
Note de jurisprudence

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DE NOTATION DU FONCTIONNAIRE

Note sous T.A., Agadir, 2 juillet 2008, *Boudlal*

Mohammed Amine BENABDALLAH (*)
*Professeur à l'Université Mohammed V
Rabat*

Le présent jugement (1) constitue une avancée remarquable en tant qu'il fait reculer les limites du pouvoir discrétionnaire de l'autorité hiérarchique vis-à-vis de son subordonné. Il permet d'établir la règle selon laquelle la notation d'un fonctionnaire peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif et, en cas d'excès de pouvoir, d'annulation. Il s'agit d'un jugement qui, à notre sens, fait honneur à la jurisprudence de nos tribunaux ; il s'inscrit dans une orientation qu'illustre une série de jugements et d'arrêts en relation avec le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration dans différents domaines de la fonction publique, notamment le pouvoir disciplinaire et celui de la mutation sur lesquels la jurisprudence administrative marocaine a totalement innové par rapport au passé. Du refus constant d'en connaître (2), elle a adopté une position beaucoup plus sécurisante pour le justiciable (3).

Précisément, en matière de notation des fonctionnaires, une question préalable se pose qui nécessite d'être éclaircie. Doit-on considérer la notation comme une simple mesure préparatoire ou comme une décision qui fait grief et, partant, susceptible de recours pour excès de pouvoir ? Et, si le juge doit en prononcer l'annulation, est-ce sur la base de la théorie du détournement de pouvoir, comme il l'a fait, ou sur celle de l'absence de motif ?

* <http://aminebenabdallah.hautetfort.com>

(1) REMALD n° 89, 2009, p. 182, rubrique en langue arabe.

(2) C.S.A., 18 mai 1984, *El Amari*, R.M.D. n° 5, 1986, p. 261 ; C.S.A., 22 novembre 1986, R.M.D. n° 16, 1986, p. 36.

(3) C.S.A., 13 février 1997, *Ajdah*, REMALD n° 20-21, 1997, p. 109, note Antari ; T.A., Rabat, 19 mars 1998, *Dahani*, REMALD n° 24, 1998, p. 150, note Benabdallah ; C.S.A., 30 juillet 1998, *Agent judiciaire c/ Moutahraf*, REMALD n° 37, 2000, p. 167, note Benabdallah.

- I -

L'interrogation n'est pas inutile. Ne constituant, il est vrai, qu'une base pour une décision ultérieure, la notation peut être regardée comme une simple mesure préparatoire et, par conséquent, insusceptible de recours pour excès de pouvoir. A juste titre, le juge a autrement apprécié la question. Sans doute, peut-on soutenir que c'est la décision finale d'avancement ou de non avancement du fonctionnaire qui doit constituer la mesure faisant grief ; mais ce serait trop réducteur dans la mesure où cette décision demeure largement tributaire de la note qui lui est attribuée. C'est la raison, nous semble-t-il, pour laquelle le juge s'est considéré compétent non seulement pour en connaître mais, surtout, pour en apprécier la justesse.

Dans la théorie de l'acte administratif, la notion de grief est une condition essentielle, voire *sine qua non*, pour décider si la décision peut ou non être déférée au juge de l'excès de pouvoir. Tant la jurisprudence que la doctrine considèrent que la mesure prise par l'autorité administrative doit avoir pour effet de modifier la situation juridique de son destinataire. On parle d'une catégorie d'actes normateurs ou exécutoires ou encore faisant grief ; catégorie qui, par définition, exclut tout un pan d'actes pris par l'autorité administrative qui comprend les avis émis par les conseils ou les commissions et les mesures préparatoires. Encore qu'à propos de ces dernières, on doit en distinguer celles qui sont détachables et susceptibles par elles-mêmes de faire grief comme, par exemple, le refus de procéder à une mesure préparatoire prévue par les textes. Ici, ce n'est point la mesure mais le refus de la prendre qui fait grief.

Pour en revenir aux notations des fonctionnaires en droit comparé, on observera que pendant longtemps le Conseil d'Etat français a estimé qu'elles n'avaient qu'une valeur indicative et a constamment opposé l'irrecevabilité aux recours les concernant au motif qu'il ne s'agissait que de mesures préparatoires aux décisions d'avancement. Mais dès le début des années soixante (4), il s'est libéré de cet interdit pour ouvrir son prétoire aux fonctionnaires mécontents de la note qui leur est attribuée. La note d'un fonctionnaire est désormais une décision administrative attaquable comme toute autre dans les délais du recours contentieux (5). Plus tard, il a considéré que passé le délai du recours contentieux de deux mois, l'illégalité de la notation ne peut plus être remise en cause pour appuyer un recours dirigé contre un refus d'avancement (6). Un tel recours ne peut être admis que s'il est établi que la notation n'a pas fait l'objet d'une notification au fonctionnaire (7).

C'est, justement, ce caractère de notification qui en fait une mesure faisant grief, une décision exécutoire.

(4) C.E. 23 novembre 1962, *Camara*, R. p. 627, A.J.D.A. 1962, p. 687 ; C.E. 22 novembre 1963, *Vanesse*, R. p. 577.

(5) C.E. 11 janvier 1975, *Exertier*, et, même jour, *Voff*, R.D.P., 1975, 811, note J. Robert.

(6) C.E. 18 mai 1979, *Menonville*, R. p. 634.

(7) C.E. 28 juin 1968, *Juste*, Dalloz, 1980, p. 290, note Vlachos.

A cet égard, il y a lieu de relever que dans le deuxième alinéa de son article 28, le statut général de la Fonction publique (8) prévoit que les notes chiffrées sont communiquées aux intéressés et aux commissions administratives paritaires. Par cette procédure de communication aux intéressés, nous pensons que le législateur n'a pas fait de la note une simple mesure à valeur indicative qui peut servir dans l'ensemble de l'appréciation comme de base à l'avancement, mais il a entendu en faire la base elle-même. Si, par exemple, cette note n'était que versée au dossier du fonctionnaire sans qu'elle ne lui soit communiquée, celui-ci ne pourrait logiquement se manifester qu'après avoir pris connaissance de la décision finale relative à son avancement. Mais tel n'est pas le cas, le législateur a opté pour une transparence et, partant, la possibilité qui en découle ouverte au fonctionnaire de remettre en cause, soit par la voie administrative, soit par la voie juridictionnelle, la note qu'il conteste. Car, à partir du moment où la note est communiquée à l'intéressé et sachant qu'elle est décisive pour son avancement, il a toute latitude de l'accepter s'il en est convaincu ou de la refuser s'il s'estime lésé.

Voyons à présent à quel niveau du contrôle juridictionnel le juge du Tribunal administratif d'Agadir s'est situé pour apprécier la légalité de la notation.

- II -

« Attendu que si le supérieur immédiat dispose du pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation du travail du requérant et de sa notation, ce pouvoir n'est pas absolu mais il est considéré comme lié et il appartient au juge de la légalité de contrôler l'étendue de l'opportunité de l'évaluation et de la notation du supérieur immédiat, ses subordonnés en étant informés, sur la base des rapports et des observations établis à propos du travail du subordonné (...) ».

Par ce considérant essentiel du jugement, le Tribunal administratif d'Agadir a apporté une précision de taille dans son appréciation. Tout en reconnaissant que le supérieur immédiat dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation du travail du fonctionnaire, il ajoute que ce pouvoir n'est pas absolu et peut être considéré comme lié.

A première vue, on peut être tenté de dire que l'on est en présence de deux notions totalement contradictoires, pouvoir discrétionnaire et compétence liée, que le juge a délibérément choisi de confondre ; mais, à la réflexion, la vision qu'il a adoptée est largement perceptible.

Personne ne saurait contester que la notation des fonctionnaires relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Toute évaluation revêt par elle-même une dimension de subjectivité difficilement contrôlable par le juge. Une note que l'on attribue de par le pouvoir dont on est investi peut parfaitement varier d'une personne à l'autre à moins qu'il

(8) Dahir du 24 février 1958, B.O. n° 2372 du 11 avril 1958, p. 631.

ne s'agisse d'une science exacte où l'élément de mesure demeure identique pour tous. En revanche, s'agissant d'une appréciation suite à des critères purement personnels que celui qui procède à l'évaluation se fixe lui-même, il apparaît difficile à une tierce personne de refaire la même sans risque d'apporter un jugement absolument différent, sinon diamétralement opposé.

Dans cette optique, le rôle du juge ne peut être que limité, puisque, en tout état de cause, l'évaluation du supérieur hiérarchique est faite selon une vue qui lui est propre. Mais à partir du moment où la notation est formulée sur la base de rapports et d'observations établis à propos du travail du subordonné, le moins que l'on puisse en attendre est qu'elle n'en constitue pas un reflet déformant. C'est, nous semble-t-il, la raison qui a justifié le recours par le juge à la notion de compétence liée. De son raisonnement, on peut déduire que la note peut être ce qu'elle est, mais elle ne doit pas être en contradiction avec les rapports qui témoignent du travail convenable du requérant. C'est là, pensons-nous, la clé de la contradiction apparente de la juxtaposition dans le même considérant de deux notions contraires l'une à l'autre de pouvoir discrétionnaire et de compétence liée.

En clair, en application de son pouvoir discrétionnaire, l'autorité hiérarchique peut établir les rapports qu'elle juge utiles sur le travail du fonctionnaire ; elle peut le considérer médiocre alors qu'au goût d'un autre observateur, il serait bon ou excellent, mais, et c'est là qu'apparaît la compétence liée, la note qu'elle attribue doit être en adéquation avec le contenu des rapports. C'est sur ce point que le juge du Tribunal administratif d'Agadir a insisté pour fonder son annulation. Ce faisant, il a procédé à un contrôle normal ou restreint puisque sans substituer son appréciation à celle du supérieur hiérarchique, il s'est contenté de voir si l'appréciation notée de celui-ci n'est pas en contradiction avec l'appréciation générale portée sur le travail du fonctionnaire. Attribuer la note de un sur trois, alors que les rapports et les observations sont plutôt favorables au requérant porte à penser qu'il s'agit bel et bien d'un excès de pouvoir.

A ce propos, le juge a parlé de détournement de pouvoir, voilà qui appelle une menue réserve de notre part !

- III -

« Et, attendu que, vu les rapports établis à propos du travail du requérant au sein de la direction du bureau annexe de l'état civil de la Zaouïa de Sidi Dahman depuis 2004, il apparaît au tribunal que les rapports cités témoignent que le travail du requérant est convenable et qu'on ne lui connaît aucune négligence dans son travail ; ce qui confirme que les actes administratifs objets du recours sont entachés de détournement de pouvoir du fait que la notation de 1 sur 3 ne concorde pas avec les rapports précités ».

Dans ce considérant, où est mis en relief la non concordance de la notation avec les rapports établis en faveur du requérant, le juge a fondé l'annulation sur le grief du

détournement de pouvoir et non sur celui de l'absence de motif ou plus exactement l'erreur de fait ; ce qui, du point de vue conceptuel, est tout à fait différent !

En paraphrasant la doctrine, on rappellera qu'il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative, tout en respectant les conditions de légalité d'un acte administratif, use de son pouvoir dans un but autre que celui pour lequel il lui a été conféré. Il s'agit alors d'un vice qui porte sur les intentions de l'auteur de l'acte où le contrôle du juge s'avère des plus délicats dans la mesure où il ne peut conclure à l'illégalité que si le requérant arrive à établir la preuve formelle que le but recherché de l'autorité administrative est soit personnel, soit en relation avec l'activité administrative mais étranger à celui pour lequel le pouvoir lui a été confié (9).

Dans le même esprit de raisonnement comparatif, on rappellera qu'il y a erreur de fait lorsque le motif invoqué par l'autorité administrative pour justifier l'acte qu'elle a édicté n'existe pas (10). D'ailleurs, dans les différentes définitions proposées à partir de la jurisprudence, on peut déduire que le motif, à l'inverse du but qui est subjectif, a un caractère purement objectif puisqu'à partir de l'existence ou l'inexistence d'une situation de fait ou de droit, il est possible de conclure, selon le cas, à sa légalité ou son illégalité.

A la lumière de ce bref rappel d'identification de deux cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir qui sont absolument différents l'un de l'autre, il apparaît pour le moins contradictoire de dire « *que les rapports cités témoignent que le travail du requérant est convenable et qu'on ne lui connaît aucune négligence dans son travail* », autrement dit, que le motif qui fonderait la note de 1 sur 3 n'existe pas, et de conclure « *que l'acte administratif objet du recours est entaché de détournement de pouvoir* » !

Parler de détournement de pouvoir, c'est-à-dire de but autre que celui pour lequel le pouvoir doit être exercé, tout en justifiant cela par le fait que le président du conseil communal « *n'a pas fourni au tribunal ce qui indique que le requérant est négligeant dans son travail et qu'il ne mérite que la note de 1 sur 3 au lieu de 3 sur 3* » ne nous semble pas prendre en considération la nette distinction qui marque ces deux notions !

Ne terminons pas par cette observation quelque peu irrévérencieuse ! Nous tenons à mettre en valeur, et c'est l'objet principal de notre commentaire, l'apport indéniable du jugement *Boudlal*, porteur de deux éléments importants aux yeux de tout juriste. D'une part, le fait qu'une note attribuée à un fonctionnaire peut être déférée au juge administratif, parce que constituant une mesure faisant grief ; et, d'autre part, que l'autorité administrative, sous peine de commettre une illégalité, se doit de la faire correspondre avec les rapports établis sur son compte.

(9) M. El Yaâgoubi, Le détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative marocaine, Quarante ans d'administration, 1956-1996, REMALD, série « Thèmes actuels » n° 6, 1996, p. 181

(10) M. Rousset et J. Garagnon, Droit administratif marocain, La Porte, 2003, p. 748.

*
* *

T.A., Agadir, 2 juillet 2008, Boudlal

« Attendu que le président du conseil communal de Sidi Dahman n'a pas fourni au tribunal ce qui indique que le requérant est négligeant dans son travail et qu'il ne mérite que la note de 1 sur 3 au lieu de 3 sur 3 ;

Attendu que si le supérieur immédiat dispose du pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation du travail du requérant et de sa notation, ce pouvoir n'est pas absolu mais il est considéré comme lié et il appartient au juge de la légalité de contrôler l'étendue de l'opportunité de l'évaluation et de la notation du supérieur immédiat, ses subordonnés en étant informés, sur la base des rapports et des observations établis à propos du travail du subordonné ;

Et, attendu que, vu les rapports établis à propos du travail du requérant au sein de la direction du bureau annexe de l'état civil de la Zaouïa de Sidi Dahman depuis 2004, il apparaît au tribunal que les rapports cités témoignent que le travail du requérant est convenable et qu'on ne lui connaît aucune négligence dans son travail ; ce qui confirme que l'acte administratif objet du recours est entaché de détournement de pouvoir du fait que la notation de 1 sur 3 ne concorde pas avec les rapports précités ; annulation ».