notification est nécessaire, sans qu'aucune forme particulière soit imposée. Ainsi en est-il, par exemple, en matière de cession de créance : la cession n'est *opposable* au débiteur cédé qu'après sa notification à ce dernier (cf. art. 1690, al. 2, C. civ.)⁷ ; ou encore, dans le droit commun du bail, dès lors qu'il ne précise aucune forme particulière pour le congé⁸. En pratique, ici aussi, il est souvent fait recours au pli recommandé.

L'on pourrait naturellement multiplier des exemples similaires où l'utilisation du recommandé est indiquée dès lors que la preuve de l'envoi est capitale pour qui veut attester sa diligence ou faire valoir certains droits.

⁴ Il s'agit d'un *acte* juridique, et non d'un fait juridique, car ses effets de droit sont voulus par le créancier, et d'un acte *unilatéral* au motif qu'il émane de la seule volonté du créancier et n'est pas subordonné à une acceptation du débiteur.

⁵ L'article 1139 du Code civil permet que la "sommation" (généralement un exploit d'huissier qui intime au débiteur de s'exécuter) soit remplacée par un "acte équivalent". En matière commerciale, il est admis, de longue date, que la mise en demeure ne doit répondre à aucune forme spéciale. La mise en demeure peut donc prendre la forme d'une lettre recommandée (ou même d'une simple lettre), pourvu qu'elle contienne une *interpellation* suffisamment ferme du débiteur. Cette souplesse est également de mise en matière civile, la notion d'acte équivalent étant interprétée avec une extrême souplesse (cf. Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 317). Pour d'autres références, voy. P. WÉRY, "La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles", in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2000, pp. 296 et s., n^{os} 7 et s. ; B. DE CONINCK, "La mise en demeure – Rapport belge", in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2001, pp. 144 et s., n^{os} 23 et s. ; S. STIJS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, pp. 718-720 ; W. WILMS, "De betekenis van de ingebrekestelling in de Code Napoléon", *J.J.P.*, 1983, pp. 33 et s.

⁶ L'article 1139 n'étant pas impératif ni d'ordre public, les parties peuvent non seulement assouplir le formalisme de la mise en demeure, mais aussi dispenser le créancier de cette incombance.

⁷ P. WÉRY, "Le nouveau régime de l'opposabilité de la cession de créance", in *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers. Commentaire de la loi du 6 juillet 1994*, Bruges, La Chartre, 1995, pp. 1 et s., spéc. n^o 34. Voy. aussi P.-A. FORIERS, M. GRÉGOIRE et A.-M. STRANART, *La cession de créance*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1995.

⁸ Cass., 20 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 118.

2. Les exigences légales d'envois recommandés

Dans une série d'hypothèses, notamment, en droit civil et commercial, en droit judiciaire ou encore en droit administratif, la loi impose le recours à l'envoi recommandé.

En matière civile et commerciale, ainsi qu'en droit du travail, il existe de nombreuses dispositions imposant une *notification*⁹, à effectuer obligatoirement soit "par lettre recommandée" (tout court), soit "par lettre recommandée à La Poste". Quelques exemples peuvent suffire¹⁰. Plusieurs lois particulières prescrivent que la partie faible est tenue de notifier une résiliation, un congé, ou sa décision de renoncer au contrat (pendant un délai de réflexion...) par lettre recommandée (à La Poste)¹¹. La loi sur les baux commerciaux impose au preneur de notifier, par lettre recommandée à La Poste, son intention d'effectuer des transformations dans les lieux loués, de sous-louer ou de céder son bail, d'exercer son droit au renouvellement du bail ou, au contraire, d'y mettre fin¹². En matière de contrat de voyage, la loi impose au voyageur de signaler le plus tôt possible par écrit ou sous toute autre forme appropriée aux prestataires de services locaux concernés les défauts dans l'exécution du contrat constatés sur place, et de confirmer sa réclamation par lettre recommandée à La Poste à l'organisateur et/ou à l'intermédiaire de voyage, au plus tard un mois après la fin du voyage¹³.

Dans un souci de protection de la partie faible, diverses lois particulières prescrivent que la *mise en demeure* se fasse par lettre recommandée à La Poste. Le défaut de paiement de la prime d'assurance à l'échéance peut donner lieu à la

⁹ Tantôt le texte légal utilise le verbe "notifier" ou le substantif "notification", tantôt il enjoint de porter certains éléments à la connaissance de l'autre partie, sans toutefois utiliser ces termes.

¹⁰ Pour d'autres exemples, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 218 et s.

¹¹ Cf., entre autres exemples, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, art. 18 (droit de renoncer au contrat dans un délai de sept jours) ; la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence principale, art. 3 (notification d'un congé au moins six mois avant l'échéance pour mettre fin au contrat) ; la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, art. 37 (notification du congé pour résilier le contrat) ; la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence matrimoniale, art. 18 (notification de la résiliation du contrat) ; la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, art. 7 (droit reconnu à chacune des parties de mettre fin anticipativement au contrat) ; la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, art. 29 (résiliation du contrat) ; la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, art. 41, § 2 (notification par le vendeur de son intention de vendre à perte), et art. 89 (en matière de ventes au consommateur conclues en dehors de l'entreprise, droit de réflexion de sept jours pendant lequel le consommateur a le droit de faire savoir qu'il renonce au contrat) ; la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé, art. 9 (notification de la renonciation au contrat dans un délai de 15 jours) ; la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, art. 18 (notification de la résiliation du contrat).

¹² Loi du 30 avril 1951, art. 7 (droit d'effectuer des transformations dans les lieux loués), art. 10 (sous-location et cession du bail), art. 14 (exercice du droit au renouvellement du bail) et art. 3 (préavis pour mettre fin au bail en cours).

¹³ Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, art. 20.

suspension de la garantie ou à la résiliation du contrat moyennant mise en demeure préalable de l'assuré, laquelle doit être faite par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à La Poste¹⁴. En matière de crédit hypothécaire, lorsque l'emprunteur reste en défaut de payer une somme due, le prêteur doit lui adresser dans les trois mois de l'échéance un avertissement par lettre recommandée à La Poste¹⁵. L'article 29 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prescrit, dans une hypothèse particulière, "le dépôt à La Poste d'une lettre recommandée contenant mise en demeure" (*sic*)¹⁶.

En matière judiciaire, de nombreux textes imposent (ou permettent) aussi le recours à la formalité du recommandé (qui n'est toutefois pas prescrite à peine de nullité) aux fins de réaliser une grande diversité de communications, notifications ou dépôts¹⁷. Ainsi, la requête contradictoire doit être envoyée, en autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause, par lettre recommandée au greffier de la juridiction (ou déposée au greffe) (art. 1034 *quinquies* C. jud. ; voy. aussi l'art. 704). Dans certains cas, le Code judiciaire autorise aussi à interjeter appel par lettre recommandée (art. 1056, 3°). Enfin, le Code fourmille de dispositions imposant à divers acteurs (huissiers, greffiers...) l'utilisation du "pli judiciaire", qui est un type spécial d'envoi recommandé par La Poste avec accusé de réception¹⁸ (l'art. 46, § 1^{er}, al. 2, détaille les modalités de cette formalité, qui n'est cependant pas prescrite à peine de nullité).

En matière administrative, les hypothèses ne manquent pas non plus dans lesquelles la loi impose le recours au recommandé postal. Ainsi, l'article 346 du C.I.R. prévoit qu'en cas de rectification des revenus et des autres éléments déclarés par le contribuable, l'administration "fait connaître à celui-ci, par lettre recommandée à La Poste, les revenus et autres éléments qu'elle se propose de substituer à ceux qui ont été déclarés ou admis par écrit en indiquant les motifs qui lui paraissent justifier la rectification". L'inobservation de cette formalité est sanctionnée par la nullité de la procédure de rectification. Entre autres exemples, le recours au recommandé est également exigé pour les notifications qui doivent être faites à l'administration

¹⁴ Art. 14 et 15 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

¹⁵ Art. 45 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire.

¹⁶ Etant donné les termes de cette disposition, la Cour de cassation a estimé qu'il n'est pas requis que le recommandé ait effectivement été présenté au destinataire. Cf. Cass., 17 nov. 1995, J.L.M.B., 1996, p. 1192, obs.; R.D.C., 1997, p. 175, note. Pour une critique de cette solution, voy. M. E. Storme, "Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – De nieuwe wetbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving", n° 24, <http://www.storme.be/2281.pdf>. Voir aussi l'art. 36 de la même loi.

¹⁷ A ce propos, L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, "Quelles procédures pour le commerce électronique ?", in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeunes Barreau de Liège, 2001, pp. 305 et s., spéc. pp. 366 et s.

¹⁸ Cf. L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *Ibidem*, et A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Faculté de droit de Liège, 1987, n° 247.

préalablement à la conclusion de certains contrats¹⁹, ou encore pour l'immatriculation²⁰ ou l'inscription²¹ d'un professionnel auprès de l'autorité compétente.

B. Les fonctions assignées au recommandé : certitudes et zones d'ombre

1. La preuve de l'envoi

L'intérêt incontestable de toute lettre recommandée est de ménager à l'expéditeur une preuve de la réalité et, au besoin, du moment de son envoi, *ou plus exactement de son dépôt à La Poste* (voy. ci-après). Cette double preuve pourra être rapportée grâce au récépissé qui lui est remis par l'agent de La Poste lors du dépôt du pli.

2. La preuve de la réception

Comme cela vient d'être suggéré, le dépôt à La Poste d'une lettre recommandée n'atteste nullement que celle-ci est effectivement parvenue à son destinataire. L'occasion a été donnée à la jurisprudence de confirmer ce point de vue : "Le seul fait pour les services de La Poste d'apposer pour chaque envoi individuel un cachet établissant l'envoi recommandé n'apparaît pas suffisant pour en déduire que le destinataire a reçu l'envoi qui lui était destiné ou qu'il en a eu connaissance (...)"²². L'éventualité qu'un envoi recommandé s'égare et n'arrive jamais à destination est d'ailleurs clairement envisagée dans les dispositions fixant la hauteur de l'indemnité due par La Poste en cas de perte, de vol ou de détérioration d'un envoi recommandé²³.

¹⁹ C'est le cas, notamment, pour les ventes en liquidation (art. 48, § 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur) ou les concentrations d'entreprises (art. 3, § 2, de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif à la notification des concentrations d'entreprises visée à l'article 12 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique ; art. 3, § 2, de l'arrêté royal du 23 mars 1993 relatif aux demandes et notifications visées aux articles 6 et 7 de la loi sur la protection de la concurrence économique).

²⁰ Pour le vendeur qui émet des titres relatifs à des offres conjointes (art. 59 de la loi sur les pratiques du commerce).

²¹ Art. 2 de l'arrêté royal du 5 octobre 2000 relatif à l'inscription des vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé.

²² Par exemple, Mons, 21 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, I, p. 456.

²³ Cf. l'arrêté royal du 12 août 1994 fixant le montant maximum de l'indemnité en cas de perte, de spoliation ou d'avarie d'un envoi recommandé et le montant maximum de la déclaration de valeur d'une lettre avec valeur déclarée, *M.B.*, 14 sept. 1994. Pour plus de détails sur l'étendue de la responsabilité de La Poste, voy. les conditions générales en matière d'offre des services de La Poste, spéc. les parties VII et IX. A titre d'information, pour obtenir une indemnité, l'expéditeur d'un envoi doit, au préalable, introduire une plainte et prouver la faute de La Poste, le préjudice subi et le lien de causalité entre les deux (cf. IX, point 1). Au niveau national, en cas de perte d'un envoi recommandé, l'indemnité correspond au préjudice direct réellement subi avec un maximum de 37, 18 EUR (cf. IX, point 2.1.2., deuxième tiret).

En tout état de cause, le destinataire peut toujours prétendre n'avoir pas reçu le courrier recommandé que l'expéditeur affirme avoir déposé à La Poste.

L'expéditeur peut toutefois se prémunir contre ce risque, en faisant recours à un type particulier de recommandé : le *recommandé avec accusé de réception*. Dans cette hypothèse, le destinataire est invité à signer un accusé de réception du courrier qui lui est présenté par le facteur. Ce dernier doit vérifier l'identité du destinataire et remettre la lettre en main propre. En principe, l'expéditeur sera alors en mesure de prouver que la réception de son envoi a bien eu lieu à la date et à l'heure indiquées sur l'accusé.

Sur le plan de la preuve, la situation de l'expéditeur sera particulièrement confortable si l'accusé de réception est effectivement signé de la main du destinataire. Celui-ci ne pourra alors plus prétendre qu'il n'a pas reçu le courrier²⁴.

Tous les problèmes ne sont pas pour autant parfaitement résolus.

Tout d'abord, il arrive parfois que le signataire de l'accusé de réception ne soit pas le véritable destinataire de l'envoi. Dans cette hypothèse, si un litige survient, la responsabilité de La Poste pourrait être engagée puisque l'employé n'a pas procédé à une vérification d'identité.

Ensuite, le destinataire peut toujours refuser le pli recommandé qui lui est présenté. Toutefois, il y a lieu de considérer qu'est parfaitement valable l'incombance (ex. une mise en demeure) accomplie par lettre recommandée au destinataire qui, sans motif plausible, refuse le pli, alors que les circonstances devaient lui faire deviner le contenu²⁵. Cette attitude de refus apparaît pour le moins suspecte et, en principe, ne permet donc pas d'éviter les effets d'une mise en demeure ou d'une notification.

Enfin, des contestations peuvent encore naître à propos du contenu de l'envoi recommandé. A cet égard, en effet, La Poste ne procède à aucune vérification. Le destinataire peut donc prétendre que l'enveloppe était vide ou que la copie de la lettre qui s'y trouvait ne correspond pas à l'original conservé et produit ultérieurement par l'expéditeur. Ici aussi, il ne faudrait pas exagérer le risque au plan probatoire : d'heureuses solutions sont apportées par la jurisprudence (voy. ci-après).

3. La preuve du contenu de l'envoi

a) L'hypothèse de "l'enveloppe vide"

Tout en ne contestant pas l'avoir reçu²⁶, le destinataire d'un courrier recommandé peut néanmoins soutenir que l'enveloppe était vide. Le problème est assurément délicat, même s'il faut souligner son extrême rareté.

²⁴ R. MOUGENOT, *La preuve*, Tiré à part du Répertoire notarial, 3^e éd. revue et mise à jour par D. MOUGENOT, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 244, n° 180.

²⁵ En ce sens, Gand, 29 avril 1929, *B.J.*, 1931, col. 621 (en l'espèce, le destinataire était un commerçant).

²⁶ Cette contestation serait vaine en cas d'envoi recommandé avec accusé de réception. Le juge disposera, en effet, de deux pièces (le récépissé et l'accusé de réception) qui attestent que la lettre est

Ayant eu à se prononcer à ce sujet, la Cour de cassation française a estimé que “la remise d’une [lettre recommandée avec accusé de réception] fait présumer, jusqu’à preuve contraire, que la notification [d’un congé, en l’espèce] était régulière” et qu’il appartient dès lors au destinataire qui affirme avoir reçu une enveloppe vide d’apporter des éléments de preuve à l’appui de son allégation²⁷.

Cette solution est conforme au principe énoncé à l’article 1315 du Code civil, dont le fondement est “une véritable présomption légale implicite, en vertu de laquelle la situation normale et habituelle est présumée exister en l’espèce. C’est à celui qui invoque un fait contraire à cette situation à en démontrer la réalité”²⁸.

Ainsi, le recours à l’envoi recommandé (éventuellement avec accusé de réception) crée une présomption en faveur de l’émetteur : il est présumé, jusqu’à preuve du contraire, que le destinataire a reçu le courrier invoqué par l’émetteur. Si le destinataire conteste le contenu de l’enveloppe, en soutenant qu’elle était vide, il lui faudra fournir la preuve de cette allégation contraire au *cours normal et habituel des choses*. Etant donné que la contestation porte sur un fait juridique, cette preuve peut être administrée par toutes voies de droit.

Ainsi, la démonstration de la sincérité, ou au moins de la vraisemblance, de l’affirmation selon laquelle l’enveloppe reçue était vide pourrait résulter aux yeux du juge des démarches et investigations effectuées par le destinataire, immédiatement après la réception de l’envoi, auprès de La Poste ou de l’expéditeur afin d’identifier l’auteur de cette curieuse correspondance et de s’enquérir de ses intentions : “Que, d’ailleurs, si par impossible et quelque invraisemblable que cela puisse paraître en la cause, l’appelant avait par inadvertance omis d’insérer dans l’enveloppe le congé, encore est-il que l’intimé (...) serait en faute pour n’avoir fait aucune démarche ou investigation en vue de démontrer que l’enveloppe reçue par lui ne contenait aucun écrit”²⁹.

b) Contestation relative au contenu de l’enveloppe

En cas de contestation portant sur le contenu de l’enveloppe ou du document lui-même, le même genre de solution que celle dégagée au point précédent devrait prévaloir, à défaut de procédure de certification.

Ainsi, il a été jugé que la preuve que deux lettres se trouvaient dans une enveloppe recommandée exige que l’invraisemblance du fait soit renversée par des éléments précis. En l’espèce, une partie alléguait que la lettre notifiant une cession d’actions au porteur figurait dans le même pli recommandé qu’une autre lettre relative à la

effectivement parvenue à son destinataire (sauf si l’accusé de réception est signé par un autre, auquel cas c’est la responsabilité de La Poste qui pourra éventuellement être engagée).

²⁷ Cass. fr. (ch. civ., sect. soc.), 11 juin 1964, *J.T.*, 1965, p. 120. Dans le même sens : Civ. Verviers, 13 mai 1925, *Jur. Liège*, 1925, p. 220.

²⁸ H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., 1967, p. 731, n° 726. Voir aussi N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 40, n° 65 ; M. ANTOINE, “La certification électronique”, *R.D.C.*, 1995, p. 6 ; D. MOUGENOT, *La preuve, op. cit.*, 2002, p. 244, n° 180.

²⁹ Civ. Verviers, 13 mai 1925, *Jur. Liège*, 1925, p. 221.

convocation d'une assemblée générale. Cette allégation, contestée par la partie adverse, apparaît invraisemblable aux yeux du juge, en considération d'indices divers : "qu'en effet, seule la lettre relative à la demande de convocation d'une assemblée générale porte la mention 'recommandé' ; que si l'autre lettre avait été jointe au même envoi, elle eût normalement porté la même mention ; que l'on remarque aussi que les caractères d'imprimerie utilisés pour ces lettres ne sont pas les mêmes, alors qu'elles sont signées par la même personne ; (...)"³⁰.

4. La preuve de l'identité des parties

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, le recommandé ne prouve pas nécessairement l'identité de l'expéditeur, ni celle du destinataire. En principe, il devrait en être ainsi, et, dans la majorité des cas, ce point ne pose pas problème. Il arrive cependant que tel agent de La Poste ne procède à aucune vérification d'identité. La personne qui dépose le courrier à La Poste doit bien signer un récépissé, mais il ne lui est pas systématiquement demandé de présenter sa carte d'identité.

De même, lorsque le recommandé est accompagné d'un accusé de réception, le facteur se contente parfois d'une signature quelconque, qu'elle soit apposée par le destinataire ou une autre personne.

On ne peut donc affirmer, avec certitude et en toute hypothèse, que ce sont bien l'expéditeur et le destinataire qui ont réellement envoyé et reçu le recommandé. Il est cependant permis de considérer, ici aussi, qu'il existe une présomption relative à l'identité de ces personnes, à charge pour celle qui la conteste d'apporter la preuve contraire.

II. LE RÉGIME JURIDIQUE DU RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE

Force est de reconnaître que le recommandé postal est une institution relativement modeste eu égard aux garanties qu'elle apporte. Le dépôt à La Poste d'une lettre recommandée permet tout au plus d'établir la date du dépôt (sans certitude que la lettre soit parvenue à destination !) et, le cas échéant, sa bonne réception par le destinataire (recommandé avec accusé de réception). Pour le reste, il faut s'en remettre à des présomptions – sérieuses certes, mais simples présomptions tout de même –, qui trouvent leur justification dans le *quod plerumque fit* du fonctionnement des services postaux (d'ordinaire les lettres parviennent à leur destinataire) et dans la philosophie sous-jacente à l'article 1315 du Code civil (contenu de l'envoi). On s'en souviendra au moment d'envisager le mode de fonctionnement et le régime juridique du recommandé électronique.

³⁰ Comm. Bruxelles, 30 juin 1982, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 59.

A. Siège de la matière

Le recommandé électronique est aujourd'hui reconnu légalement, tant au niveau européen qu'au niveau belge. Il est donc susceptible de produire au moins les mêmes effets juridiques que le recommandé traditionnel.

1. L'exigence européenne

Le Parlement européen et le Conseil des Ministres ont adopté une directive le 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service (directive 97/67/CE)³¹.

L'envoi recommandé est défini à l'article 2, 9), comme "*un service consistant à garantir forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration et fournissant à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve du dépôt de l'envoi postal et/ou de sa remise au destinataire*". Comme on l'a vu plus haut, cette définition a été reprise telle quelle en droit belge³². Il y a lieu d'observer qu'il n'est nullement fait référence à l'exigence d'un support papier.

L'article 7 de la directive énumère les services susceptibles d'être réservés, à titre provisoire (voy. le considérant n° 19), au(x) prestataire(s) du service universel (en Belgique, il s'agit de La Poste). Le service de recommandé électronique n'y est pas mentionné.

De plus, le considérant 21 précise que les nouveaux services (services clairement distincts des services classiques) ne font pas partie du service universel et que, dès lors, il n'y a pas de raison de les réserver aux prestataires du service universel. Une lecture conjointe de l'article 7 et du considérant n° 21 nous porte à considérer que, pour le législateur européen, le recommandé électronique, en tant que nouveau service, ne peut être accompagné d'un monopole au profit de La Poste³³. Cette opinion est confortée par une interprétation *a contrario* de l'article 8 de la directive, qui prévoit que les Etats membres ont le droit d'organiser, conformément à leur législation nationale, le service d'envois recommandés utilisé dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives.

La portée de cette disposition est explicitée par le considérant n° 20, dont il résulte que, pour des raisons d'ordre public et de sécurité publique, les Etats membres peuvent désigner la ou les entités chargées de la prestation du service du courrier recommandé utilisé au cours de procédures judiciaires ou administratives conformément à leur législation nationale.

³¹ J.O.C.E., n° L 15 du 21 janv. 1998, p. 25.

³² Article 131, 8°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par l'article 2 de l'arrêté royal du 9 juin 1999.

³³ Encore pouvait-on estimer que l'on n'a pas affaire à un nouveau service, mais à une nouvelle modalité d'exécution d'un service classique.

Seules des *raisons d'ordre public ou de sécurité publique* peuvent donc conduire un Etat membre à réserver de tels recommandés à une entité désignée. Dans un premier temps, le législateur belge a fait usage de cette faculté au profit de La Poste.

2. Les textes de droit belge

a) La libéralisation du recommandé électronique : acte I

En date du 9 juin 1999, la Belgique a adopté un arrêté royal transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997³⁴.

Cet arrêté royal comporte une disposition qui consacre implicitement le recommandé électronique en droit interne. Il s'agit de l'article 21, qui insère un article 144*octies* dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cet article prévoit, en son paragraphe 2, que "*Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste et ce, quel qu'en soit le support*" (*sic*).

Deux enseignements se dégagent de cette disposition. D'une part, le recommandé électronique se voit reconnaître des effets comparables au recommandé traditionnel, puisque la disposition commentée sous-entend que le recommandé peut exister sur d'autres supports que le support papier (par exemple sur support électronique³⁵).

D'autre part, les envois recommandés – quel qu'en soit le support – requis dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ne peuvent être valablement effectués qu'en recourant aux services de La Poste.

Si l'on peut se féliciter du premier enseignement, il n'en va pas de même du second. Le maintien du monopole de La Poste pour le service des envois recommandés utilisés dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives est discutable et discuté.

b) Appréciation critique

Dans le rapport au Roi, ce monopole est justifié comme suit : "En ce qui concerne les envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives, étant donné qu'il est exigé dans plusieurs lois et arrêtés que l'envoi recommandé se fasse 'à La Poste', il a paru souhaitable, afin de ne pas devoir modifier ces dispositions et d'éviter d'éventuels problèmes sur le plan juridique et administratif,

³⁴ *M.B.*, 18 août 1999. Cet arrêté royal a été confirmé par l'article 239 de la loi du 12 août 2000 "portant des dispositions sociales, fiscales et diverses", *M.B.*, 31 août 2000.

³⁵ En ce sens, voy., dans le rapport au Roi, le commentaire de l'article 21 où une mention de l'expression "quel qu'en soit le support" est suivie, entre parenthèses, des termes "physique ou électronique" (*M.B.*, 18 août 1999, p. 30701).

de réserver le service concerné à La Poste. Celle-ci dispose par ailleurs d'expérience en la matière. Par souci de cohérence, il est également prévu que ces envois sont réservés à La Poste quel qu'en soit le support (physique ou électronique)³⁶.

De tels arguments sont fragiles pour justifier le monopole. De nombreux textes législatifs ou réglementaires exigent en d'autres matières (droit civil et commercial, droit du travail...) également que des actes ou informations diverses (préavis, résiliation, décision de renoncer au contrat...) soient notifiés par lettre recommandée à La Poste. Dans ce contexte, il ne fait pas de doute qu'une solution judicieuse pourra/devra être trouvée. A cet égard, la solution passe vraisemblablement par la piste des équivalents fonctionnels³⁷, déjà sollicitée pour restituer d'autres exigences de forme dans l'environnement numérique. On comprend mal que la solution imaginée ici, pour sortir de l'impasse, ne puisse être également mise en œuvre dans le contexte des procédures judiciaires ou administratives. Si l'on garde à l'esprit que seules des considérations liées à la protection de l'intérêt général et de l'ordre public permettent de justifier la réservation du service des envois recommandés, force est d'admettre que l'argument avancé par le rapport au Roi ne convainc guère.

Quant à la justification tirée de l'expérience particulière dont bénéficie La Poste en la matière, elle semble pareillement de peu de poids. D'abord, la circonstance que La Poste jouit d'une expérience incontestable en matière de recommandé traditionnel n'autorise pas à la créditer automatiquement d'une quelconque expérience du recommandé électronique. Ensuite, une entreprise en situation de monopole jouit forcément d'une expérience unique dans le domaine des services qui lui sont réservés. Il saute aux yeux que la prise au sérieux d'un tel argument – d'ailleurs sujet à caution au regard du considérant n° 20 de la directive du 15 décembre 1997³⁸ – porterait un coup fatal à toute tentative de libéralisation de services publics.

L'auteur du rapport au Roi semble d'ailleurs conscient de la fragilité des arguments avancés, puisqu'il prend soin de préciser que "Le fait, pour un utilisateur, de recourir erronément à un autre opérateur que La Poste pour l'envoi d'un recommandé dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative n'entraîne cependant pas la nullité de la pièce, sauf si une disposition devait le prévoir expressément". On ne peut manquer de remarquer l'incohérence du dispositif combinant la réservation d'un service et l'absence de nullité de principe en cas de recours à un opérateur autre que La Poste³⁹.

³⁶ *M.B.*, 18 août 1999, p. 30701.

³⁷ Voy., à ce propos, l'article 16 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridique des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963 ; et M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la direction de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 713 et s., n°s 28 et s.

³⁸ Lequel commande de pouvoir justifier la réservation du service des envois recommandés par des raisons d'ordre public et de sécurité publique.

³⁹ En ce sens, T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN), *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 743.

c) La libéralisation du recommandé électronique : acte II

Le législateur ne pouvait maintenir longtemps cette situation illogique... ni résister à la pression de la Commission européenne auprès de laquelle des concurrents de La Poste ont déposé plainte contre l'Etat belge pour monopole abusif de cette dernière sur le terrain du recommandé électronique.

Aussi n'a-t-il pas tardé à franchir un pas supplémentaire. En effet, la loi-programme du 2 août 2002 libéralise purement et simplement le recommandé électronique, en ne laissant subsister le monopole de La Poste que pour les envois papier traditionnels. Dorénavant, l'article 144*octies* de la loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques est libellé comme suit : *“Pour la protection de l'intérêt général et de l'ordre public, le service des envois recommandés physiques utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives sont également réservés à La Poste”* (sic)⁴⁰.

Est-ce à dire que le cadre juridique du recommandé électronique est désormais complet et impeccable ? Nous aurons l'occasion d'émettre un doute à cet égard (*infra*, D, 1).

B. Les services de recommandé électronique en pratique

1. Etat des lieux

Plusieurs sites internet proposent d'ores et déjà un service de recommandé électronique, avec des résultats variables.

Hypertrust (www.hypertrust.com) est une société belge offrant divers services de certification sur l'internet, parmi lesquels un service de recommandé électronique, qui semble offrir des garanties de sérieux et de fiabilité sur le plan technique et juridique.

On peut en dire autant à propos de TrustPost (www.trustpost.com), qui est également une société belge. TrustPost présente la particularité de permettre l'envoi d'un SMS sur un téléphone portable pour avvertir de la réception d'un message électronique.

⁴⁰ Voy. l'art. 172 qui modifie l'art. 144*octies* de la loi du 21 mars 1991. Cette nouvelle formulation n'est pas des plus heureuses. L'expression “quel qu'en soit le support” ne s'y trouve plus. Or, la reconnaissance juridique du recommandé électronique se déduisait précisément du membre de phrase disparu. L'interprétation de l'article 144*octies* (nouvelle mouture) est aujourd'hui incertaine... et la sécurité juridique compromise. En effet, c'est à la faveur d'une légère – mais commode – imprécision de langage que les flux de données électroniques sont volontiers dits “dématérialisés”. Néanmoins, ils se “matérialisent” de toute évidence sur quelque support physique. Or, l'interprète semble invité à déduire *a contrario* de l'utilisation de l'adjectif “physique”, dans la nouvelle rédaction de l'article 144*octies*, que le recommandé électronique est désormais admis en toute matière. Si la volonté du législateur n'avait été acquise en ce sens, pareille interprétation eût été discutable. Voy., à ce propos, les considérations faites dans l'exposé des motifs de la proposition de loi complétant le Code civil en ce qui concerne la notification, introduite par G. BOURGEOIS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1899/001, p. 3.

Le groupe de La Poste a créé en 2000 une filiale dédiée aux nouveaux moyens de communication électronique sous le nom BPG e-Services. Cette filiale développe divers vecteurs de communication électroniques fondés sur les technologies de l'internet. Elle a lancé le projet PostBox (www.postbox.be), qui contient divers volets : création de boîtes aux lettres électroniques sécurisées, d'un système de recommandé électronique... En décembre 2002, le Conseil de la Concurrence a approuvé la création d'une *joint venture* de La Poste et Belgacom à la condition expresse, entre autres, que l'entreprise commune – baptisée Certipost – ne délivre plus d'adresses électroniques. Le 6 janvier 2003, PostBox est devenu "Certipost". L'idée est d'offrir une plate-forme électronique sécurisée permettant une communication sûre avec des fournisseurs, des banques, des services publics... Parmi les services offerts figure le recommandé électronique⁴¹, qui repose sur l'utilisation d'une signature numérique. Sur son site, Certipost s'exprime comme suit :

“Le ‘recommandé électronique’ de Certipost est l'équivalent de la lettre recommandée classique sans la contrainte de se déplacer et avec l'avantage supplémentaire de procurer des preuves liées au contenu, à l'acceptation, au refus ou à la non-délivrance de l'envoi recommandé à ses destinataires. Certipost vous permet dans le futur d'accéder à un service hautement sécurisé de ‘recommandés électroniques’ incluant des preuves et garanties légales nécessaires (signature digitale au sens de la loi du 9 juillet 2001 ; Code civil, art. 1322). Vous avez la garantie que les données transmises sont et restent confidentielles, ne sont pas modifiées, que l'émetteur et le(s) destinataire(s) sont bien ceux qu'ils prétendent être et que ni l'émetteur, ni le(s) destinataire(s) ne pourront nier avoir envoyé ou reçu à une date donnée un message donné”.

La procédure d'enregistrement inclut une vérification physique de l'identité. L'intéressé est invité à compléter un formulaire en ligne et à imprimer le contrat. Ensuite, il doit se rendre auprès d'une autorité d'enregistrement accréditée par Certipost (généralement des bureaux de poste). Celle-ci authentifie l'enregistrement après vérification des documents présentés (pièce d'identité, délégations de pouvoir...). Lors de sa première connexion, le client choisit un mot de passe et un identifiant. Un cachet électronique de La Poste est apposé sur chaque courrier certifié envoyé et reçu par Certipost.

D'autres services existent encore sur le *net*⁴², parmi lesquels certains sont nettement plus sujets à critique. Ainsi, tel service (que nous préférons ne pas désigner nommément) se montre peu rigoureux sur le plan des effets juridiques garantis : les affirmations contenues dans les accusés transmis lors de l'envoi d'un message sont purement et simplement erronées. Voici le message que reçoit l'expéditeur :

⁴¹ Selon le site web de Certipost, ce service sera disponible dans le courant de l'année 2003.

⁴² Voy., notamment, www.certifemail.fr ; www.lettrecommandee.com ; www.message-recommande.com.

“Par e-mail daté de ce jour, vous nous avez confié la délivrance d’un écrit numérique dont le contenu et le destinataire sont reproduits dans l’e-mail que nous venons de vous délivrer. Le présent certificat vaut preuve littérale et confère date, contenu et destinataire certains à l’écrit que vous nous avez confié. Cet écrit est désormais opposable à son destinataire, il convient de conserver le présent certificat en vue de sa production en justice pour servir et valoir ce que de droit”.

En l’absence de toute signature électronique utilisée par les partenaires à la communication (il s’agit là d’un fait que nous avons pu constater), une telle affirmation apparaît pour le moins téméraire. D’autres sites sont franchement à déconseiller tant les informations données sont approximatives, sinon fallacieuses.

2. Le mode de fonctionnement d’un service de recommandé électronique

Quant au fonctionnement concret d’un système de recommandé électronique, nous pouvons en décrire les étapes successives en nous fondant pour l’essentiel sur le “modèle” du service proposé par Hypertrust.

1. L’expéditeur du message électronique s’identifie tout d’abord auprès du prestataire de service⁴³. Il peut le faire de plusieurs manières, selon son choix : soit par nom d’utilisateur et mot de passe, soit par certificat. Le choix opéré par l’expéditeur sera porté à la connaissance du destinataire par une mention spécifique sur l’accusé de réception afin que celui-ci puisse évaluer le degré de certitude sur l’identité de son correspondant. La première solution offre moins de garanties, mais s’avère utile dans la mesure où la signature électronique est encore peu répandue parmi les utilisateurs. S’il souhaite une sécurité accrue, l’expéditeur choisira de préférence la seconde solution : ainsi, les messages envoyés pourront être signés par lui à l’aide d’une signature numérique à double clé cryptographique⁴⁴.
2. Dans un second temps, l’expéditeur rédige son message électronique et l’envoie au destinataire. A cet égard, plusieurs modalités sont envisageables, et envisagées par les prestataires offrant un service d’envois recommandés par l’internet. Le

⁴³ Selon les services offerts, soit l’utilisateur conserve son adresse personnelle de courrier électronique, soit il est invité à créer une adresse auprès du prestataire (du type dupont@“nom du prestataire”.com).

⁴⁴ Sur le régime juridique de la signature électronique, voy., parmi les études les plus récentes, E. MONTERO, “Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique”, in *La preuve*, Formation permanente – CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 39-82 ; B. DE GROOTE, “Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen”, *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, “La preuve du contrat conclu par voie électronique”, in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 51-137 ; D. GOBERT et E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, pp. 114-128 ; M. E. STORME, “De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen”, *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525. Sur le régime des prestataires de service de certification, voy. D. GOBERT, “Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001”, in *La preuve*, Formation permanente – CUP, 2002, vol. 54, pp. 83-172.

prestataire peut proposer ses services via un serveur web ou via un serveur mail (ou encore offrir le choix entre ces deux possibilités). Dans le premier cas, l'utilisateur du service est invité à passer par le site web du prestataire, sur lequel il s'identifie, rédige et expédie son message ; dans le second cas, il utilise un logiciel classique de messagerie électronique et expédie son message via le serveur SMTP du prestataire.

3. En toute hypothèse, le message électronique transite par le prestataire qui vérifie, dans la mesure du possible, l'identité de l'expéditeur.
4. Le prestataire envoie à l'expéditeur un "récépissé" prouvant l'envoi, l'identité de l'expéditeur (en indiquant la méthode d'identification choisie), l'adresse du destinataire, ainsi que la date et l'heure de l'envoi.
5. Le prestataire avertit par e-mail le destinataire qu'il a reçu un message pouvant être téléchargé depuis le serveur du premier.
6. Le destinataire peut accéder au message qui lui a été envoyé en le téléchargeant depuis le serveur du prestataire par un simple "clic" sur un hyperlien. A cet effet, il devra passer par une étape d'identification préalable. Il s'identifiera par la méthode de son choix (nom d'utilisateur et mot de passe, certificat de signature électronique). Le choix du destinataire est porté à la connaissance de l'expéditeur grâce à l'étape suivante.
7. Lorsque le destinataire télécharge le message, un accusé de réception est envoyé par le prestataire aux deux parties, prouvant la date et l'heure à laquelle le destinataire a pris connaissance du message électronique.

C. Les fonctions remplies par le recommandé électronique

1. La preuve de l'envoi

Le recommandé électronique prouve tout d'abord qu'un envoi a bien eu lieu. Le prestataire fournit en effet un accusé d'envoi (ou récépissé) à l'expéditeur. Outre le fait-même de l'envoi, le recommandé prouve également la date et l'heure auxquelles le message a été envoyé au destinataire⁴⁵.

Ce dernier ne pourra contester ni le fait qu'il a reçu un message électronique provenant de l'expéditeur, ni l'heure et la date d'envoi du message. En effet, le prestataire garde une copie des accusés de réception (lesquels contiennent diverses informations : identité des parties, méthode d'identification choisie, moment de l'envoi, ainsi qu'un condensé du message obtenu par application d'un algorithme de hachage⁴⁶).

⁴⁵ Sur le recours à l'horodatage, voy. M. DEMOULIN, "Aspects juridiques de l'horodatage de documents électroniques", in *Le commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 43-68.

⁴⁶ Ce dernier point est expliqué *infra*, point 3.

En cas de litige, il sera aisé de démontrer que l’envoi a eu lieu tel jour à telle heure en comparant les accusés détenus par l’expéditeur et par le prestataire.

2. La preuve de la réception

Ce qui vient d’être dit sur l’envoi peut être appliqué à la réception du message par le destinataire. Le prestataire fournit en effet à l’expéditeur un accusé de réception, prouvant que le destinataire a effectivement reçu le message à la date et à l’heure indiquées sur l’accusé.

Certains prestataires vont même plus loin puisqu’ils n’envoient l’accusé de réception que lorsque le destinataire a ouvert le message qui lui était adressé. Dans cette hypothèse, il ne peut absolument plus contester le fait qu’il a eu connaissance du contenu de l’envoi.

3. La preuve du contenu de l’envoi

L’envoi recommandé permet par ailleurs de prouver le contenu du message envoyé. Concrètement, lorsqu’un message électronique est envoyé, le prestataire lui applique un algorithme de hachage de manière à produire un condensé – ou empreinte – numérique du message⁴⁷.

Le condensé ainsi obtenu est joint, sous forme de fichier attaché, aux accusés d’envoi et de réception du message. Si le destinataire de ce dernier venait à en contester le contenu, il suffirait de comparer les condensés détenus respectivement par le prestataire et l’expéditeur : s’ils sont identiques, l’on est absolument certain que le message reçu est le même que le message envoyé. Par ailleurs, les accusés d’envoi et de réception peuvent être signés par le prestataire, ce qui garantit leur intégrité et les préserve contre les risques de fraude.

Cette technique permet donc de remédier aux risques de modification ou d’altération du message envoyé, qui serait intervenue en cours de transmission. Elle fournit également une solution en cas de discordance alléguée entre le message envoyé et le message produit ultérieurement⁴⁸. Enfin, elle ne permet plus au destinataire de prétendre que le message envoyé était vide de contenu. A cet égard, le recommandé électronique apporte un “plus” appréciable par rapport au recommandé traditionnel.

⁴⁷ A cet effet, le prestataire n’a nul besoin d’accéder au contenu des messages. Rien n’empêche donc de chiffrer les messages expédiés de manière à préserver leur confidentialité.

⁴⁸ Il est dès lors impossible, tant pour l’émetteur que pour le destinataire, d’alléguer un contenu frauduleux, sous peine de s’exposer aux préventions de faux en informatique (art. 210bis C. pén.) et, le cas échéant, de fraude informatique (art. 504quater C. pén.).

4. La preuve de l'identité des parties

Enfin, le recommandé électronique permet, en principe, de certifier l'identité des parties. En pratique, divers procédés sont applicables pour procéder à la vérification de l'identité.

Comme signalé plus haut, il est possible de s'identifier par un nom d'utilisateur et un mot de passe personnel. Dans ce cas, avant d'envoyer un recommandé électronique, l'expéditeur devrait introduire ses données personnelles. Le destinataire pourrait en faire de même lorsqu'il souhaite lire le message qui lui a été adressé. Au vrai, cette technique offre peu de garanties quant à l'identité des parties. Le nom d'utilisateur et le mot de passe sont en effet susceptibles d'être utilisés par une autre personne. Les utilisations abusives sont alors très simples pour l'usurpateur⁴⁹. De cette méthode d'identification, on peut tout au plus déduire une présomption sur l'identité des parties⁵⁰.

Une autre méthode s'avère plus efficace. Il s'agit d'une identification par certificat. Comme on l'a vu, les envois recommandés peuvent alors être signés, à l'aide d'un procédé de signature électronique fiable, auquel cas l'identité de l'expéditeur, et le cas échéant celle du destinataire, est garantie avec un haut degré de certitude.

La méthode d'identification choisie par l'expéditeur et le destinataire peut être portée à la connaissance de l'autre partie grâce aux accusés d'envoi et de réception. Cela permet à chacun d'eux d'évaluer la foi qu'il peut accorder à l'identité de son correspondant.

D. Le formalisme légal du recommandé dans un contexte électronique

Il reste à s'interroger sur le sort du formalisme de l'envoi recommandé dans un environnement électronique.

L'interrogation porte sur la possibilité d'utilisation d'un service de recommandé électronique, fourni par un prestataire autre que La Poste, dans les cas où un texte légal ou réglementaire prévoit la formalité de la lettre recommandée "à La Poste"⁵¹.

Le problème posé peut être envisagé sous un double angle.

La voie la plus naturelle est de partir des textes imposant le recours au recommandé *postal* (point 1).

A titre de complément d'analyse, il paraît pertinent de partir des articles 2281 du Code civil et 32, alinéa 3, du Code judiciaire, introduits par la loi 20 octobre 2000, afin de clarifier l'articulation de ces nouvelles dispositions et de la question qui nous occupe (points 2 et 3).

⁴⁹ Qui court néanmoins le risque de poursuites pour faux en informatique, fraude et/ou escroquerie !

⁵⁰ Encore que l'on puisse faire un lien entre un nom et l'adresse e-mail fournie par un fournisseur qui vérifie l'identité.

⁵¹ Désormais, il est possible incontestablement de recourir à un service de recommandé électronique dans les cas où une disposition légale ou réglementaire commande le recours à une simple lettre recommandée (sans autre précision).

1. La formalité de la lettre recommandée à La Poste

En ce qui concerne le premier angle d'approche, deux obstacles majeurs peuvent être relevés : soit la loi requiert que tel acte soit notifié "par lettre recommandée à La Poste", soit elle exige le "dépôt à La Poste d'une lettre recommandée" ou dispose que le point de départ d'un délai est fixé en référence au jour où "la lettre recommandée a été déposée à La Poste".

Le premier obstacle peut-il être surmonté à la faveur de l'article 16, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁵², dont il résulte que "toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées" ?

Cette disposition fait application de la théorie dite des "équivalents fonctionnels"⁵³. Elle semblerait pouvoir jouer en l'espèce : en effet, nous avons démontré précédemment combien le recours au recommandé électronique permettait non seulement de préserver les qualités fonctionnelles de l'exigence formelle du recommandé (l'intervention d'un tiers neutre, chargé d'attester le moment de l'envoi et, le cas échéant, la réception par le destinataire ou le refus d'acceptation), mais plus encore d'accroître les effets juridiques y attachés (attester la non-modification du document envoyé ou la concordance entre document expédié et document reçu).

En réalité cependant, le juste fondement de la faculté de recourir au recommandé électronique ne nous paraît pas être cette disposition, mais plutôt l'article 144^{octies} de la loi du 21 mars 1991, qui assure la reconnaissance juridique du recommandé électronique. En effet, sur la question particulière du recommandé, le texte précis de l'article 144^{octies} l'emporte sur le texte général, à caractère subsidiaire, de l'article 16 de la loi sur les services de la société de l'information – conformément au principe selon lequel la loi spéciale prime la loi générale. Par ailleurs, l'article 16 a de toute façon une portée limitée aux exigences de forme posées en matière contractuelle⁵⁴.

Cela étant, il y a lieu de franchir un pas supplémentaire. Il devrait être permis, nous semble-t-il, de passer par un service de recommandé offert par un *acteur autre que La Poste*, et ce, nonobstant l'utilisation dans la loi des termes "lettre recommandée à La Poste". L'opinion contraire reviendrait à réattribuer à La Poste, en violation des règles de concurrence, un monopole là où le législateur entendait le lui retirer⁵⁵. L'on conçoit

⁵² M.B., 17 mars 2003, p. 12963.

⁵³ A ce sujet, E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, "Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *J.D.I.*, 2, 1997, pp. 380 et s., spéc. pp. 380-382 ; D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, pp. 17-39.

⁵⁴ Pour un commentaire détaillé de l'article 16 et de sa portée, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", in *Le commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, pp. 131 et s. ; également publié dans *Théorie générale des obligations, suite*, *op. cit.*, pp. 97 et s..

⁵⁵ En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 244, n° 446.

néanmoins que cette vue puisse prêter à discussion et soit une source d'insécurité juridique. Aussi, pour obvier à toute hésitation, il pourrait être opportun d'adopter une disposition transversale prévoyant que "*Lorsqu'une lettre recommandée à La Poste est requise par un texte légal ou réglementaire, cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit l'opérateur*". Pareille disposition vaudrait en toutes matières.

Il faut cependant reconnaître que cette affirmation peut apparaître téméraire si l'on en juge par la piètre qualité de certains services de recommandé repérés sur l'internet. A cet égard, l'on ne peut que souligner l'intérêt, voire la nécessité, de définir un statut juridique pour les prestataires de services de recommandé électronique.

On peut imaginer un régime juridique comparable à celui prévu par la loi du 9 juillet 2001 pour les prestataires de service de certification de clés cryptographiques utilisées à des fins de signature. A l'instar de ces derniers, les prestataires de service de recommandé électronique devraient offrir des garanties à divers égards : indépendance, continuité des activités, solidité financière, qualifications et expérience du personnel employé eu égard au service fourni, conditions de sécurité et de fiabilité des technologies utilisées, etc. Il convient également de déterminer les responsabilités et modalités de contrôle de ces nouveaux "tiers de confiance". Etant donné l'interdiction de subordonner l'accès à l'activité d'un prestataire de service de la société de l'information à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent⁵⁶, un mécanisme d'accréditation volontaire ou de labellisation pourrait être mis en place. L'idéal serait évidemment une intervention à l'échelon européen comme pour les services de certification en matière de signature électronique.

Le second obstacle épinglé a trait au formalisme particulier résultant de l'exigence d'un *dépôt* de la lettre recommandée à La Poste ou découlant de la circonstance qu'un *délai commence à courir à compter du jour du dépôt à La Poste* du courrier recommandé.

Il n'y a pas lieu, à notre avis, d'attacher une importance par trop scrupuleuse à la lettre des dispositions prévoyant le dépôt à La Poste de la lettre recommandée. L'on aurait tort de prêter au législateur (civil et commercial⁵⁷) une volonté artificielle à cet égard, comme si son intention avait été de prévoir, dans certains cas, un formalisme renforcé. Les différences de formulation sont plutôt liées au hasard de la rédaction des textes légaux et réglementaires. L'analyse de ceux-ci nous conforte dans cette opinion : dans des situations en tous points semblables, le législateur exige tantôt un *envoi* par lettre recommandée à La Poste, tantôt le *dépôt* d'une lettre recommandée à La Poste, sans que l'on aperçoive les motifs justifiant cette différence. Etant donné que ces textes ont été rédigés par référence au seul recommandé traditionnel, nécessitant une remise ou

⁵⁶ Art. 4 de la directive sur le commerce électronique.

⁵⁷ En ce qui concerne le recommandé exigé dans le cadre de la procédure judiciaire, on reprendra la question en référence à l'article 32, al. 3, du Code judiciaire (*infra*, point 3).

un dépôt à un guichet de La Poste, l'on ne saurait tirer argument de différences de formulation somme toute naturelles.

La question des délais calculés par référence au moment du dépôt est délicate. Dans l'environnement électronique, il est permis de considérer en l'occurrence que le délai devrait commencer à courir à dater du moment où le document parvient au prestataire du service d'envois recommandés (et non au destinataire du message recommandé)⁵⁸. Cette solution semble faire application de la théorie de l'expédition⁵⁹, alors que le droit civil privilégie largement la théorie de la réception, selon laquelle on considère qu'un acte est accompli et sortit ses effets dès le moment où son destinataire a eu la possibilité d'en prendre connaissance^{60 61}.

La théorie de l'expédition peut s'expliquer en matière de recommandé traditionnel pour tenir compte, le cas échéant, du délai postal nécessaire à l'acheminement du courrier. Mais cette préoccupation disparaît dans le contexte des réseaux numériques, dès lors que les communications s'y effectuent de manière pratiquement instantanée. Comme en matière judiciaire (*infra*, point 3, *in fine*), il paraît souhaitable de retenir, en toute hypothèse⁶², la théorie de la réception, de manière à assurer une uniformisation de traitement⁶³.

En pratique, le choix de la théorie applicable paraît indifférent en matière de recommandé électronique étant donné que le laps de temps qui s'écoule entre l'arrivée d'un message sur le serveur du prestataire, son horodatage par ce dernier et l'invitation

⁵⁸ A l'appui de cette analyse, on peut tirer argument, par analogie, de l'interprétation qui prévaut à propos de l'article 52, alinéa 2, du Code judiciaire : bien que cette disposition utilise l'expression "acte accompli au greffe", d'aucuns considèrent que répond à cette exigence toute communication d'un acte de procédure au greffier, qui suppose la remise de l'acte au greffier, soit directement, soit par envoi postal. Cf. L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 373, n° 49 et la référence à C. Trav. Liège, 12 nov. 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 326.

⁵⁹ Plusieurs dispositions y font explicitement allusion. Par exemples : art. 18, § 2, de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (la notification pour résiliation peut être faite "par lettre recommandée à La Poste, sortissant ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son *expédition*") ; l'art. 9, § 2, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (l'acquéreur qui entend exercer son droit de renoncer au contrat doit le notifier par lettre recommandée à La Poste dans le délai prévu, lequel "est réputé respecté si la notification a été *expédiée* avant l'expiration de celui-ci").

⁶⁰ Tant en matière de contrats conclus entre absents (Cass., 16 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1190 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 et la note de J. HEENEN, "L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance" ; Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724) qu'en matière d'acte unilatéral (Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 125, note J. CAEYMAEX).

⁶¹ La faveur accordée à la théorie de la réception tient au fait qu'elle répond le mieux aux nécessités de la pratique (à cet égard, voy. J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 308-309, n° 16), sans compter que la notification d'un congé ou d'une résiliation, l'acceptation d'une offre, la mise en demeure, la mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété... sont autant d'actes *réceptives*, lesquels ne sont parfaits qu'à partir du moment où la manifestation de volonté parvient à la connaissance du destinataire.

⁶² Sauf dans les cas où la loi prévoit *expressis verbis* que le délai commence à courir à compter du jour de l'expédition.

⁶³ Au demeurant, pour toutes les notifications effectuées en matière extrajudiciaire, par télégramme, télex, télécopie, courrier électronique ou autre moyen de communication, le législateur a d'ores et déjà disposé qu'elles étaient accomplies dès leur *réception* (art. 2281, al. 2, C. civ.).

adressée au destinataire de le télécharger est négligeable⁶⁴. Concrètement, la date prise en compte pour déterminer le point de départ d'un délai sera celle indiquée sur le certificat établi par le prestataire de service⁶⁵.

2. L'incidence de l'article 2281 du Code civil

L'article 2281 du Code civil s'énonce comme suit :

“Lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, une notification faite par télégramme, par télex, par télécopie, par courrier électronique ou par tout autre moyen de communication, qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire, est également considérée comme une notification écrite. La notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception.

La notification est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1^{er}.

A défaut de signature au sens de l'article 1322, le destinataire peut, sans retard injustifié, demander au notifiant de lui fournir un exemplaire original signé. S'il ne le demande pas sans retard injustifié ou si, sans retard injustifié, le notifiant fait droit à cette demande, le destinataire ne peut invoquer l'absence de signature”.

Il n'y a pas lieu de livrer un commentaire approfondi de cette disposition dans le cadre de la présente étude. Bornons-nous à remarquer que l'article 2281 pourra trouver application chaque fois que la loi utilise les termes “notifier” ou “notification”, à tout le moins en matière extrajudiciaire, tout en ne prescrivant aucune forme particulière. Il pourra être appliqué, plus généralement, chaque fois qu'une partie souhaite porter à la connaissance de son co-contractant un élément d'information important pour l'exécution, la modification ou l'extinction du contrat.

Cela étant, nous en arrivons à la question qui retient notre attention : l'article 2281 peut-il s'appliquer lorsque la loi prévoit qu'une notification doit être réalisée par *envoi recommandé à La Poste* ? A cette question, certains auteurs répondent par la négative : “le nouvel article 2281 ne semble viser que l'hypothèse où la *notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite...*, et non celle dans laquelle elle doit être réalisée par un envoi recommandé à La Poste”⁶⁶. Nous partageons cette opinion. L'article 2281 paraît envisager uniquement les communications bilatérales

⁶⁴ Dès ce moment, le destinataire a la possibilité de prendre connaissance du message recommandé.

⁶⁵ Rappr. art. 2 et 3 de la proposition de loi complétant le Code civil en ce qui concerne la notification (introduite par G. BOURGEOIS), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2001-2002, n° 1899/001, p. 8.

⁶⁶ L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 360, n° 38. En ce sens aussi, M. E. STORME, “Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen ...”, *op. cit.*, n° 24.

entre parties, et non l'hypothèse où un envoi recommandé est requis, auquel cas la relation est nécessairement tripartite⁶⁷.

Ces auteurs préconisent dès lors une modification de l'article 2281 afin de l'étendre à l'envoi recommandé. A notre avis, le recommandé électronique étant désormais reconnu en toute matière, au titre de l'article 144^{octies} de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, l'article 2281 n'a plus lieu d'être modifié. Tout au plus conviendrait-il, comme nous l'avons dit, d'adopter une disposition transversale afin de permettre le recours à tout prestataire de service de recommandé électronique lorsque la loi exige l'envoi d'une lettre recommandée à La Poste, non seulement pour réaliser une notification, mais aussi à toute autre fin.

Concernant la date de la notification, l'alinéa 2 de l'article 2281 précise qu'elle est accomplie dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1^{er} (*supra*, point 1, *in fine*). Cette précision, qui fait application de la théorie de la réception, permet de définir le moment à prendre en compte pour le calcul des éventuels délais qui commenceraient à courir suite à une notification⁶⁸. Etant donné le caractère quasi instantané d'un envoi par fax ou par courrier électronique (y compris dans le cas du recours à un service de recommandé électronique), on peut raisonnablement estimer que la date d'envoi coïncidera pratiquement avec celle de réception.

3. L'incidence de l'article 32 du Code judiciaire

Le nouvel alinéa 3 de l'article 32 du Code judiciaire s'énonce comme suit :

“Une communication, une notification ou un dépôt qui doivent avoir lieu par lettre recommandée à La Poste, peuvent également avoir lieu valablement par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire fournisse un accusé de réception”.

Cette disposition semble limpide : il est désormais permis de réaliser par fax ou par e-mail une communication, une notification ou un dépôt qui doit avoir lieu par lettre recommandée à La Poste. La seule condition est que le destinataire fournisse un accusé de réception ; à défaut, il y a lieu de recourir à l'envoi recommandé traditionnel. Le cas du *pli judiciaire* pose néanmoins question. Etant donné la précision des termes de l'article 46, § 2, du Code judiciaire⁶⁹, on peut douter que le nouveau texte soit d'application dans les hypothèses où la loi exige le recours au pli judiciaire.

On s'avise que l'article 32, alinéa 3, confère à une technique de communication particulière des effets comparables à ceux du recommandé⁷⁰. Mais force est de

⁶⁷ En effet, l'intervention d'un tiers neutre nous paraît être de l'essence du service de recommandé.

⁶⁸ Pourvu que l'article 2281 C. civ. soit applicable.

⁶⁹ Cette disposition fait une référence expresse à l'intervention d'un préposé de La Poste, chargé de remettre le pli au destinataire, en l'invitant à signer l'accusé de réception.

⁷⁰ L'alinéa 3 a été introduit par l'amendement n° 3 de M. Geert Bourgeois (15 mai 2000) à la “proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire” (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1999-2000, n° 0038/003, p. 3) devenue la loi du 20 octobre 2000 “introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature

remarquer que l'intervention d'un tiers neutre n'est pas de mise ici, alors qu'il s'agit d'un aspect essentiel du service de recommandé postal. Loin donc de consacrer, dans l'environnement numérique, un équivalent fonctionnel du service de recommandé postal, la nouvelle disposition instituée, à notre avis, un nouveau système qu'elle assimile, quant à ses effets juridiques, au système du recommandé.

Cette innovation ne nous paraît pas optimale. En effet, dès lors qu'une communication directe entre parties remplace le schéma tripartite sur lequel repose le service de recommandé, des problèmes de preuve ne manqueront pas de surgir. L'émetteur n'est pas à l'abri de la mauvaise foi du destinataire, lequel peut s'abstenir d'accuser réception du message reçu, obligeant ainsi l'auteur à effectuer un nouvel envoi par lettre recommandée. La preuve de la communication peut aussi se révéler problématique : comment l'auteur de l'envoi peut-il prouver que le destinataire a effectivement envoyé l'accusé de réception si celui-ci conteste après coup l'avoir envoyé ?

Pour pallier ces inconvénients, certains auteurs suggèrent, outre une éventuelle signature de l'accusé de réception, l'intervention d'éventuels tiers de confiance (*Trusted Third Parties*)⁷¹. Mais n'est-ce pas en revenir au système du recommandé ?

Aussi est-il permis de s'interroger : cette disposition est-elle opportune, alors que le recommandé est désormais autorisé sur tout support ? Certes, l'article 32, alinéa 3, n'a pas pour objectif d'instaurer un véritable recommandé électronique (c'est du moins notre avis), mais de conférer à une technique particulière un effet comparable⁷² ; néanmoins, l'intervention d'un tiers de confiance apparaît nécessaire pour plus de sécurité sur le plan de la preuve... et le nouvel article de perdre une bonne part de son intérêt. En définitive, l'article 32, alinéa 3, semble donc plutôt maladroit dans sa rédaction actuelle.

Reste à s'interroger sur la date d'un acte accompli, en matière judiciaire, par télécopie ou par courrier électronique. A cet égard, il convient de se référer à l'article 52, alinéa 3 (nouveau), qui précise que cette date "*est déterminée par le moment où il arrive, que le greffe soit ou non accessible au public à ce moment*". Ainsi donc, l'acte

électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire" (*M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698). Il résulte de la justification de l'amendement que celui-ci entendait faire écho à la "suggestion du professeur de Leval, qui s'interrogeait sur le fait que la proposition de loi se limite aux cas de notification par courrier ordinaire. Il fait observer qu'il existe des systèmes de messagerie électronique équipés d'une fonction permettant au destinataire d'accuser réception du courrier à l'expéditeur. Il propose que ce système de messagerie électronique avec accusé de réception puisse *remplacer* la lettre recommandée à La Poste" (souligné par nous). A la lumière de ces considérations, il ne nous apparaît pas que le législateur ait été guidé par le souci de restituer, dans le cadre du nouveau système de communication, toutes les fonctions garanties par le service d'envoi recommandé traditionnel.

⁷¹ L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 371, n° 46.

⁷² En ce sens apparemment, M. E. STORME, *op. cit.*, n° 24, qui écrit à propos de l'art. 32, al. 3, C. jud. : "wanneer de wet een aangetekende brief voorschrijft voor een proceshandeling, deze kan worden *vervangen* door een zending per fax of elektronische post (...)".

sera considéré accompli au moment où il arrive sur le fax ou dans la boîte électronique du greffe.

Cette solution, qui fait une simple application de la théorie de la réception, concerne uniquement l'envoi, par fax ou par e-mail, d'un acte vers le greffe. Dans les autres hypothèses (les communications du greffe vers les parties ou entre parties), il faut s'en remettre au droit commun. A cet égard, la question est controversée, la jurisprudence privilégiant la théorie de l'expédition⁷³, tandis que la doctrine majoritaire prône plutôt la théorie de la réception⁷⁴.

L'enjeu du débat est lié au fait que les notifications se faisant actuellement par La Poste, un délai de un ou plusieurs jours sépare le moment de l'envoi et celui de la réception. Or, avec l'utilisation du fax et du courrier électronique, la communication devient quasi instantanée. Dès lors, avec J.-F. Van Drooghenbroeck, nous doutons que la théorie de l'expédition soit désormais la plus appropriée "pour appréhender à la fois les modes de notification à effet différé (plis ordinaires, recommandés ou judiciaires) et les modes à effet immédiat (à quelques secondes près : télécopie, courrier électronique)"⁷⁵. "Sauf évidemment à cautionner de nouvelles distorsions de traitement", il paraît sage de préférer en toute hypothèse la théorie de la réception (quitte à ce que l'expéditeur d'un courrier par la voie postale traditionnelle tienne compte du délai nécessaire pour que son pli parvienne à destination⁷⁶).

⁷³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition", note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 193 et s., spéc. pp. 196 et s., et les réf. citées.

⁷⁴ Voy. les références citées par L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 376, notes 241 et 242.

⁷⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 217, n° 42.

⁷⁶ Encore faudrait-il permettre à un expéditeur diligent d'établir que le courrier postal est arrivé au destinataire dans un délai exceptionnellement anormal eu égard à son attente légitime.

CONCLUSION

Le recommandé électronique est devenu une nécessité à mesure que la communication électronique gagne du terrain : conclusion de contrats en ligne ou par échange de courriers électroniques, e-justice, e-gouvernement... Qu'il s'agisse de relations directement liées à l'internet ou non, il peut s'avérer utile d'envoyer des documents recommandés par voie électronique.

Dans l'environnement électronique, les exigences de preuve demeurent identiques à celles rencontrées traditionnellement. Il faut pouvoir compter sur un mode de communication efficace au niveau de la preuve. L'existence d'un envoi, sa réception par le destinataire, l'heure et la date de ces opérations doivent pouvoir être aisément démontrées.

En réalité, le recommandé électronique l'emporte, au plan probatoire, sur le recommandé postal traditionnel. Il permet d'établir non seulement la réalité et la date de l'envoi du courrier, mais également son contenu. A cet égard, il apporte un "plus" appréciable par rapport au recommandé postal traditionnel : la technique permet d'attester que le contenu adressé au destinataire coïncide effectivement avec le contenu allégué par l'expéditeur, voire que le courrier a été effectivement lu (ou du moins ouvert).

Des perspectives nouvelles s'ouvrent ainsi à ce type particulier de recommandé. On ne peut qu'envisager une généralisation de son usage, puisqu'il est à la fois plus pratique, plus accessible et plus complet sur un plan probatoire que le recommandé sur support papier. La libéralisation du marché permet par ailleurs d'espérer une diminution des prix grâce à la concurrence qui devrait s'instaurer dans le secteur.

En conclusion, on se félicite de l'apparition du recommandé électronique. Néanmoins sa reconnaissance juridique et sa complète libéralisation ne suffisent pas à permettre son plein essor. Encore convient-il de surmonter un double obstacle. A cet effet, nous avons suggéré l'adoption d'une disposition transversale consacrant un équivalent électronique, c'est-à-dire déclarant que le recours au recommandé électronique offert par n'importe quel opérateur permet de satisfaire, en toute matière, à l'exigence légale ou réglementaire d'une lettre recommandée à La Poste. Cette proposition exige assurément, comme complément indispensable, que l'activité des prestataires de service de recommandé électronique soit encadrée juridiquement. La détermination des garanties à offrir et des modalités de contrôle devrait permettre de faire un tri entre prestataires fiables et prestataires téméraires.

TABLE DES MATIERES

DU RECOMMANDÉ TRADITIONNEL AU RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE : VERS UNE SÉCURITÉ ET UNE FORCE PROBANTE RENFORCÉES.....	1
PROPOS LIMINAIRES	1
I. LE RÉGIME JURIDIQUE DU RECOMMANDÉ TRADITIONNEL.....	2
A. LE RECOMMANDÉ DANS LES USAGES	2
1. Le recours spontané à l'envoi recommandé.....	2
2. Les exigences légales d'envois recommandés.....	4
B. LES FONCTIONS ASSIGNÉES AU RECOMMANDÉ : CERTITUDES ET ZONES D'OMBRE	6
1. La preuve de l'envoi	6
2. La preuve de la réception.....	6
3. La preuve du contenu de l'envoi.....	7
a) L'hypothèse de "l'enveloppe vide"	7
b) Contestation relative au contenu de l'enveloppe.....	8
4. La preuve de l'identité des parties	9
II. LE RÉGIME JURIDIQUE DU RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE.....	9
A. SIÈGE DE LA MATIÈRE	10
1. L'exigence européenne	10
2. Les textes de droit belge	11
a) La libéralisation du recommandé électronique : acte I.....	11
b) Appréciation critique.....	11
c) La libéralisation du recommandé électronique : acte II	13
B. LES SERVICES DE RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE EN PRATIQUE.....	13
1. Etat des lieux.....	13
2. Le mode de fonctionnement d'un service de recommandé électronique.....	15
C. LES FONCTIONS REMPLIES PAR LE RECOMMANDÉ ÉLECTRONIQUE.....	16
1. La preuve de l'envoi	16
2. La preuve de la réception.....	17
3. La preuve du contenu de l'envoi.....	17
4. La preuve de l'identité des parties	18
D. LE FORMALISME LÉGAL DU RECOMMANDÉ DANS UN CONTEXTE ÉLECTRONIQUE	18
1. La formalité de la lettre recommandée à La Poste.....	19
2. L'incidence de l'article 2281 du Code civil.....	22
3. L'incidence de l'article 32 du Code judiciaire.....	23
CONCLUSION.....	26