

Licenciement d'agent public et fidélité à l'ordre constitutionnel : un sympathisant d'extrême-droite ne peut être éducateur pour enfants¹

Gabriel LIVNEY, Etudiant, Sciences Po Paris.

Un éducateur pour enfant, salarié de droit privé d'un organisme public, est soumis à des obligations renforcées en termes de loyalisme, similaires à celles que la Loi fondamentale exige des fonctionnaires titulaires. Sur ce fondement, il peut être licencié en raison de sa proximité avérée avec un parti politique qui, bien que n'étant pas interdit, poursuit des objectifs jugés hostiles à la Loi fondamentale.

A kindergarten teacher, employed under a private contract by a public school, has a reinforced loyalty obligation similar to the obligation applicable to public officers pursuant to the German Constitution. Accordingly, he can be dismissed based upon his proven proximity to a political party which, even if not forbidden, has goals considered hostile to the Constitution.

¹ [Commentaire de la décision du Tribunal du travail de Mannheim, 19 mai 2015, 7 Ca 254/14.](#)

L'article 33 alinéa 2 de la Loi fondamentale dispose que « *tous les Allemands ont un droit d'accès égal à toutes fonctions publiques, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leurs capacités professionnelles* »². Cette disposition est similaire à celle qu'énonce en France l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen³, mais elle est suivie d'un alinéa qui introduit une distinction majeure entre les droits allemands et français de la fonction publique. En effet, selon l'article 33 alinéa 4 LF, « *l'exercice de pouvoirs de puissance publique à titre permanent doit être confié en règle générale à des membres de la fonction publique placés dans un rapport de service et de fidélité de droit public* ».

En apparence, cette exigence de fidélité n'est pas une particularité du droit allemand. En effet, la notion de loyalisme, c'est-à-dire « *le lien de fidélité et d'obéissance absolue qui peut exister entre l'agent public et l'Etat, ou celui qui l'incarne* »⁴, n'est pas totalement étrangère au droit français. Mais les manquements à ce principe, qui implique la fidélité non pas à une personne, ni même à une politique, mais aux institutions républicaines, s'ils ont pu être sanctionnés⁵, le sont aujourd'hui rarement, et le principe lui-même, hormis quelques exceptions spécifiques à certains emplois⁶, n'est pas formellement consacré par les textes.

L'arrêt rapporté illustre les conditions dans lesquelles les agents publics peuvent, outre-Rhin, être licenciés en raison de leurs activités politiques et jette un éclairage particulier sur cette notion juridique et, en particulier, sur l'interprétation qu'en a donnée la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe.

En l'espèce, le requérant est un éducateur chargé de jeunes enfants de 6 à 14 ans, salarié de droit privé d'un jardin d'enfants public. Il a fait l'objet d'un licenciement exceptionnel, c'est-à-dire sans préavis, en raison de sa proximité avec les milieux d'extrême-droite.

L'affaire est jugée par un tribunal du travail (*Arbeitsgericht*) et non par un tribunal administratif (*Verwaltungsgericht*). En effet, l'agent, bien qu'il soit employé par un établissement de droit public, n'est pas fonctionnaire, mais salarié contractuel de droit privé, ce qui exclut la compétence de l'ordre administratif au profit des juridictions du travail⁷. En droit français, la solution aurait été différente dans la mesure où un agent contractuel employé par un service public administratif relève du droit administratif et de la compétence du juge administratif⁸. Il n'en reste pas

² [Traduction de la Loi Fondamentale réalisée sous l'autorité du Bundestag par les Professeurs Christian Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe et Olivier Jouanjan.](#)

³ « Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

⁴ O. DORD, *Droit de la fonction publique*, Paris, PUF, Thémis-Droit, 2012.

⁵ CE, 5 novembre 1952, *Vrecond* : sanction d'un directeur d'école ayant refusé de prendre part à la commémoration de l'armistice de la première guerre mondiale.

⁶ [Art. L. 4111-1 du Code de la Défense](#) pour les militaires.

⁷ Rappelons que le système juridictionnel allemand comporte cinq ordres de juridiction : les juridictions judiciaires (civile et pénale), administrative, du travail, sociale, et financière.

⁸ [TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône, dite « affaire Berkani », n° 03000.](#)

moins que la juridiction allemande du travail, applique, en l'espèce, des principes de droit administratif.

Pour la juridiction compétente en l'espèce, c'est l'absence de fidélité à l'ordre constitutionnel dont fait preuve, par ses activités politiques, le salarié, qui constitue un motif personnel justifiant son licenciement⁹; la condition en est cependant que cet élément conduise à priver ce salarié des qualités nécessaires à l'accomplissement de son travail. En effet, si l'engagement politique privé d'une personne relève en principe de sa liberté d'expression¹⁰ et de sa liberté de s'engager dans un parti politique¹¹, porter atteinte à ces libertés en licenciant un salarié en raison de son engagement au sein d'une organisation politique ne peut être justifié que si l'organisation en cause est hostile à la Loi fondamentale et si cet engagement politique affecte concrètement le travail de l'agent public, en fonction des prérogatives publiques qui lui sont confiées, des obligations tenant à son comportement, et de son domaine d'activité.

Le tribunal fait ainsi application de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe, et plus particulièrement de la décision rendue par sa seconde chambre le 22 mai 1975¹².

Dans cette affaire, la Cour interprète l'obligation de fidélité évoquée par l'article 33 alinéa 5 LF comme une obligation particulière de fidélité politique s'imposant à tout agent public à l'égard de l'Etat et de sa constitution (*eine besondere politische Treuepflicht gegenüber dem Staat und seiner Verfassung*). Si la constitution garantit à tout citoyen le droit de combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique par des moyens légaux au sein d'un parti non-interdit, elle exige en revanche des agents publics qu'ils respectent cet ordre constitutionnel¹³. Cette exigence est l'une des manifestations de la volonté de faire de l'Allemagne, dès 1949, une « démocratie apte à se défendre », une *wehrhafte Demokratie*.

Ce devoir de fidélité, précise la Cour, consiste pour tout agent public à approuver l'Etat et l'ordre constitutionnel en vigueur, non seulement verbalement mais également, dans le cadre de ses activités professionnelles, en respectant et concrétisant les obligations constitutionnelles et légales en vigueur et en exerçant ses fonctions à l'aune de ces obligations. L'exigence de fidélité politique suppose, de la part de l'agent public, davantage qu'une simple attitude formelle de respect de l'Etat et de sa constitution : elle exige au contraire de l'agent qu'il se distancie sans équivoque des groupes et mouvements qui attaquent, combattent et diffament cet Etat, ses organes constitutionnels et l'ordre constitutionnel en vigueur. Il est attendu de lui qu'il reconnaisse à cet Etat et à sa constitution une valeur positive élevée, en faveur de laquelle il s'engage, en particulier dans les situations de crises où l'Etat doit pouvoir compter sur le soutien de ses fonctionnaires. Ainsi, les fonctionnaires

⁹ [§ 1 Abs. 2 S.1 Alt. 2 KSchG \(Kündigungsschutzgesetz\)](#).

¹⁰ Art. 5 Abs. 1 GG.

¹¹ Art. 21 Abs. 1 GG.

¹² [BVerfGE 39, 334 - 2 BvL 13/73, 22 mai 1975](#).

¹³ [Tribunal administratif d'Ansbach, 11 mars 2015, AN 11 K 14.00127](#).

allemands, lors de leur titularisation, font-ils serment de respecter la Loi fondamentale et l'ensemble des lois allemandes¹⁴.

Cette obligation doit être respectée à chaque étape de la carrière du fonctionnaire. Elle est par exemple concrétisée par des dispositions de la loi portant statut des fonctionnaires fédéraux¹⁵, comme de la loi sur les militaires¹⁶, qui reprennent cette exigence et en font l'une des conditions de recrutement des agents publics. Ces dispositions justifient ainsi le licenciement d'un militaire proche de la mouvance salafiste¹⁷ ou d'un autre militaire ayant dissimulé, lors de son engagement, son appartenance passée au parti d'extrême-droite NPD¹⁸. Dans cette dernière hypothèse, la jurisprudence administrative précise, conformément aux principes dégagés par la Cour administrative fédérale¹⁹ et par la Cour de Karlsruhe²⁰, que bien que le NPD ne soit pas un parti interdit au sens de la Loi fondamentale²¹, les objectifs qu'il poursuit ne sont pas compatibles avec l'ordre constitutionnel libéral et démocratique.

Les juges de Karlsruhe précisent en outre que cette obligation de loyauté s'applique également aux agents publics non-fonctionnaires, lesquels peuvent, comme tout agent public, faire l'objet d'un licenciement sans préavis s'ils portent une atteinte grave à cette obligation. Il est néanmoins précisé que les agents non-fonctionnaires sont soumis à une obligation de loyauté d'un degré moins élevé que celle pesant sur les fonctionnaires titulaires²².

La décision du tribunal du travail de Mannheim permet notamment d'éclairer le processus d'appréciation du degré de fidélité exigé de chaque agent public : le tribunal précise en effet que celui-ci est déterminé pour chaque salarié par sa position, ses fonctions, les nécessités de son service et doit consister au minimum en une absence de volonté d'éliminer, d'outrager ou de dénigrer l'Etat, la constitution ou leurs organes.

Appliquant ces principes, le tribunal constate que la fonction d'éducateur exige un degré élevé de fidélité à l'ordre constitutionnel, proche de ce qui est exigé des fonctionnaires, et que cette condition n'est pas remplie si des éléments concrets liés à aux activités du requérant, au sein comme en dehors de son emploi, révèlent que celui-ci est actif auprès d'organisations hostiles à la constitution, activités qui le privent d'une qualité essentielle à l'exercice de ses fonctions d'éducateur. Les juges se livrent ensuite à une analyse minutieuse des éléments de fait les plus divers

¹⁴ [§ 64 Bundesbeamtenengesetz](#) concernant les fonctionnaires fédéraux.

¹⁵ [§ 7 Abs. 1 S. 2 Bundesbeamtenengesetz](#).

¹⁶ [§ 37 Abs. 1 Nr. 2 und § 8 Soldatengesetz](#).

¹⁷ [Tribunal administratif d'Aix-la-Chapelle, 26 février 2015, 1 K 1395/14](#), confirmé par : [Cour administrative d'appel du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, 13 mai 2015, 1 A 807/15](#).

¹⁸ [Tribunal administratif d'Ansbach, 11 mars 2015, AN 11 K 14.00127](#).

¹⁹ [BVerwGE, 83, 136, 20 mai 1983](#).

²⁰ [BVerfGE 39, 334 - 2 BvL 13/73, 22 mai 1975](#), Nr.8.

²¹ Art. 21 al. 2 LF ; une procédure d'interdiction est actuellement en cours devant la Cour constitutionnelle fédérale ([BVerfG, 22 BvB 1/13](#)).

²² [BVerfGE 39, 334 - 2 BvL 13/73, 22 mai 1975](#), Nr. 7.

relatifs au comportement concret du requérant, y compris sur son lieu de travail²³, pour confirmer que celui-ci poursuit publiquement une idéologie d'extrême-droite sans distinguer suffisamment ses activités privées de ses activités professionnelles, ce dont le tribunal déduit l'absence d'une qualité essentielle à l'exercice de ses fonctions d'éducateur. Il pouvait donc, de ce fait être licencié sans préavis.

La question s'est posée de la compatibilité de tels licenciements « politiques » au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En effet, l'Allemagne a fait l'objet en 1995 d'une condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme pour avoir procédé, sur le fondement des mêmes dispositions, au licenciement d'une enseignante en raison de ses activités politiques au sein du Parti communiste allemand, en méconnaissance des articles 10 et 11 de la Convention²⁴. La Cour a relevé que, si un Etat démocratique – et a fortiori l'Allemagne, compte-tenu de son histoire – peut exiger de ses fonctionnaires une certaine loyauté envers la constitution, cette exigence est, dans la forme qu'elle prend en Allemagne, particulièrement sévère, en raison de la gravité des conséquences d'une révocation pour la fonctionnaire, et ce alors même que son travail était unanimement approuvé. Les juges de Strasbourg estiment donc que le nécessaire équilibre entre le droit fondamental de l'individu à la liberté d'expression et l'intérêt légitime d'un Etat démocratique n'a, en l'espèce, pas été respecté.

La Convention n'interdit donc pas à l'Allemagne d'exiger de ses agents publics qu'ils fassent preuve de fidélité politique, mais elle soumet les licenciements qui découleraient de la violation de cette obligation à une stricte exigence de proportionnalité.

Cette espèce illustre ainsi la question, aujourd'hui inévitable, de la place, au travail, des opinions, des convictions, des croyances, de l'employé, dans le contexte particulier, en l'occurrence, de l'accomplissement du service public. La solution allemande peut surprendre le juriste français en se fondant sur une exigence située à mi-chemin entre le loyalisme à l'égard des institutions républicaines – que le droit français de la fonction publique connaît – et le loyalisme à l'égard de convictions politiques déterminées, ou plutôt, en l'espèce, à l'encontre de convictions politiques déterminées – l'idéologie néo-nazie ou, par le passé, l'idéologie communiste²⁵. Si les droits fondamentaux et la jurisprudence de la CEDH s'opposent à une interprétation extensive de cette exigence – *rationae personae* et *rationae materiae* – son existence témoigne néanmoins d'une certaine « subjectivité » de l'ordre

²³ Participation à des manifestations du NPD, « amitié » via Facebook avec des élus membres du NPD, absence de preuve qu'il n'en est pas membre lui-même, écoute de chaînes de radios de propagande néo-nazies, présence sur son compte Facebook de l'image d'une scène d'affrontement violente et sanglante reproduite avec des jouets appartenant au jardin d'enfants qui l'emploie, déclaration faisant référence à l'extrême-droite et adressée, à propos d'un enfant, à l'une de ses collègues, adhésion à un club de supporters violents, port de vêtements d'une marque néonazie, présence d'une batte de baseball dans son casier sur son lieu de travail.

²⁴ [CEDH, Vogt c. Allemagne, n° 17851/91, 26 septembre 1995.](#)

²⁵ Selon une typologie dressée par Olivier Dord dans son manuel de *Droit de la fonction publique* (voir supra.) et empruntée à Robert Catherine (*Le fonctionnaire français*, Sirey, p. 130).

constitutionnel allemand, du choix délibéré et nécessaire d'y fixer une direction politique – l'ordre constitutionnel libéral et démocratique – et économique – l'économie sociale de marché – éléments de la construction d'une « démocratie apte à se défendre » ayant permis à l'Allemagne de se reconstruire.

En France, une telle jurisprudence se heurterait à la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a affirmé très tôt l'illégalité du refus de laisser un candidat prendre part à un concours de la fonction publique en raison de ses opinions politiques²⁶. L'exigence d'un serment de la part de l'ensemble des fonctionnaires – envers le chef de l'Etat et non, comme en Allemagne, envers les institutions républicaines – demeure associée au régime de Vichy. C'est plutôt sur le terrain de l'exigence de neutralité en matière religieuse que le droit français se trouverait plus contraignant, qu'il s'agisse des agents publics²⁷ ou des salariés de droit privé, le juge français du travail lui-même admettant le licenciement pour motif personnel d'une salariée d'un service public assuré par une personne privée en raison du port d'un signe religieux au motif que le principe de laïcité du service public s'applique à toute personne qui y participe quels que soient son statut et celui de l'organisme qui l'emploie²⁸.

²⁶ [CE Ass., *Barel et autres*, 28 mai 1954.](#)

²⁷ [CE Avis, *Demoiselle Marteaux*, 3 mai 2000, n° 217017.](#)

²⁸ [Cass., Soc., *CPAM de Seine Saint-Denis*, 19 mars 2013, n° 12-11.690.](#)