

Aspects pratiques du contentieux de la notation des personnels militaires de l'armée française

Jean – Marc FOUILLAND

Avocat au barreau de Lyon

La pratique du contentieux de la notation des militaires est particulièrement délicate aussi bien pour les intéressés que pour les praticiens du droit.

La matière en effet se révèle très souvent décevante, en dépit d'une moisson initiale de textes qui laisse toujours à penser au requérant ainsi qu'au juriste que les moyens de défense à mettre en avant sont conséquents.

Or, en dépit des apparences, il n'en est rien.

L'analyse des décisions rendues en la matière par le conseil d'état démontre précisément le contraire.

D'où, pour le militaire, de sérieuses déconvenues, toujours difficiles à expliquer pour son conseil.

Contester la notation d'un militaire n'est donc jamais simple et nécessite de bien connaître à la fois les différents critères retenus pour l'élaboration des notations, les étapes règlementées qui encadrent sa mise en œuvre mais surtout les moyens de droit effectivement retenus par les tribunaux.

De ce point de vue, tout praticien qui souhaitera se lancer dans cette procédure devra au préalable s'imprégner de la philosophie générale de la notation des militaires, telle qu'elle résulte des principaux textes, avant de piocher dans les innombrables instructions, circulaires et notes qui prétendent régenter et expliciter, arme par arme, service par service, cette notation.

Ceci fait, le praticien ne devra pas manquer de confronter ces sources textuelles avec les grandes

tendances jurisprudentielles des tribunaux de l'ordre administratif.

Et la lumière sera...ou la déception, c'est selon.

La présente étude ne peut prétendre donner une présentation exhaustive du contentieux de la notation des militaires, mais elle a pour objectif d'en expliciter les principaux aspects, positifs et négatifs.

Elle s'adresse tout particulièrement aux juristes désireux de se documenter avant d'entreprendre une procédure de contestation de notation.

Et, bien entendu, elle s'adresse aux militaires eux-mêmes.

Sur le fond, la notation annuelle des personnels militaires, aussi dénommée « Millésime¹ », est un droit fondamental pour ceux-ci en même temps qu'un élément très important de leur carrière².

L'article R 4135-1 du Code de la défense en éclaire parfaitement le sens et les enjeux : « *La notation est*

¹ La période de notation ne correspond pas à l'année civile. Le millésime s'entend de la période allant du 1^{er} juin de l'année précédente au 31 mai de l'année en cours.

² La notation est ainsi, mais pas uniquement, cruciale dès lors qu'un militaire sous contrat sollicite une intégration au statut de militaire de carrière. Pour autant, l'article R 4135-2 du Code de la défense prend soin de préciser que la notation est distincte des propositions d'avancement. Elle sert également dans les procédures disciplinaires.

une évaluation par l'autorité hiérarchique des qualités morales, intellectuelles et professionnelles du militaire, de son aptitude physique, de sa manière de servir pendant une période déterminée et de son aptitude à tenir dans l'immédiat et ultérieurement des emplois de niveau plus élevé ».

Cette définition même implique que la notation soit élaborée en suivant une procédure réglementée, contradictoire et que la manière de servir du militaire s'y trouve correctement et objectivement transcrite.

C'est généralement le cas, et les procédures de notation des militaires sont, à ce sujet, suffisamment élaborées (I).

Mais, aussi encadrée que puisse être cette démarche, les motifs de contestation ne manquent pas. Or, c'est là, au sein des procédures de contrôle des notations, que le juriste va rencontrer les plus grandes difficultés (II).

I – L'élaboration de la notation des militaires

La notation des militaires est, on l'a déjà fait observer, sérieusement encadrée (A). Elle se résume à une succession d'étapes clefs qui ont pour vocation première de préserver les droits du militaire en lui laissant la possibilité de participer à sa notation (B).

A – Le cadre législatif et réglementaire de la notation.

Le juriste approchant pour la première fois le droit militaire sera probablement étonné de la foison de textes réglementaires de types instructions, circulaires ou notes qui ont vocation à régir la procédure de notation des militaires³.

Car les quelques dispositions législatives ou réglementaires codifiées dans le récent code de la défense ne sont pas suffisantes pour s'appliquer uniformément à toutes les armes composant l'armée française dans sa grande diversité.

La partie législative ne comporte en elle même qu'un article à ce sujet. Un article fondateur et déclaratif qui renvoie pour son application à des décrets en conseil d'état⁴.

³ Au sens large, l'institution militaire comprenant des personnels civils, des militaires attachés aux armées de terre, de marine, de l'air, de la gendarmerie, du service des essences, du corps des commissaires, des aumôniers ou encore du service médical.

⁴ Il n'est pas superflu de citer ici ce texte dans son intégralité : « *Les militaires sont notés au moins une fois par an. La notation est traduite par des notes et des appréciations qui sont obligatoirement communiquées chaque année aux*

La partie réglementaire est plus riche en enseignements.

Les articles R 4135-1 à R 4135-7 précisent ainsi les objectifs généraux du processus de notation ainsi que les grandes lignes de celui-ci⁵.

La notation est ainsi traduite par des appréciations générales et littérales, des niveaux de valeurs ou des notes chiffrées prédéterminées dans chaque armée ou formation rattachée⁶.

Les militaires d'active et de réserve⁷ sont notés à un ou plusieurs degrés par les autorités militaires ou civiles dont ils relèvent. Le nombre de degrés et l'identité des notateurs sont laissés à la précision des ministres de la défense et de l'intérieur⁸.

Pour établir cette notation, les autorités en question doivent considérer l'ensemble des activités liées au service exécuté par le noté au cours de la période de notation⁹.

Enfin, les notes sont communiquées au militaire lors d'un entretien avec le premier notateur ou le notateur unique. Le militaire dispose d'un délai de huit jours pour porter ses observations sur le formulaire de notation¹⁰.

Ledit formulaire doit être signé et classé au dossier de l'intéressé.

Dans tous les cas, le militaire doit connaître sa notation avant le début des travaux de la commission d'avancement de son grade pour l'année à venir.

Telles sont donc, dans les grandes largeurs, les dispositions textuelles insérées dans le Code de la défense.

militaires. A l'occasion de la notation, le chef fait connaître à chacun de ses subordonnés directs son appréciation sur sa manière de servir. Les conditions d'application du présent article, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut être dérogé au caractère annuel de la notation, sont fixées par décret en Conseil d'Etat ».

⁵ L'article R 4135-8 du Code de la défense prévoit quant à lui des dispositions spécifiques aux notations annuelles des militaires en détachement ou en mutation. Le texte prévoit notamment la création d'une notation intermédiaire dans le cas d'une mutation entre deux notations annuelles.

⁶ Article R 4135-2 du Code de la défense.

⁷ Pour être notés, les militaires d'active doivent accomplir 120 jours de service actif, les réservistes 5.

⁸ Article R 4135-3 du Code de la défense.

⁹ En sont exclues les activités liées à la représentation des militaires auprès de la hiérarchie ou au sein d'organes consultatifs.

¹⁰ Article R 4135-6 du Code de la défense.

Pour le reste, l'affinage et la description méthodique de la procédure de notation se retrouve dans la galaxie d'instructions, circulaires et notes renouvelées pratiquement chaque année arme par arme ou en interarmes.

Il serait bien trop fastidieux d'en établir ici une liste complète. Sur ce point l'intéressé devra se reporter au formulaire de recherche en ligne du bulletin officiel des armées¹¹.

Deux instructions en particulier illustreront notre propos. Elles reflètent à elles seules les détails d'élaboration de la notation pour l'ensemble des militaires.

Leur qualité rédactionnelle ainsi que leur pertinence est d'ailleurs à souligner.

Ces instructions sont les suivantes : L'instruction n° 5491/DEF/EMA/RH/PRH du 6 mai 2013 relative à la notation des officiers d'active et de réserve, des aspirants et officiers volontaires de l'armée de terre, de la marine, de l'armée de l'air, du service de santé des armées, du service de essences des armées et des chefs de musique ; L'instruction n° 4110/DEF/EMA/RH/PRH du 29 mars 2013 relative à la notation des sous-officiers, officiers mariniers, militaires techniciens des hôpitaux des armées (soumis aux lois et règlements applicables aux sous-officiers), maîtres ouvriers des armées et des militaires du rang, d'active ou de réserve¹².

A moins d'une circulaire venant expliciter ou amender leur contenu, ces deux instructions constituent le principal support des règles d'élaboration et de contestation des notations annuelles¹³.

B – Les étapes clefs de la notation

L'étude des instructions précitées fait clairement ressortir les grandes étapes de l'élaboration de la notation.

¹¹ www.boc.sga.defense.gouv.fr. Tout requérant devra au préalable consacrer quelques heures à la recherche des textes qui le concernent. En gardant toutefois bien à l'esprit que ceux-ci sont régulièrement abrogés ou amendés. Une étude attentive de la partie « références » de chaque document étudié doit être faite.

¹² Ces instructions sont elles mêmes complétées par des circulaires annuelles visant plus précisément les corps d'armées. Citons par exemple la circulaire du 2 avril 2013 relative à la notation des officiers du corps des commissaires d'active ou de réserve, la circulaire du 8 février 2013 relative à la notation des sous-officiers et militaires du rang affectés au service des essences, la circulaire du 6 mars 2013 relative à la notation des aumôniers militaires, etc.

¹³ A noter toutefois que ces deux instructions comportent en annexe des dispositions spécifiques aux armées de terre, de mer et de l'air, au corps des commissaires, au service de santé, au service des essences et aux musiciens.

Celle-ci doit tout d'abord être établie sur un bulletin particulier, au format et au contenu informatisé prédéfini.

Les modèles de ces bulletins, qui diffèrent selon le statut des personnels, sont fournis en annexe des instructions.

Le bulletin de notation des officiers est ainsi constitué de plusieurs rubriques, intitulées « performances dans l'année de notation », « aptitudes, compétences et potentiel d'emploi par domaine, aptitude aux responsabilités », « bilans et observations » puis « validation de la notation par le dernier notateur ».

Les rubriques sont elles mêmes divisées en sous rubriques contenant des espaces libres destinés à être complétés à la main par les notateurs.

D'autres rubriques se présentent sous forme de cases à cocher, chiffrées de 5 à 1 ou encore d'exceptionnel à insuffisant.

Celui des sous-officiers et militaires du rang est en apparence plus simple.

Les espaces d'appréciation à compléter à la main par les notateurs sont bien moindres et font place à une notation par cases et chiffres.

Dans l'ensemble néanmoins, les bulletins de notation annuelle présentent une première partie destinée à l'appréciation par le premier notateur, un espace vierge destiné à recueillir les observations du noté, puis les appréciations finales du dernier notateur¹⁴.

L'élaboration de la notation obéit de manière générale à un double¹⁵ degré d'évaluation¹⁶.

Dans les deux cas, la procédure de notation commence par un entretien de communication des notes lors

¹⁴ Les annexes fournies ensuite des instructions regorgent de détails concernant les termes à employer par le notateur, les éléments à prendre en compte, etc...Le lecteur pourra ici s'y reporter sans difficultés.

¹⁵ Les instructions laissent toutefois la possibilité dérogatoire d'une notation unique en fonction des nécessités du service.

¹⁶ A noter une étrange différence sémantique entre les deux instructions. Celle visant les officiers distingue la notation en premier ressort et la notation en second et dernier ressort. Celle visant les autres personnels militaires distingue la notation au premier degré et la notation au second degré. Le juriste pourrait certes dresser un parallèle avec la sémantique applicable aux institutions juridictionnelles mais il ne nous semble pas que cette différence porte ici à conséquences.

duquel le premier notateur remet au noté son bulletin complété et lui fait ainsi connaître ses appréciations¹⁷.

Le noté dispose alors d'un délai de 8 jours francs pour formuler des observations sur le document.

A ce stade, si les observations du noté sont retenues, un nouveau bulletin de notation, rectifié, sera dressé par le premier notateur et communiqué à l'intéressé.

Si les observations sont partiellement retenues, le premier notateur devra indiquer sur le document quels sont les points à modifier et ceux qu'il maintient. Puis il établira un nouveau bulletin et le communiquera au noté.

Enfin, si les observations du noté ne sont pas retenues, le premier notateur indique sur le document sa décision de ne rien modifier¹⁸.

Le bulletin, modifié ou non, est alors communiqué au second notateur¹⁹ qui arrête la notation définitive²⁰ après s'être assuré de l'effectivité de la première communication.

Le bulletin original ainsi complété est retourné à la formation d'emploi du militaire pour lui être communiqué. Aucune observation ne peut plus être faite à ce stade.

La notation millésime est alors ajoutée au dossier personnel du militaire.

Bien entendu, celui-ci peut la contester.

¹⁷ L'instruction visant les personnels officiers rappelle au préalable que ceux-ci doivent, avant le 30 novembre de l'année précédent la notation, être reçus en entretien par leur futur premier notateur. A l'issue de cet entretien, une fiche spéciale doit être constituée. Son contenu doit rapporter les objectifs fixés à l'officier et les éventuels commentaires écrits de ce dernier. Cette fiche d'entretien préalable est un élément indispensable à la notation des officiers.

¹⁸ Dans tous les cas, après avoir pris connaissance de la décision du 1^{er} notateur quant au maintien à la modification de la notation, le bulletin est re-présenté à la signature du noté.

¹⁹ La chaîne de notation est définie par voie de circulaire, au sein de chaque arme. Les circulaires en questions détaillent sous forme de tableaux les différentes unités et formation en charge de la notation. Pour un exemple, l'on pourra se reporter à la circulaire Armée de l'air n° 192/DEF/DRH-AA/SDGR/BGA/DANS/DNA du 7 mars 2013.

²⁰ La notation par le premier notateur n'est pas contestable. Il ne s'agit là en effet que d'une étape insusceptible de recours.

II – Le contrôle de la notation des militaires

Le contrôle de la notation des militaires obéit à un préalable obligatoire : La saisine de la commission de recours des militaires. Au vu de la décision rendue par celle-ci, le litige sera ou non orienté vers les tribunaux administratifs (A). Ce mécanisme à double niveau offre au militaire la garantie d'une justice de qualité. Mais les moyens de droit à sa disposition se révèlent, à l'usage, décevants (B).

A – Les organes de contrôle

Le contrôle et la révision de la notation des militaires peut emprunter deux voies principales²¹. Le contrôle administratif par saisine de la commission de recours des militaires (a) et le contrôle judiciaire dévolu aux tribunaux administratifs (b).

a – Le contrôle administratif

L'article R 4135-7 du Code de la défense prévoit expressément que le militaire souhaitant contester sa notation forme au préalable un recours administratif auprès de la commission de recours des militaires²² attachée au ministre de la défense.

La commission en question doit être saisie dans le délai de deux mois à compter de la notification de l'acte contesté.

Sur le fond, la commission est présidée²³ et composée principalement d'officiers généraux. La procédure est contradictoire et écrite²⁴. Le requérant peut être assisté d'un militaire en exercice.

²¹ Il en existe une troisième dont il ne sera pas question dans le cadre de la présente étude. Il s'agit, pour le militaire, de la possibilité de soumettre à sa hiérarchie une demande de révision de notation. Le recours est alors gracieux et sa procédure n'est pas spécialement encadrée. Il n'interrompt pas les délais de prescription. Le conseil d'état rappelle toutefois que ce recours n'est pas incompatible avec le recours administratif réglementé auprès de la commission de recours des militaires (CE, 24 septembre 2010, n° 336043).

²² Voir sur ce point les articles R 4125-1 à R 4125-17 du Code de la défense.

²³ La question de la présidence de la commission a été souvent invoquée parmi les moyens de légalité externe. Était ainsi visée la présidence du contrôleur général des armées. Or, celui-ci, de par sa position au sein de la hiérarchie militaire, peut être regardé comme faisant partie des officiers généraux (CE, 8 juillet 2011, n° 337382).

²⁴ Dès réception de la demande, le président de la commission en informe l'autorité dont émane l'acte contesté

La commission n'est pas compétente pour statuer sur le recours ainsi effectué. Elle ne peut émettre qu'un avis qu'elle transmet au ministre pour l'éclairer et l'orienter dans sa décision.

L'avis de la commission ne lie donc pas le ministre qui dispose d'un délai de 4 mois pour statuer.

Il revient en revanche à la commission de notifier au requérant la décision du ministre²⁵.

Celle-ci se substitue entièrement à la décision initiale de notation²⁶.

Le militaire dispose alors du classique délai de deux mois pour engager un recours en excès de pouvoir auprès des juridictions administratives.

b - Le contrôle judiciaire

Quel que soit le statut, officier, sous-officier ou militaire du rang, détenu par le requérant, la compétence à retenir est celle du tribunal administratif du lieu d'affectation²⁷.

Il n'en a cependant pas toujours été ainsi²⁸.

Le requérant choisira généralement la voie du recours en excès de pouvoir afin d'obtenir l'annulation de la notation qui lui fait grief.

ainsi que le chef d'état major de l'armée d'appartenance de l'intéressé. La commission ne peut rendre son avis qu'après avoir, d'une part communiqué au requérant l'avis du chef d'état major, d'autre part avoir recueilli les observations écrites du requérant quant à cet avis préalable.

²⁵ Article R 4125-10 du Code de la défense.

²⁶ De ce fait, la notation initiale ne peut plus être déférée au juge de la légalité (CE, 24 septembre 2010, n° 336043 ; CE, 4 septembre 2009, n° 303900 ; CE, 2 septembre 2009, n° 312832).

²⁷ Article R 312-12 du Code de justice administrative.

²⁸ L'article R 311-1-3° du Code de justice administrative prévoyait, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2010-164 du 22 février 2010, que le Conseil d'état détenait une compétence spéciale pour connaître en premier et dernier ressort « des litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la république, en vertu des dispositions de l'article 13 de la constitution et des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'état ». La notation des officiers, nommés par décrets, relevait ainsi de la compétence du Conseil d'état. Le texte actuel de l'article R 311-1 du Code de justice administrative maintient une compétence spécifique pour les agents nommés par décret du président de la république, mais limite celle-ci aux litiges affectant le recrutement ou la discipline de ces agents. La notation des officiers est ainsi revenue dans le giron des tribunaux administratifs.

Rien ne lui interdit cependant de se lancer dans la procédure de plein contentieux, mais, compte tenu de la complexité de la matière, il serait à notre avis plus sage de s'abstenir de formuler une demande indemnitaire en amont.

En cas de succès et d'annulation de la décision du ministre, une demande d'indemnisation pourra être faite.

Il sera prudent de doubler le recours choisi d'un référé suspension²⁹.

En pratique cependant, les conditions de ce type de référé, telles qu'énoncées à l'article L 521-1 du Code de justice administrative, sont trop lourdes à réunir³⁰.

En particulier, la preuve d'un « doute sérieux quant à la légalité de la décision » constitue l'écueil sur lequel échouent la plupart des actions en référé suspension car le requérant doit, en peu de temps, verser dans le débat ses meilleurs arguments de forme et de fond.

Et ceux-ci doivent présenter une évidence telle qu'aux yeux du magistrat administratif, la décision attaquée apparaît grossièrement entachée d'illégalité.

L'on ne peut donc pas, à ce stade, espérer une analyse en profondeur des faits, de la manière de servir, des objectifs des militaires ou des éventuels conflits avec le notateur. Seuls comptent les moyens de droit les plus simples et les plus évidents.

En revanche, une décision de suspension obtenue par la voie du référé amènera à coup presque sûr l'administration à retirer la décision attaquée, celle-ci souffrant manifestement d'un vice important.

Reste alors la question, évidente en apparence, de l'identité de l'acte à attaquer.

Nombreux sont les arrêts du Conseil d'état qui rappellent que les avis délivrés par le premier notateur ou le chef d'état major de l'armée d'appartenance ne constituent que des mesures préparatoires à la notation et sont donc dépourvues du caractère d'acte faisant grief.

²⁹ L'intérêt du référé suspension ne fait aucun doute dès lors que la notation est prise en compte pour l'avancement et la sélection des personnels militaires. Que l'on songe par exemple aux conséquences d'une mauvaise notation d'un officier sous contrat qui soumet sa candidature pour intégrer les officiers de carrière. Dans ces cas, il n'est pas sage d'attendre le jugement du tribunal administratif qui peut être rendu deux ou trois ans après la requête. Car, durant le temps de la procédure, la notation produit ses pleins effets.

³⁰ Voir par exemple : CE, 6 août 2009, n° 330502.

De sorte que les recours visant directement ces actes sont irrecevables³¹.

Nombreuses sont également les jurisprudences rappelant que la décision du ministre se substitue entièrement à la notation initiale qui devient de ce fait inattaquable directement³².

La décision de rejet du recours administratif, prise par le ministre sur avis de la commission de recours des militaires constitue donc le seul acte susceptible d'être annulé par le tribunal administratif.

B – Les moyens invocables et leur pertinence

Les moyens invocables par-devant la commission de recours des militaires et les tribunaux administratifs ne sont guère différents, hormis, pour ces derniers, les moyens tirés du non respect de la procédure du recours administratif préalable.

D'une manière schématique, l'on peut classer les différents moyens en reprenant la division habituelle du recours en excès de pouvoir, à savoir les moyens de légalité externes et internes.

a – Moyens de légalité externes

Les moyens de légalité externes³³ pertinents sont hélas bien peu nombreux.

Évacuons de suite les moyens tirés de l'insuffisance de motivation au sens de la loi n° 79-687 du 11 juillet 1979. Le Conseil d'état rappelle en effet régulièrement que les décisions ministérielles qui refusent de réviser une notation ne sont pas au nombre de celles qui doivent être motivées en application du texte précité³⁴.

Évacuons également les moyens tirés de l'incompétence de la partie signataire de l'acte attaqué. L'administration ne commet en effet que bien peu d'erreurs sur ce point.

³¹ Voir par exemple : CE, 4 septembre 2009, n° 303900 ; CE, 17 janvier 2007, n° 289626.

³² Note précitée n°26.

³³ Les illégalités externes affectent l'acte pris au sens d'instrumentum, c'est à dire de document écrit contenant la substance d'un acte juridique. Les moyens d'illégalité tirés de ce chef se limitent généralement à des critiques d'ordre procédurales. Le praticien devra toujours se forcer à invoquer au moins un moyen de légalité externe, fut-il dénué de crédibilité, afin de ne pas s'interdire par la suite l'évocation d'un nouveau moyen de légalité externe, découvert en cours de procédure et, cette fois-ci, pertinent.

³⁴ Voir notamment : CE, 8 juillet 2011, n° 337382.

Reste alors le cadre, semble t'il plus prometteur, des vices de procédures.

Nombreux sont les vices invoqués par les militaires à l'appui de leurs recours mais tous n'ont pas la même valeur.

Ainsi, chose largement ignorée des requérants et difficilement explicable à ceux-ci par leurs conseils, les instructions et circulaires qui règlementent en apparence strictement les procédures de notation et parfois de révision, sont généralement dépourvues de valeur réglementaire.

Le conseil d'état est régulièrement amené à le rappeler³⁵.

Or, cette inopposabilité à l'administration de sa propre doctrine ne va pas sans laisser une certaine amertume aux yeux de requérants persuadés que l'armée est tenue par les très nombreux textes publiés au bulletin officiel des armées.

Un exemple peut en être trouvé au sein de l'annexe VII, spécifique à l'armée de l'air, de l'instruction du 6 mai 2013. Il est ainsi prévu : « *Après avoir accusé réception des observations dont il est saisi et avant de statuer, le premier notateur doit impérativement recueillir l'avis technique de son responsable chancellerie* ».

En apparence, cette prise d'avis est incontournable et son absence devrait entacher d'irrégularité la notation. Hélas, rien ne permet de l'affirmer.

D'autres moyens de procédure s'attaquent à la commission de recours des militaires et au cheminement procédural que celle-ci doit scrupuleusement suivre.

A titre d'exemple ont été invoqués sans succès : L'incompétence du contrôleur général des armées à la présidence de la commission³⁶, l'insuffisance de motivation de l'avis rendu par celle-ci³⁷, l'absence de communication au requérant du rapport établi par le

³⁵ Voir par exemple : CE, 8 juillet 2011, n° 337382 ; CE, 1^{er} juin 2011, n° 327401 ; CE, 31 décembre 2008, n° 314130.

³⁶ CE, 8 juillet 2011, n° 337382 ; CE, 3 septembre 2008, n° 297718 ; CE, 3 septembre 2008, n° 296137.

³⁷ CE, 24 septembre 2010, n° 336043.

rapporteur de la commission³⁸ ou encore l'absence de communication du dossier³⁹,

L'atteinte aux droits de la défense a en revanche été retenue dans une espèce où la commission avait expédié à une adresse erronée les observations écrites du chef d'état major de l'armée d'appartenance du militaire⁴⁰.

Dans ce cas, le principe même du contradictoire et de la procédure écrite au niveau de la commission de recours des militaires était atteint.

Encore faut-il ne pas trop exagérer la portée pratique du contradictoire applicable à la commission de recours des militaires. Un arrêt au contenu singulier, après avoir justement rappelé que la commission ne constituait « *ni une juridiction ni un organisme juridictionnel ou disciplinaire* » conclut justement à l'inapplicabilité de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴¹.

Que le requérant se le tienne pour dit.

Reste alors quelques cas très rares en pratique de vices de procédures invoqués avec succès.

Parmi ceux-ci, l'absence inexplicquée de l'entretien préalable de communication du bulletin de notation par le premier notateur⁴².

En résumé, hormis les atteintes d'une importance certaine aux règles de procédure exposées dans les parties législatives et réglementaires du Code de la défense, les moyens de légalité externes s'avèrent faibles et décevants.

Hélas, les moyens de légalité interne le sont tout autant.

b – Moyens de légalité interne

Ces moyens affectent la régularité du contenu de l'acte.

³⁸ Précité CE, 8 juillet 2011, n° 337382.

³⁹ Précité CE, 24 septembre 2010, n° 336043. Le bon sens gouverne cette espèce puisque le dossier est forcément communiqué au militaire dans ce type de procédures.

⁴⁰ CE, 18 décembre 2009, n° 327633.

⁴¹ CE, 2 septembre 2009, n° 312832. Voir également CE, 25 mars 2009, n° 318613.

⁴² CE, 25 juillet 2007, n° 282671 ; CE, 28 septembre 2001, n° 219036.

Classiquement, et là aussi schématiquement, les moyens de légalité interne peuvent être décomposés en quatre branches : La violation directe de la loi⁴³, l'erreur de droit⁴⁴, l'erreur de fait⁴⁵ et le détournement de pouvoir⁴⁶.

Des moyens en apparence variés, mais qui, une fois mis en pratique, se révèleront fort décevants.

Car, à ce stade, le requérant va rapidement se heurter à la dure réalité de la règle dite du contrôle restreint exercé par les juridictions administratives.

Et ce contrôle se limite à l'erreur manifeste d'appréciation sur la notation du militaire concerné, telle que formulée par les notateurs⁴⁷.

L'analyse des arrêts les plus récents du Conseil d'état met en lumière la méthode de raisonnement habituelle des juridictions administratives en la matière⁴⁸.

La Cour commence généralement par rappeler le contenu et la philosophie de la notation annuelle, telle qu'exposés aux articles R 4135-1, R 4135-2 et R 4135-3 du Code de la défense.

Sont ainsi visées, le plus souvent littéralement, les caractéristiques essentielles de la notation à savoir que celle-ci constitue une évaluation des qualités morales, intellectuelles, physiques et professionnelles du militaire, de sa manière de servir sur la période considérée et de son aptitude à tenir un emploi de niveau plus élevé.

Ceci fait, la Cour procède à la recherche, sur le bulletin de notation même, d'erreurs manifestes d'appréciation trahissant un décalage important entre la note, les appréciations manuscrites, les cases cochées et la réalité des faits telle qu'elle peut

⁴³ Lorsque l'acte attaqué est contraire à une disposition ou un principe général ayant une autorité supérieure à l'acte en lui-même.

⁴⁴ L'on parle généralement d'erreur de droit lorsque l'administration s'est fondée sur un texte inapplicable en l'espèce, soit lorsqu'elle a faussement interprété ce texte.

⁴⁵ Lorsque les faits sont matériellement faux ou mal qualifiés.

⁴⁶ Ce moyen est très souvent invoqué et pratiquement jamais retenu. Il consiste, pour le requérant, à soutenir que l'administration a utilisé ses pouvoirs dans un but autre que celui initialement conféré par les textes, à des fins privées, politiques, économiques par exemple. Bien entendu, le soupçon de notation punitive règne sur la matière.

⁴⁷ Voir par exemple CE, 8 juillet 2011, n° 337382.

⁴⁸ L'arrêt CE, 24 septembre 2010, n° 336043 en constitue un excellent exemple.

ressortir des pièces et explications fournies par le requérant.

Dans bien des cas, la haute juridiction se contente de confronter entre elles les appréciations et cases cochées sur le seul bulletin à la recherche d'incohérences⁴⁹ évidentes.

La Cour peut également chercher à confronter la pertinence de ces appréciations, y compris lorsque celles-ci sont apposées sous forme de notes par fraction ou de cases à cocher, avec les pièces et explications fournies par le requérant.

Mais, dans les deux cas, la juridiction administrative n'opérera pas un contrôle approfondi du contexte et ne cherchera pas à se mettre à la place du ou des notateurs.

Il appartiendra alors au requérant de fournir à la juridiction toutes pièces et explications pertinentes démontrant sans nul doute que la notation a été élaborée en contradiction avec la réalité de la manière de servir, ici entendue au sens large.

A la vérité, le juriste comprendra bien pour quelles raisons le Conseil ne peut entrer plus avant dans les détails de la notation et doit se limiter à en contrôler les plus flagrantes erreurs.

N'oublions pas en effet que la notation constitue une évaluation, chiffrée et/ou commentée sensée refléter, avec toute la subjectivité afférente à ce difficile exercice, la manière de servir et les qualités d'un militaire, telles que perçues par ses supérieurs.

De sorte que, quand bien même l'intéressé puisse se sentir lésé par une case cochée en lieu et place de celle qu'il espérait⁵⁰, une juridiction ne peut s'immiscer par trop dans la libre appréciation d'une manière de servir l'état dans la carrière des armes.

Par ailleurs, une juridiction non constituée de militaires est-elle la mieux placée pour procéder à une telle analyse ?

Quant à la part de subjectivité inhérente à la notation d'un homme par un autre, celle-ci est de l'essence même de la fonction publique.

⁴⁹ La sémantique employée à cet effet peut être légèrement différente. La haute Cour use ainsi des termes : Erreur manifeste d'appréciation, décalage significatif, incohérence ou encore discordance.

⁵⁰ Le bulletin de notation standard des officiers offre par exemple un choix parmi cinq cases, allant d'insuffisant à excellent. Comment dès lors une juridiction peut-elle affirmer que les services d'un officier devraient relever de la case « excellent » et pas seulement de la case « très bon » ?

De sorte que, si l'administration militaire possède bien un pouvoir discrétionnaire pour évaluer annuellement ces agents, seul l'usage manifestement anormal de ce pouvoir entache l'acte de notation d'illégalité.

A la lumière de ce constat, quels sont donc les moyens de légalité interne présentant une chance de succès ?

Balayons au préalable une idée fautive, partagée par nombre de militaires persuadés que leurs notations et appréciations des années précédentes doit être prise en compte, fut-ce de manière purement informelle, par les notateurs, la commission de recours, le ministre et les tribunaux administratifs.

Or, il n'en est rien et le Conseil d'état le rappelle fréquemment⁵¹.

Reste alors l'étude des décisions rendues par le Conseil d'état en la matière qui n'offre finalement que très peu d'exemples de recours couronnés de succès.

Parmi ceux-ci, signalons la notation d'un militaire fondée sur des faits postérieurs au millésime noté⁵², l'existence d'un décalage important entre la note chiffrée et les appréciations proposées⁵³ ou encore la notation en dépit d'un nombre insuffisant de jours de présence⁵⁴.

Dans l'écrasante majorité des autres espèces soumises au Conseil d'État, l'absence d'erreur manifeste d'appréciation, l'absence d'incohérence sur le bulletin ou d'éléments de preuve matériels permettant de discerner un détournement de pouvoir a été retenue⁵⁵.

L'écueil du contrôle restreint s'avère donc particulièrement difficile à surmonter pour les requérants.

Et c'est bien là le but recherché.

⁵¹ Voir par exemple CE, 23 juillet 2010, n° 333412 ; CE, 8 juillet 2011, n° 337382. De la même manière le Conseil précise que d'excellentes appréciations ne confèrent pas un droit acquis à la note maximale (CE, 8 juillet 2011, n° 348738 ; CE, 14 octobre 2009, n° 326324).

⁵² CE, 28 juin 2010, n° 327819. Fut ainsi retenue l'erreur de droit. Voir aussi CE, 30 juillet 2003, n° 236766.

⁵³ CE, 11 octobre 1999, n° 163334.

⁵⁴ CE, 27 juillet 2001, n° 221790.

⁵⁵ Quelques exemples : CE, 1^{er} juin 2011, n° 327401 ; CE, 23 juillet 2010, n° 336687 ; CE, 21 octobre 2009, n° 325845 ; CE, 21 octobre 2009, n° 323553 ; CE, 4 septembre 2009, n° 303900 ; CE, 25 mars 2009, n° 318613 ; CE, 31 décembre 2008, n° 314130 ; CE, 2 juillet 2008, n° 313537 ; CE, 22 février 2008, n° 296316 ; CE, 8 décembre 2003, n° 228401 ; CE, 8 février 1999, n° 180856 ; CE, 25 septembre 1987, n° 69431.

En guise de conclusion, et sans qu'il soit utile de reprendre en abrégé les observations formulées au fil de cette étude, il apparaît qu'une procédure de contestation de notation par un militaire est, en l'état du droit positif, longue, complexe et trop souvent décevante.

Mais elle est un mal nécessaire et incontournable dès lors qu'un acte aussi important que la notation annuelle occasionne injustement un grief au noté.

S'ouvre alors une longue procédure en deux temps, marquée de nombreuses étapes et échanges de conclusions.

Pour s'achever, dans la plupart des cas, par une décision ministérielle ou judiciaire de rejet⁵⁶.

A bien des égards l'on pourrait ainsi dire de la procédure de révision de notation qu'elle constitue la branche judiciaire du parcours du combattant...

⁵⁶ Et quand bien même la décision du ministre serait annulée, celui-ci ne serait tenu que d'ordonner une nouvelle procédure de notation, exempte du vice qui l'avait antérieurement entachée. Voir, pour un exemple de notation retirée par le ministre, refaite puis contestée : CE, 23 juillet 2010, n° 336687.