

La réparation du préjudice pour perte d'une chance dans le contentieux des concours et examens (*)

Note sous T.A., Marrakech, 14 mars 2001, *Sâadia Tahane*

Michel ROUSSET
Professeur Emérite
Faculté de droit de Grenoble

Mohammed Amine BENABDALLAH
Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat-Souissi

Voilà un jugement qui n'est pas sans embarrasser le commentateur. Autant il serait injuste de le désapprouver complètement alors qu'il apporte une solution qui se défend quant au principe sur lequel elle se fonde, autant il semblerait désabusé de l'approuver sans rien y apporter comme correctif tendant à le rendre plus convaincant. Un regard sur les faits nous permettra de mieux comprendre la perplexité que suscite ce jugement rendu le 14 mars 2001 par le Tribunal administratif de Marrakech.

Ayant déposé sa candidature pour participer au concours de greffiers du dimanche 6 février 2000, la requérante Sâadia Tahane n'a reçu sa convocation que le mardi 8 février 2000. Et pour cause ! Le cachet de la poste certifiait que la lettre de convocation n'a été postée de Rabat que le jeudi 3 février 2000 et qu'elle portait le cachet de la poste de Marrakech du lundi 7 février 2000 ; soit le lendemain de la date du concours. A juste titre, elle considère que la lettre en question n'a pas été postée en temps utile et que, de ce fait, elle a perdu la chance d'obtenir un emploi. Elle demande donc réparation. Mais, curieusement, tout en constatant, et à demi mot, qu'il y a eu faute, le Tribunal administratif de Marrakech la déboute en soutenant que sa réussite au concours n'était pas certaine et que le fait de perdre l'occasion de tenter sa chance à un concours ne constitue pas un préjudice. Il ajoute que « *si le droit permet de considérer comme un acquis perdu ce qu'espérait réaliser la requérante, cet espoir doit se fonder sur des motifs raisonnables et sérieux* », et considère que la requérante n'a pas fait la preuve « *de l'étendue de l'éventualité de sa réussite au concours* » et donc de l'existence d'un « *espoir raisonnable et sérieux d'être reçue* ».

C'est le problème bien connu en responsabilité des caractères du préjudice qui doit être certain pour être indemnisable. Et pour ce qui est du jugement *Tahane*, c'est en particulier, le problème du préjudice résultant de la perte d'une chance que l'on rencontre fréquemment, mais non exclusivement, dans le domaine des examens et concours.

On relèvera tout d'abord, mais sans s'appesantir sur ce point, que la requérante se situe dans le cadre de la responsabilité pour faute. Cependant, et l'on ne sait pourquoi, le Tribunal semble s'être ingénié, malgré le caractère incontestable de la faute, à employer une formule à connotation dubitative comme cherchant à tout prix à disculper l'administration. Au lieu de constater la faute, il a préféré dire « *A supposer qu'il y ait eu faute de la part de la partie défenderesse* ». Ce qui pour le moins nous semble quelque peu léger eu égard à l'évidence de la faute en question. En effet, qui peut valablement soutenir que le fait de ne pas adresser en temps utile la lettre de convocation à un examen ou à un concours aux candidats régulièrement inscrits, ne

* REMALD n° 42, 2002, p. 75 et suiv., en collaboration avec le professeur Michel Rousset.

constitue pas une faute ? Qui peut, sans parti pris, dire que ce n'est pas une faute d'autant inexcusable qu'il s'agit d'une activité administrative purement matérielle, ne présentant aucune difficulté particulière, si l'on exclut l'insignifiante contrainte de poster la lettre de convocation suffisamment à temps pour qu'elle puisse parvenir à son destinataire avant la date de l'examen ou du concours ? De ce point de vue, et précisément concernant le cas qui nous retient, nous pensons que le plus habile des avocats aurait le plus grand mal à défendre avec conviction que ç'en est pas une !

Le concours avait lieu le dimanche 6 février et la lettre de convocation n'a été postée de Rabat que le jeudi 3 février, et de Marrakech que le lundi 7 février. Le retard s'explique très simplement par le fait que la lettre de convocation n'est parvenue à la poste de Marrakech au plus tôt que le vendredi 4 février, et, puisque les samedis et dimanches sont des journées fermées, ce n'est que le lundi 8 février, soit au lendemain du concours, que les services s'en sont occupés ! Par conséquent, si la même lettre avait été postée de Rabat suffisamment à temps, elle aurait été postée de Marrakech au plus tard le mercredi 2 février ou le jeudi 3, et même si la requérante ne l'avait reçue qu'après le déroulement du concours, elle n'aurait eu aucun moyen de prouver qu'elle l'avait reçue tardivement.

En fait, ce qui constitue la faute dans notre jugement, c'est bien la lettre de convocation postée de Marrakech que le lundi 8 février ! En clair, l'administration chargée de l'organisation du concours n'a pas assuré correctement sa responsabilité et Dieu sait s'il n'y a pas eu d'autres candidats dans la même situation que la requérante Saâdia Tahane ! Il n'y a donc pas lieu de supposer à la suite du Tribunal administratif de Marrakech, l'existence d'un fait incontestable qui constitue une faute de la part des services responsables de l'acheminement de la lettre de convocation en temps utile. C'est d'ailleurs, ce qu'avait admis sans difficulté le Tribunal administratif de Fès dans une décision du 17 juillet 1995 en précisant que la non distribution des lettres au destinataire d'une convocation constitue une faute de service ⁽¹⁾. Toutefois, pour éviter toute confusion ou inculpation abusive, signalons que dans le cas de notre jugement, la responsabilité n'incombe point aux services des postes, mais à l'administration chargée de l'organisation du concours qui n'avait pas fait preuve de toute la diligence nécessaire pour faire parvenir la lettre de convocation dans les délais à la candidate au concours.

Dès lors, le problème se pose de savoir si la faute, non point supposée mais que l'on ne saurait écarter, a engendré un préjudice qui présente les caractères de certitude exigés pour être réparable. A vrai dire, deux possibilités s'offraient au juge. Elles peuvent être alternatives, tout comme parfois elles peuvent être cumulatives. Il peut en effet accorder une indemnité pour réparer le préjudice causé à la requérante par la perte d'une chance sérieuse d'être reçue au concours. Mais, et c'est là qu'il aurait pu faire preuve d'originalité et surtout d'équité, il peut aussi réparer le préjudice résultant du fait que la requérante qui remplissait toutes les conditions pour concourir a été privée de son droit de tenter sa chance.

¹ Voir revue *Al Mouhami*, 1996, n°29, p. 344, cité par M. El Yâagoubi, *Le juge protecteur de l'administré, Indépendance nationale et système juridique : le cas du Maroc*, Ed. La Porte (Rabat) et Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 164.

Dans une affaire similaire du 22 janvier 1986, *Delle Grelier*, R. p. 700 et A.J.D.A. 1986, p. 719, le Conseil d'Etat a jugé que l'erreur dans l'acheminement d'une convocation constituait une faute lourde du service public de la poste. Le commentateur de la décision estimait, chronique de jurisprudence, A.J.D.A. 1986, p. 694 qu'il s'agissait sans doute de la part de la Haute juridiction de la volonté de lutter contre l'irresponsabilité dont bénéficiaient trop les postes et télécommunications en vertu du code postal.

Manifestement, le Tribunal administratif de Marrakech ne l'a pas vu de cette manière. Après avoir refusé l'indemnisation réclamée au titre de la perte d'une chance à l'issue d'un raisonnement, disons-le, très peu convaincant, il n'a absolument pas imaginé que l'indemnisation de la requérante aurait pu être fondée sur la violation du droit à concourir dont elle a été abusivement privée sans se soucier du fait que, ce faisant, il donnait le feu vert à l'administration de faire parvenir toute lettre de convocation à un examen ou à un concours sans respect d'aucun délai !

I – Le refus de l'indemnisation pour la perte d'une chance d'être reçue

Il est évident que l'impossibilité de se présenter au concours faute d'avoir reçu la lettre de convocation nécessaire prive la requérante de la possibilité de réussir et d'obtenir l'emploi visé. Mais il n'en reste pas moins vrai que cette possibilité qui est tributaire de tout un ensemble de facteurs, relève beaucoup plus, pour ne pas dire complètement, du domaine de l'inconnu que de la certitude. Bien entendu, il en est de même de l'échec. Lorsque l'on se présente à un concours où le nombre des postes en jeu est limité, à moins d'être un illuminé, on ne peut raisonnablement prévoir ce qui va se passer sans être sujet à l'erreur. Du meilleur résultat que l'on espère obtenir, on peut facilement basculer vers le pire que l'on redoute. Et vice-versa ! Et naturellement, lorsque l'occasion de tenter la chance s'est volatilisée du fait de l'imprévoyance de l'administration, on est plus enclin à penser à la réussite qu'à l'échec.

Il va sans dire que la perte de cette chance ne constitue pas par elle-même la perte d'un droit dont la candidate aurait été titulaire. A ce sujet, on a fait justement observer qu'un candidat à un examen ou à un concours n'est pas dans une situation de pur fait. Marcel Waline qualifiait une telle situation de « subjuridique » ou encore « d'infrajuridique », le candidat ayant une vocation, une aptitude légale à obtenir une situation de droit pour peu que rien n'y vienne faire obstacle. Or, le candidat ne peut être privé irrégulièrement de cette vocation⁽²⁾. Toutefois, et c'est ce point que le juge ne doit pas perdre de vue, il est nécessaire de prendre en considération l'équilibre à maintenir entre l'aptitude légale dont bénéficie le candidat au concours et cette part d'aléatoire qui caractérise tout domaine où la concurrence et le mérite s'imposent comme des éléments clefs. De ce fait, pour que le juge puisse accorder une indemnité au titre de la perte d'une chance ou de l'aptitude légale, il faut que la possibilité de réussir ne soit pas purement hypothétique. Elle doit faire l'objet d'un examen minutieux.

A cet égard, le juge administratif français, en l'espèce le Conseil d'Etat, exige que cette possibilité corresponde à ce qu'il est convenu de qualifier de « chance sérieuse » d'obtenir le succès à l'examen ou au concours. Dans ce sens, la Haute juridiction se livre à un examen approfondi de la situation du requérant afin d'apprécier s'il a été réellement privé d'une chance que l'on peut estimer sérieuse.

Il va de soi que cela suppose un large et minutieux examen des éléments de fait qui constituent en quelque sorte la situation personnelle du requérant au regard du concours ou de l'examen auquel il aspirait à se présenter.

² M. Waline, note sous C.E. 29 octobre 1965, *Dame Bery*, R.D.P. 1966, p. 160 ; Poirot-Mazères, La notion de préjudice, R.D.P. 1997, p. 519, notamment p. 548.

Ces éléments peuvent être très variables selon la situation du requérant. Ils peuvent avoir trait à ses résultats scolaires ou universitaires, au résultat obtenu à un précédent concours, à ses travaux personnels, bref à tout ce qui est de nature à fonder une appréciation de la part d'un juge qui se veut équitable. Sans doute, n'est-elle pas toujours simple et facile, mais elle n'est pas impossible, ainsi que le démontrent des affaires nombreuses dont le Conseil d'Etat a été saisi et où il a accordé une indemnité pour compenser le préjudice résultant de la perte d'une chance qu'il estimait sérieuse au terme de la situation concrète du requérant.

A titre d'illustration, on citera la décision du Conseil d'Etat constatant après examen de toutes les données que la candidate avait des chances d'être reçue ⁽³⁾, ou encore celle de la même juridiction appréciant que le candidat avait des chances sérieuses d'obtenir un emploi ⁽⁴⁾.

Selon la même démarche et le même souci de rendre une décision aussi fondée que possible, le Conseil d'Etat refuse l'indemnité au titre de la perte d'une occasion, s'il estime que la situation de fait de la victime ne permet pas de penser que ses chances de réussite étaient sérieuses ⁽⁵⁾.

C'est d'ailleurs en suivant cette voie que les décisions favorables aux candidats irrégulièrement exclus des concours et examens se sont multipliées et c'est à juste titre que l'on a fait valoir que cela témoignait de la volonté du juge administratif de faire obstacle à l'incurie, sinon l'arbitraire d'une administration ⁽⁶⁾ qui risquerait de se complaire dans son irresponsabilité.

Revenons donc à notre cas pour observer que la voie de l'appréciation de la situation de fait de la requérante n'a pas du tout été explorée. En tout cas, la lecture de la décision ne permet pas de soutenir qu'elle l'a été. Le juge s'est contenté de procéder par une affirmation qu'il n'a cherché à étayer par aucun élément relatif à la situation personnelle de la requérante. Dire que celle-ci n'avait aucune chance d'être retenue et que par conséquent elle ne pouvait prétendre à aucune réparation ne nous semble pas relever d'un souci prononcé de rendre effectivement justice. On aurait souhaité autre chose qu'une motivation stéréotypée, une motivation qui ne soit pas seulement l'utilisation de l'argument d'autorité ⁽⁷⁾. Nulle part, le juge n'explique pourquoi l'espoir de la requérante d'être reçue à ce concours n'était pas fondé « *sur des motifs raisonnables et sérieux* ».

II – L'absence d'indemnisation pour la privation du droit à concourir

Ayant écarté la première voie qui lui aurait peut-être permis d'indemniser la candidate empêchée de concourir, sans avoir donné à ce refus la motivation à défaut de laquelle la

³ C.E. 8 février 1984, *ministre de l'Education nationale c/ Melle Guéinchault*, R. 1984, p. 734.

⁴ C.E. 27 mai 1987, *Legoff*, A.J.D.A., 1987, p. 694, note J. Moreau

⁵ C.E. 5 janvier 1979, *Dame Renaud*, A.J.D.A., 1979, p. 50, voir O. Gohin, *Le droit des examens et concours*, R.D.P., 1988, p. 1650.

⁶ J.P. Taugourdeau, *Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique*, A.J.D.A., 1974, p. 508, notamment p. 522 - 524.

⁷ Dans son étude précitée, J.P. Taugourdeau relève, p. 524, que le Conseil d'Etat refuse d'indemniser pour perte d'une chance. Les décisions de la haute juridiction sont remarquables du fait que « *les éléments de chance sérieuse sont analysés avec un luxe de détails beaucoup plus grand* »... « *et qu'il est symptomatique de voir combien les développements sont plus importants en cas de réponse négative* ».

décision ne peut convaincre la requérante qu'elle a été bien jugée, le juge aurait pu faire justice à cette dernière en explorant une deuxième voie qu'il semble avoir complètement ignorée. Ceci était d'autant plus nécessaire que le fait de supposer l'existence de la faute sans la reconnaître expressément et de refusant toute indemnité sous prétexte que la chance de la requérante n'était pas sérieuse sans étayer l'affirmation par un quelconque argument, donne à penser qu'il octroie à l'administration le privilège de ne jamais être en faute en pareils cas. Nous pensons qu'en tant que contrôleur légal de l'administration, il pouvait parfaitement indemniser la requérante pour avoir été privée de son droit à concourir. De cette manière, il n'aurait pas innocenté une administration qui, somme toute, a été à l'origine du préjudice. Ceci mérite que l'on s'y arrête !

On a vu plus haut que le fait d'être irrégulièrement privé de la possibilité de se présenter à un concours ou à un examen dans des conditions normales, constituait incontestablement une atteinte à un droit, dès lors que le candidat satisfait aux exigences réglementaires pour y prétendre.

Le candidat n'a certes pas un droit à être reçu. Néanmoins, selon le mot de Marcel Waline, il a une « aptitude légale » à y parvenir. Il a donc le droit de se présenter, et, en l'espèce, Saâdia Tahane avait le droit de se présenter au concours de recrutement de greffier ; et c'est irrégulièrement et du fait de la négligence de l'administration qu'elle a été privée de son droit. De l'administration de la justice qui, sans prendre ses précautions, a méconnu les aléas forts connus de la transmission du courrier que subissent tous les usagers des postes et télécommunications. Et, si l'on veut voir les choses bien en face, de l'administration des postes qui n'achemine le courrier que dans des délais normalement très courts et qui peuvent parfois être beaucoup plus longs !

Le fait alors que le juge considère que la requérante n'a droit à aucune indemnité au motif que sa réussite était aléatoire a pour conséquence fâcheuse d'encourager l'administration au relâchement, à la nonchalance et, pire, au laxisme ! Nous ne pensons pas que le juge ait visé cet objectif, mais nous ne pensons pas non plus que par son jugement il se soit appliqué à éviter un tel risque.

*

* *

T.A., Marrakech, 14 mars 2001, Saâdia Tanane

« Quant au fond,

Considérant que la demande de condamnation de la partie défenderesse à payer solidairement à la requérante le montant de 40.000 dirhams comme réparation du préjudice qu'elle a subi du fait qu'elle n'a pas reçu la convocation de participation au concours de greffiers qui a eu lieu le 6 février 2000, et également du fait qu'elle a été privée de la possibilité d'obtenir un emploi.

Et, considérant que si la faute est une condition nécessaire à l'établissement de la responsabilité de l'administration pour faute, il est tout aussi nécessaire que cette faute cause un préjudice à la partie qui en demande réparation, et que ce préjudice

réunisse des caractéristiques et des conditions déterminées sans lesquelles il ne peut y avoir réparation, et parmi ces conditions que le préjudice soit certain.

Et, considérant que, à supposer qu'il y ait eu faute de la part de la partie défenderesse – le ministère de la justice et les services de postes -, en raison du fait qu'il n'ont pas communiqué la convocation à la requérante en temps utile pour lui permettre de participer au concours, le préjudice causé à la requérante n'est pas certain dans la mesure où le succès de la requérante au concours, qui est le but de sa participation, est considéré comme un fait aléatoire en ce sens qu'il peut se réaliser tout comme il ne le peut pas.

Considérant que, d'autre part, si le droit permet de considérer comme un acquis perdu ce qu'espérait réaliser le requérant, cet espoir doit se fonder sur des motifs raisonnables et sérieux.

Et, considérant que la privation de la requérante de la possibilité d'obtenir un emploi, ce qui constitue un préjudice à ses yeux, n'est qu'un espoir non fondé sur un motif sérieux et raisonnable, tant que la requérante n'a pas pu établir l'étendue de l'éventualité de sa réussite au concours, et ce qui lui permettait d'obtenir un emploi.

Et, considérant ainsi que les conditions nécessaires ne sont pas réunies dans le prétendu préjudice ; ce qui exclut la responsabilité de l'administration, malgré l'existence de la faute, et implique la déclaration de rejet de la requête ».