

**N° 455784**

**Mme A...**

**4<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> chambres réunies**

**Séance du 24 mai 2023**

**Décision du 14 juin 2023**

**M. Raphaël Chambon, rapporteur public**  
**CONCLUSIONS**

Mme A..., professeure d'économie-gestion aujourd'hui à la retraite, a été mise à disposition du Parlement européen en tant qu'experte nationale détachée du 3 décembre 2001 au 31 août 2004 puis de nouveau du 16 novembre 2006 au 15 février 2008.

Le 30 mai 2017, elle a demandé au ministre de l'éducation nationale de procéder à sa notation au titre de ces périodes de mise à disposition, Mme A... cherchant à obtenir une reconstitution de sa carrière au motif que l'absence de notation pour la période de mise à disposition en cause a ralenti sa progression, qui ne s'est effectuée qu'à l'ancienneté et non au choix.

Mme A... a demandé en vain au tribunal administratif de Nancy d'annuler la décision par laquelle le ministre a rejeté sa demande. La cour administrative d'appel de Nancy a cependant partiellement fait droit à l'appel de Mme A... en annulant le refus de notation en tant qu'il portait sur l'année 2007.

La cour, après avoir estimé que la circonstance que son administration d'origine se soit abstenue de demander au Parlement européen la communication d'un rapport sur sa manière de servir, pour regrettable qu'elle soit, était sans incidence sur la légalité de la décision refusant de procéder à sa notation, a estimé que l'administration ne disposait pas d'éléments suffisants pour porter une appréciation sur sa manière de servir pendant la première période de mise à disposition, du 3 décembre 2001 au 31 août 2004. Elle a en revanche jugé, s'agissant de la seconde période de mise à disposition, du 16 novembre 2006 au 15 février 2008, que l'attestation du 4 mars 2009 établie par le chef de division du Parlement européen était de nature à permettre au ministre de procéder à sa notation, mais seulement pour l'année 2007, la cour considérant que pour les années 2006 et 2008, Mme A... n'avait pas exercé ses fonctions pendant une durée suffisante pour permettre une appréciation de sa manière de servir.

Mme A... s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la CAA en tant qu'il lui fait grief et le ministre de l'éducation a formé un pourvoi incident contre l'arrêt en tant qu'il lui est défavorable.

Mme A... reproche en premier lieu à la cour d'avoir jugé que le TA avait pu régulièrement procéder à une substitution de motifs, en soutenant que l'administration ne le

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

lui avait pas formellement demandé d'y procéder, ainsi que l'exige votre jurisprudence B... (Section, 6 février 2004, n° 240560, au Recueil). Le ministre de l'éducation avait pourtant expressément formulé une telle demande devant le TA, le recours à la locution « en tant que de besoin » signifiant seulement que sa demande était subsidiaire, dans le cas où le TA jugerait illégal le motif initial de sa décision, selon lequel l'article 31 du décret du 4 juillet 1972 relatif au statut des professeurs certifiés n'imposait pas que les professeurs certifiés mis à disposition soient évalués chaque année.

Mme A... critique en deuxième les motifs par lesquels la CAA a jugé, en retenant le motif que le ministre lui avait proposé de substituer au motif illégal de sa décision, que l'administration ne disposait pas d'éléments suffisants pour apprécier sa manière de servir durant la première période de mise à disposition, la circonstance qu'elle ait omis de solliciter le Parlement européen étant sans incidence sur la légalité de sa décision.

Quelques rappels sur la notation des fonctionnaires s'imposent, s'agissant d'un état du droit antérieur à la suppression de l'obligation de notation et à son remplacement par l'entretien professionnel par le décret du 28 juillet 2010<sup>1</sup>.

En vertu de l'article 17 de la loi du 13 juillet 1983 dans sa version applicable au litige, « *les notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires et exprimant leur valeur professionnelle leur sont communiquées* », cet article du statut général précisant cependant que « *les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de système de notation* ». Ce principe général était décliné pour les fonctionnaires d'Etat à l'article 55 de la loi du 11 janvier 1984 confiant le pouvoir de fixer les notes et appréciations générales exprimant la valeur professionnelle des fonctionnaires au chef de service.

Le décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'Etat, applicable en vertu de son article 1<sup>er</sup> « *à tous les corps de fonctionnaires de l'Etat dotés d'un statut particulier, sauf disposition spéciale dudit statut* », précisait que le pouvoir de notation est exercé par le chef de service après avis, le cas échéant, du ou des supérieurs hiérarchiques du fonctionnaire à noter, et que les fonctionnaires sont notés par période d'une durée maximale de deux ans, des arrêtés ministériels précisant la périodicité, annuelle ou bisannuelle, de la notation.

Quid de la notation des fonctionnaires mis à disposition ?

L'article 11 du décret du 16 septembre 1985<sup>2</sup> relatif notamment à la mise à disposition des fonctionnaires d'Etat dispose, dans sa rédaction alors en vigueur, qu'un rapport sur la manière de servir du fonctionnaire mis à disposition d'une administration d'Etat, d'un EPA, d'un organisme d'intérêt général ou d'une organisation internationale intergouvernementale

---

<sup>1</sup> Décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat.

<sup>2</sup> Décret n°85-986 du 16 septembre 1985 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires de l'Etat et à certaines modalités de mise à disposition et de cessation définitive de fonctions.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

est établi par son supérieur hiérarchique au sein de l'administration d'accueil ou par le responsable de l'organisme ou de l'organisation d'accueil, ce rapport étant transmis à l'administration d'origine qui établit la notation<sup>3</sup>.

S'agissant des professeurs certifiés, le décret n°72-581 du 4 juillet 1972 fixant leur statut particulier définissait à son article 31, dans sa version applicable au litige, les conditions dans lesquelles le ministre de l'éducation attribue une note de 0 à 100 accompagnée d'une appréciation aux professeurs certifiés en position de détachement, mis à disposition ou exerçant dans un service ou établissement non placé sous l'autorité d'un recteur d'académie dans les conditions suivantes. S'agissant des personnels ne remplissant pas une fonction d'enseignement, la notation comporte une note unique de 0 à 100, arrêtée par le ministre sur proposition de l'autorité auprès de laquelle le professeur exerce ses fonctions.

On voit donc que le régime prévu par le décret du 16 septembre 1985 et celui prévu par le statut particulier des professeurs certifiés diffèrent légèrement : selon le droit commun, l'administration d'accueil du fonctionnaire mis à disposition rédige un rapport sur la manière de servir et l'adresse à l'administration d'origine chargée de noter l'agent, tandis que le statut particulier prévoit que la notation de l'agent mis à disposition n'exerçant pas de fonctions d'enseignement est arrêtée par l'administration d'origine sur proposition de l'administration d'accueil.

La cour a semblé faire une application combinée des deux textes. La question de savoir si elle a eu raison de procéder ainsi ou si, ainsi que le soutient le ministre et ainsi que nous le croyons, le statut particulier des professeurs certifiés déroge sur ce point au statut général, comme l'autorise l'article 10 de la loi du 11 janvier 1984 permettant aux statuts particuliers des corps enseignants de déroger à certaines des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer, n'est pas discutée par Mme A....

En tout état de cause la cour a considéré que la circonstance que l'administration d'origine de Mme A... n'ait pas sollicité le Parlement européen, celui-ci ne lui ayant pas spontanément transmis de rapport sur la manière de servir de l'intéressée sur sa première période de mise à disposition, était sans incidence sur la légalité du refus de la noter. En somme la cour a estimé que dès lors que l'administration d'origine ne disposait d'aucun élément pour apprécier sa manière de servir, elle pouvait légalement refuser de procéder à sa notation, peu important que cette situation lui soit en partie imputable. C'est cette façon de voir que conteste Mme A..., qui soutient que la cour a ce faisant commis une erreur de droit, son administration d'origine ne pouvant se réfugier derrière le silence du Parlement européen alors qu'elle s'était abstenue de le solliciter.

---

<sup>3</sup> La rédaction de ces dispositions a été modifiée par le décret n°2007-1542 du 26 octobre 2007 pris quelques mois avant la fin de la mise à disposition de Mme A..., qui a pour l'essentiel prévu que le rapport sur la manière de servir du fonctionnaire mis à disposition soit rédigé après un entretien individuel et transmis au fonctionnaire qui peut y porter ses observations.

La requérante fait valoir, citant plusieurs de nos prédécesseurs à ce pupitre, que la notation est à la fois une obligation pour l'administration et une garantie pour le fonctionnaire, notamment pour son avancement. Sauf dérogation prévue par les statuts particuliers, l'autorité compétente est en principe tenue d'exercer son pouvoir de notation (10/4 SSR, 22 mars 1989, C..., n°56520, aux Tables), y compris à l'égard des agents occupant l'un des emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la discrétion du Gouvernement (3/5 SSR, 10 janvier 1986, D..., n° 40935, au Recueil) et même malgré le retrait ou l'annulation rétroactifs de la décision l'affectant sur son poste dès lors qu'il l'a *de facto* occupé (Section, 2 juin 1967, *Ministre des armées c/ sieur E...*, au Recueil, n° 65726, au Recueil ; Section, 14 octobre 1977, *Ministre de la Santé c/ F...*, n° 02098, au Recueil). Cette obligation est toutefois subordonnée à la présence effective du fonctionnaire au cours de l'année en cause pendant une durée suffisante, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées, pour permettre à son chef de service d'apprécier sa valeur professionnelle (4/5 SSR, 3 septembre 2007, G..., n° 284954, aux Tables)<sup>4</sup>.

Ainsi que le résumait Rémi Keller dans ses conclusions sous cette décision, l'absence de notation doit demeurer exceptionnelle, en dehors de l'hypothèse de l'absence complète de l'intéressé. Ce principe vaut tout autant pour un agent mis à disposition qui, aux termes de l'article 41 de la loi du 11 janvier 1984 dans sa rédaction applicable au litige, demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui effectue son service dans une autre administration que la sienne<sup>5</sup>. On l'a vu, les textes en vigueur prévoient bien la notation d'un tel agent par son administration d'origine, sans qu'aucune exception ne soit prévue dans le cas d'une mise à disposition auprès d'une institution internationale, la circulaire du 26 septembre 2006 relative à la mise à disposition d'experts auprès des institutions européennes et échanges de fonctionnaires rappelant au contraire que « *pendant la durée de sa mission, l'expert national détaché continue d'être noté par son administration d'origine, conformément aux règles relatives à la mise à disposition des fonctionnaires* ».

La thèse du ministre, retenue par la cour, nous semble dans ces conditions difficile à défendre : l'administration d'origine ne peut se désintéresser de la manière de servir de l'agent mis à disposition en ne sollicitant pas l'administration d'accueil à ce sujet à défaut de transmission spontanée des informations afférentes, et ensuite invoquer ne disposer d'aucun élément pour noter l'agent pourtant réputé occuper son emploi, en rejetant qui plus est, comme le fait le ministre, la faute sur l'agent qui devrait, à le lire, obtenir lui-même de l'organisme d'accueil une proposition de notation. Il nous semble que l'administration d'origine doit à tout le moins justifier avoir fait preuve de diligences raisonnables pour obtenir des éléments lui permettant d'apprécier la valeur professionnelle de son agent. Les considérations invoquées par le ministre de l'éducation quant à la charge de travail de ses services ne sont à cet égard pas recevables, étant en outre souligné que le décret du 16

---

<sup>4</sup> Voir aussi, précédemment, des décisions jugeant impossible de noter un agent absent toute l'année au titre de laquelle portait la notation : Section, 31 janvier 1964, *Ville de Lyon c/ H...*, p. 69 ; 4/1 SSR, 5 février 1975, *Ministre de l'Education Nationale c/ I...*, n° 92802, au Recueil.

<sup>5</sup> « *hors du service où il a vocation à servir* » depuis la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

septembre 1985 prévoit que la mise à disposition ne peut intervenir qu'après la signature d'une convention passée entre l'administration gestionnaire et l'organisme d'accueil, définissant notamment les modalités d'évaluation des activités exercées par l'agent mis à disposition.

Ajoutons en outre qu'il appartient à l'administration d'origine, pour noter le fonctionnaire mis à disposition, à défaut de transmission par l'administration d'accueil d'un rapport sur sa manière de servir, de se fonder le cas échéant sur tout autre élément d'appréciation à sa disposition, ainsi que l'a jugé à bon droit la cour.

Le raisonnement de la cour nous semble devoir être censuré sur le terrain de l'erreur de droit à avoir évacué toute obligation de diligence de l'administration d'origine à l'égard de l'organisme d'accueil pour obtenir de lui les éléments nécessaires pour qu'elle remplisse à l'égard du fonctionnaire qu'elle a mis à disposition son obligation de notation. **Cela justifie la cassation partielle de l'arrêt attaqué, en tant qu'il statue sur le refus de notation au titre des années 2001 à 2004.**

Reste à examiner les moyens soulevés par Mme A... pour critiquer l'arrêt de la cour pour avoir censuré le refus de la noter au titre de la seule année 2007 alors qu'elle a exercé ses fonctions du 16 novembre 2006 au 15 février 2008 et que l'attestation établie par le chef de division du Parlement européen portait sur l'intégralité de cette période. La requérante soutient que la notation des enseignants étant effectuée par année scolaire, elle aurait dû être notée au titre de l'année scolaire 2006/2007, durant laquelle a exercé son activité professionnelle pendant 9 mois et demi, ainsi que l'année scolaire 2007/2008, durant laquelle elle a exercé pendant 5 mois et demi. Mais dès lors que Mme A... était mise à disposition du Parlement européen au sein duquel elle n'exerçait aucune fonction d'enseignement, nous ne croyons pas que son administration devait nécessairement la noter par année scolaire, étant au demeurant précisé qu'aucun texte ne paraît imposer une telle modalité de notation, Mme A... ne contestant en revanche pas que la durée d'exercice de ses fonctions durant les années civiles 2006 et 2008 fût insuffisante pour apprécier sa manière de servir au titre de chacune de ces deux années. **Vous rejetez donc ses conclusions dirigées contre l'arrêt en tant qu'il statue sur le refus de la noter au titre de ces deux années.**

Il nous reste à vous entretenir maintenant du **pourvoi incident du ministre**.

**Sa recevabilité n'a rien d'évident.** Pour en décider, il faut déterminer si ce pourvoi soulève un litige distinct de celui qui fait l'objet du pourvoi principal (5/3 SSR, 21 octobre 1992, *Société Setec-Travaux Publics*, n° 115355, aux Tables ; 8/9 SSR, 20 mars 1996, *Ministre du budget c/ J...*, n° 139844, aux Tables), la notion étant appréhendée en cassation comme en appel. Votre approche en la matière est très casuistique, particulièrement en excès de pouvoir, matière se prêtant structurellement peu au recours incident, Aurélie Bretonneau ayant à ce pupitre qualifié votre jurisprudence en ce domaine de « famélique et versatile ». Alors que la notion de litige distinct est généralement rapprochée de celle de divisibilité, elle ne s'y résume pas, sauf à interdire tout recours incident dès lors que le juge a prononcé une annulation partielle, le recours incident soulevant alors nécessairement un litige distinct. Ainsi

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

que le résumait Anne Courrèges à ce pupitre<sup>6</sup>, vous raisonnez davantage en termes d'indivisibilité logique ou pratique que strictement juridique. Vous avez ainsi retenu une forme d'indivisibilité fonctionnelle s'agissant du refus d'attribuer la prime de service aux agents contractuels d'un établissement de santé et reposant sur un motif unique tiré de l'absence de droits résultant d'un arrêté interministériel, qui avait été annulé pour une catégorie d'agents seulement et ainsi admis l'appel incident de l'établissement (1/6 SSR, 11 novembre 2016, *Centre hospitalier universitaire de Nantes*, n° 321192, aux Tables), pour une même décision autorisant le licenciement de 31 salariés, l'appel principal se rapportant au licenciement de 15 salariés et l'appel incident au licenciement des 16 autres salariés (4/1 SSR, 6 février 1981, *Ministre du travail c/ Syndicats CGT et CFDT de l'entreprise Mure*, n°18031, au Recueil), ou encore pour un même permis autorisant la réalisation de deux constructions (une chapelle et une sacristie), l'appel principal et l'appel incident étant relatif à chacune de ces constructions (Assemblée, 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, n°55283, au Recueil). Inversement, vous avez considéré que le pourvoi incident d'un administré contre le jugement rejetant sa demande d'annulation du refus d'une commune de lui communiquer des documents administratifs soulevait un litige distinct de celui soulevé par le pourvoi de l'administration contre le jugement en tant qu'il annulait son refus de communiquer d'autres documents (10/9 CHR, 11 juillet 2016, *Commune de La Crau*, n° 381016, aux Tables), rappelant ainsi que l'identité d'acte ne garantit pas l'identité de litige (3/5 SSR, 18 novembre 1998, *Région Ile-de-France*, n° 172320, au Recueil, jugeant irrecevable l'appel incident d'un contribuable régional contre le jugement n'ayant que partiellement fait droit à sa demande d'annulation de la décision du conseil régional d'attribuer des subventions à des lycées privés, l'appel principal de la région contestant le jugement en tant qu'il lui était défavorable).

Ce rapide panorama ne nous paraît pas dessiner un tableau très clair susceptible de déterminer aisément la solution à apporter en l'espèce. Il nous semble néanmoins que la recevabilité du pourvoi incident, qui conteste l'annulation du refus de notation pour l'année 2007, doit être admise, dès lors que le pourvoi principal porte notamment sur le refus de notation pour les années 2006 et 2008, au titre de la même période de mise à disposition allant du 16 novembre 2006 au 15 février 2008. Il s'agit bien du refus opposé à une même demande, portant sur une même situation juridique.

Et si, dans l'hypothèse où vous faites droit au pourvoi principal en annulant entièrement la décision qui vous est déférée, vous jugez désormais que le pourvoi incident est privé d'objet (5/4 SSR, 6 février 2013, *Centre hospitalier de Châteauroux*, n° 344188, aux Tables<sup>7</sup>), dès lors que vous ne prononcerez qu'une cassation partielle de l'arrêt attaqué, le pourvoi incident du ministre conserve un objet.

Bien qu'il soulève un unique moyen qui nous paraît fondé, vous le rejetterez. Certes, ainsi que le ministre le soutient en effet, il nous semble qu'était seul applicable à la situation

---

<sup>6</sup> Conclusions sur : CE, 16 novembre 2009, Centre hospitalier universitaire de Nantes, n° 321192, aux Tables.

<sup>7</sup> Qui abandonne la jurisprudence antérieure qui retenait une solution de rejet : 10/7 SSR, 25 janvier 1995, *Ministre de l'équipement, du logement et des transports c/ Commune de Simiane-Collongue*, n° 132877, au Recueil).

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

de Mme A... l'article 31 du décret du 4 juillet 1972 exigeant de l'administration d'accueil la transmission d'une proposition de notation et non l'article 11 du décret du 16 septembre 1985 exigeant d'elle la communication d'un rapport sur la manière de servir, alors que la cour a cité les deux dispositions. Vous pourrez toutefois procéder à une substitution de motifs en cassation pour redresser cette erreur de droit dans la détermination de la base légale de la décision du ministre. En effet, en procédant ainsi, vous ne vous fondez pas sur un moyen nouveau en cassation et vous ne porterez aucune appréciation de fait dès lors que la cour a elle-même considéré que le ministre de l'éducation disposait d'éléments suffisants pour noter Mme A... au titre de l'année 2017 dès lors qu'il avait reçu communication d'une attestation du chef de division du Parlement européen dans laquelle il décrivait ses missions et portait une appréciation sur sa manière de servir durant cette période. La thèse du ministre selon laquelle en l'absence de proposition formelle de notation le ministre ne peut procéder à la notation de l'agent mis à disposition ne peut à nos yeux être suivie. Il nous semble en effet qu'il convient de faire une application réaliste des textes applicables : dès lors que le ministre de l'éducation obtient de l'organisme d'accueil d'un enseignant mis à disposition des éléments suffisants pour lui permettre de porter une appréciation sur sa manière de servir, même s'il ne s'agit pas d'une proposition de notation en bonne et due forme, il lui appartient de procéder à la notation de cet agent.

#### PCMNC

- A l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette ses conclusions tendant à l'annulation du jugement du TA de Nancy rejetant sa demande d'annulation du refus de la noter au titre de sa mise à disposition du 3 décembre 2001 au 31 août 2004 ;
- Au rejet du surplus des conclusions du pourvoi de Mme A... ;
- Au rejet du pourvoi incident du ministre ;
- Au renvoi de l'affaire à la CAA de Nancy, dans la mesure de la cassation ainsi prononcée
- A ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement de la somme de 3 000 euros à Mme A... au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*