

Modalités de transfert du contrat de directeur dans le cadre de l'application de la loi NOTRe

I – Problématique

1. La loi du 7 août 2015, dite loi « NOTRe », prévoit que « *la promotion du tourisme dont la création d'office de tourisme* » devienne au 1er janvier 2017 une compétence exercée de plein droit par les établissements publics de coopération intercommunale (ci-après « EPCI ») (hors métropoles du Grand Paris et Aix-Marseille-Provence) en lieu et place des communes membres (articles L.5214-16, L.5216-5, L.5215-20, L.5217-2 du CGCT).
A noter que, suite aux annonces gouvernementales du 20 janvier 2016 d'André Vallini, secrétaire d'Etat chargé de la réforme territoriale, ce transfert obligatoire aux EPCI fera l'objet d'exceptions pour les communes stations classées de tourisme¹ qui le souhaiteraient et, sous certaines conditions, pour celles disposant de « marques territoriales protégées »² (attente d'une prochaine circulaire précisant la notion). Pour cela, une prochaine modification législative de la loi NOTRe est attendue en ce sens à l'horizon 2017. A ce jour, aucune modalité n'est encore connue.
2. A l'heure actuelle, près de 60% des offices de tourisme sont déjà gérés au niveau communautaire, voire intercommunautaire. Dans cette configuration, la question du transfert du contrat de directeur ne se pose pas, sauf hypothèse de fusion.
3. En revanche, de nombreux Offices de Tourisme sont encore gérés au niveau communal. Or, comme indiqué précédemment, cette gestion doit désormais être confiée aux EPCI.
4. Quel que soit le schéma de restructuration retenu (fusion-création, fusion-absorption, etc.), il convient de s'interroger à cette occasion sur le sort du contrat du directeur de l'Office de Tourisme.

¹ Extrait discours André VALLINI du 20 janvier 2016 devant le Conseil National de la Montagne : « *C'est pourquoi nous allons travailler à une disposition, qui sera d'ordre législatif, qui précisera la loi NOTRe en prévoyant explicitement la possibilité de maintenir des offices municipaux dans les stations classées concernées. Il s'agira donc d'introduire, dans un véhicule législatif adapté une dérogation spécifique au transfert de la compétence promotion du tourisme dont la création d'offices du tourisme effectué par l'article 68 de la loi NOTRe. Elle prévoira que les communes touristiques érigées en station classée de tourisme pourront conserver leur office de tourisme communal institué avant la publication de la loi NOTRe. De cette manière, les enjeux spécifiques de ces territoires seront pris en compte.* »

² Extrait discours André VALLINI du 20 janvier 2016 devant le Conseil national de la Montagne : « *La reconnaissance de la marque territoriale protégée (MTP) sera subordonnée au dépôt d'un dossier à l'INPI qui sera en charge de l'instruction de cette demande. La procédure sera rendue publique par circulaire, afin que les élus locaux concernés puissent s'en saisir en toute connaissance de cause* ».

5. Si ces restructurations devront être étudiées au cas par cas, et bien que le statut juridique des nouveaux Offices de Tourisme communautaires demeure au libre choix de la collectivité (article L133-2 du Code du tourisme) entre l'association, l'EPIC, etc..., les opérations de transformation de l'office de tourisme communal géré sous forme d'association en office de tourisme communautaire géré sous forme d'EPIC pourraient se multiplier.
6. Dans cette hypothèse, les modalités particulières de transfert du contrat de travail du directeur doivent être rappelées.

II – Sur l'obligation de transférer le contrat de travail du directeur de l'Office de Tourisme

7. L'article R.133-11 du code du tourisme prévoit que le directeur de l'Office de Tourisme est recruté par contrat. Ce « *contrat est conclu pour une durée maximale de trois ans, renouvelable par reconduction expresse dans la durée maximale de six ans. [...] Si, à l'issue de cette durée, le contrat est reconduit, il ne peut l'être que pour une durée indéterminée et par décision expresse prise dans les conditions fixées à l'article L. 133-6. Le contrat peut être résilié sans préavis ni indemnité pendant les trois premiers mois d'exercice de la fonction* ».
8. Ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le contrat de directeur soit transféré en cas de changement affectant la structure porteuse de l'Office de Tourisme.
9. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une première embauche et les dispositions de l'article R.133-11 du code du tourisme n'ont pas vocation à s'appliquer.

→ Sur les dispositions applicables

10. En cas de transformation d'une structure de droit privé en EPIC, le personnel de la structure de droit privé est transféré à l'EPIC selon les règles de droit privé dans la mesure où les salariés d'un EPIC sont soumis au régime de droit privé.
11. Il en va différemment concernant le contrat de directeur de l'Office de Tourisme puisqu'il ressort d'une jurisprudence bien établie que le directeur d'un EPIC est un agent de droit public relevant du droit public (CE, 8 mars 1957, Jalenques de Labeau ; TC, 15 novembre 2014, n°C3425).
12. Ainsi, le transfert du contrat du directeur peut soulever une difficulté particulière, celui-ci étant désormais placé, sous réserve de l'appréciation souveraine du juge administratif, dans la situation des désormais **agents contractuels de la fonction publique territoriale** (et non plus agents non titulaires de la fonction publique territoriale) et soumis aux décrets n°88-145 du 15 février 1988 et n°2015-1912 du 29 décembre 2015, et non dans une situation de droit privé (réponses ministérielles n°26440, 35615 et 38454, JO Assemblée nationale du 25 novembre 2014 p. 9818 ; Réponse ministérielle n°12841, JO Sénat du 5 février 2015, p. 255).
13. Concernant le transfert de personnel, l'article L.1224-1 du code du travail prévoit que :
« **Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise** ».
14. L'article L.1224-3 du code du travail dispose que :
« **Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires.**
Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contrares, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération.
En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat ».
15. Un Office de Tourisme est une entité économique (CAA Marseille, 22 avril 2008, n°06MA00520).

16. Ainsi, en application des dispositions qui précèdent, en cas de transfert d'un Office de Tourisme porté par une structure privée à un Office de Tourisme sous forme d'EPIC, tous les contrats de travail doivent être transférés (TC, 15 mars 1999, n°03097). Ces contrats de travail resteront des contrats de travail de droit privé, sauf pour le directeur de l'EPIC qui devra conclure un contrat de travail de droit public.
17. Si le directeur de l'Office de Tourisme bénéficie au sein de la structure de droit privé d'un contrat à durée indéterminée (ci-après « CDI »), alors il doit également bénéficier d'un CDI au sein de l'EPIC.
18. En ce sens, il a déjà été jugé que :
- « le conseil communautaire de la CAOEB a, par délibération n° 2001-158 du 20 décembre 2001, créé la régie des transports urbains de la communauté d'agglomération de l'ouest de l'étang de Berre ; qu'il est constant que **cette régie avait notamment pour objet de reprendre intégralement l'activité du service public des transports en commun auparavant assumé par la société d'économie mixte SEMOVI en vertu d'une délégation de service public** ; que le conseil communautaire a, d'une part, décidé, par délibération n° 2002-123 du 6 décembre 2002, que **«s'agissant du transfert d'une entité économique, l'ensemble des contrats des personnes salariées subsisteront conformément à l'article L.122-12 alinéa 2 du code du travail. Les personnes ainsi transférées à la régie sont : (...) M. X, directeur d'établissement.** » ; que **le conseil communautaire a, d'autre part, créé, par délibération n° 2002-124 également du 6 décembre 2002, l'emploi de directeur de la régie des transports urbains en précisant qu'il donne un avis favorable au recrutement de M. X, « actuel directeur d'établissement à la SEMOVI » ; qu'ainsi, alors même que le contrat conclu le 3 janvier 2003 par le président de la CAOEB et M. X ne se réfère pas lui-même aux dispositions de l'article L.122-12 du code du travail, il doit être regardé, dès lors qu'il se réfère notamment à la délibération n° 2002-124 mentionnée ci-dessus, comme pris pour l'exécution des délibérations du 6 décembre 2002 et, par suite, comme ayant entendu opérer, sur le fondement de l'article L.122-12 précité, le transfert du contrat précédemment détenu par M. X en qualité de directeur de la SEMOVI ; Considérant qu'il résulte de la délibération n° 2002-124 elle-même que la conclusion d'un nouveau contrat était regardée comme nécessaire par le conseil communautaire en raison de la qualité d'agent public qui allait être celle de M. X, dès lors qu'il dirige l'ensemble du service public industriel et commercial des transports en commun de la communauté d'agglomération ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les clauses du nouveau contrat seraient substantiellement différentes de celles du contrat détenu initialement par l'intéressé, ni que certaines de ces clause seraient incompatibles avec une disposition législative ou réglementaire applicable audit contrat ; que par suite, la CAOEB pouvait légalement conclure avec M. X, en application des dispositions de l'article L.122-12 du code du travail, un contrat à durée indéterminée dès lors qu'il est constant que le contrat dont l'intéressé était titulaire antérieurement était lui-même un contrat à durée indéterminée » (CAA Marseille, 22 avril 2008, n°06MA00520).***
19. L'article R.133-11 du Code du tourisme ne saurait faire obstacle à ce qu'il soit proposé au directeur un CDI de droit public en cas de transformation du statut de l'Office de Tourisme. En effet, comme indiqué précédemment les dispositions de l'article R.133-11 du Code du tourisme concernant le recrutement du directeur de l'Office de Tourisme ne sauraient être applicables dans une telle hypothèse, dans la mesure où il ne s'agit pas ici d'une première embauche.
20. Ainsi, il ressort de ces dispositions que **le passage d'un CDI de droit privé en CDD de droit public qui serait fondé sur les dispositions de l'article R.133-11 du Code du tourisme est illégal (TA Bastia, 17 septembre 2015, n°1500465). Ce jugement a été confirmé par le Conseil d'Etat en mars 2016.**

III – Sur le contenu du contrat transféré

21. Dans le cadre de ce transfert, les clauses substantielles du contrat de droit privé doivent être maintenues.
22. Ainsi, est illégal le fait de prévoir une période d'essai dans le cadre du contrat de droit public alors que l'agent bénéficiait d'un CDI (voir en ce sens l'article 4 du décret du 15 février 1988 précité, récemment modifié ; TA Bastia, 17 septembre 2015, précité).
23. Les clauses substantielles du CDI de droit privé doivent être reprises au sein du CDI de droit public proposé par l'EPIC (caractère indéterminé du contrat, ancienneté, etc.).
24. Concernant la rémunération du directeur, « il appartient à l'autorité administrative de fixer sa rémunération en tenant compte des fonctions qu'il exerce, de sa qualification, de son ancienneté et de la rémunération des agents titulaires exerçant des fonctions analogues » (CE, avis 30 mai 2007 ; CE, 25 juillet 2013, n° 355804). La rémunération antérieure ne saurait être reprise que si elle n'excède pas manifestement la rémunération des agents ayant une qualification équivalente et occupant des fonctions analogues (CE, avis 30 mai 2007).

25. Ainsi, doivent notamment être repris au sein du contrat de travail, les dispositions relatives :
- au caractère indéterminé du contrat, s'il s'agit de reprendre un CDI ;
 - à l'ancienneté ;
 - à la rémunération dans les conditions compatibles avec les règles applicables à la fonction publique ;
 - à la quotité du temps de travail.
26. Concernant la fonction de directeur de l'office de tourisme, l'installation dans un poste identique, suivant la même fiche de poste, au sein de l'EPIC n'est pas assurée du fait de la réorganisation et ne saurait être obligatoire.
27. Cependant, un emploi équivalent doit être proposé au salarié concerné. Il s'agit nécessairement d'un poste sinon de directeur, du moins de direction correspondant au statut et à la qualification professionnelle du salarié.
28. En cas de refus du salarié d'accepter le contrat de droit public proposé et les modifications de sa situation contractuelle qui peuvent y être liées, son contrat prend fin de plein droit, à charge pour l'office de tourisme sous forme d'EPIC d'appliquer les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par le contrat.

IV – Sur les fonctions occupées par le directeur de l'Office de Tourisme associatif au sein de l'Office de Tourisme constitué en EPIC

29. Comme indiqué précédemment, la loi du 7 août 2015 dite loi NOTRe prévoit le transfert obligatoire aux EPCI de la promotion du tourisme dont la création d'offices de tourisme (hors communes stations classées de tourisme ou éventuelles « marques territoriales protégées »).
30. Ainsi, l'article L.134-2 du code du tourisme (avant modification annoncée en 2017) prévoit que :
« Les communautés de communes et les communautés d'agglomération exercent de plein droit, en lieu et place des communes membres, la compétence en matière de promotion du tourisme, dont la création d'Offices de Tourisme, au sens du 2° du I de l'article L. 5214-16 et du 1° du I de l'article L. 5216-5 du code général des collectivités territoriales. A l'occasion du transfert de cette compétence aux communautés de communes et aux communautés d'agglomération, les Offices de Tourisme des communes touristiques et des stations classées de tourisme sont transformés en bureaux d'information de l'Office de Tourisme intercommunal, sauf lorsqu'ils deviennent le siège de cet office. L'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre peut cependant décider, au plus tard trois mois avant l'entrée en vigueur du transfert de la compétence, de maintenir des Offices de Tourisme distincts pour des stations classées de tourisme, en définissant les modalités de mutualisation des moyens et des ressources des Offices de Tourisme intercommunaux existant sur son territoire ».
31. En principe, le territoire de chaque EPCI ne pourra comporter qu'un seul Office de Tourisme intercommunal. Il existe néanmoins des exceptions (communes stations classées de tourisme et « marques territoriales protégées »).
32. Les anciens Offices de Tourisme seront transformés dans ce cadre en bureaux d'information touristique rattachés au nouvel Office de Tourisme communautaire.
33. Il est possible que, dans le cadre du transfert de la compétence « *promotion du tourisme dont la création d'offices de tourisme* » à l'EPCI, un ou plusieurs contrats de directeurs soi(en)t transféré(s) au nouvel office de tourisme intercommunal (quelle que soit la forme juridique).
34. En toute hypothèse, le nouvel Office de Tourisme sous forme d'EPIC notamment, demeure libre de pourvoir le poste de directeur suivant les règles prescrites par le code du tourisme.
35. Conformément aux dispositions de l'article L.133-6 du code du tourisme, le directeur sera nommé par délibération du comité de direction sur proposition du président.
36. Si la reprise du ou des contrat(s) de directeur au sein du nouvel Office de Tourisme est obligatoire, **aucune disposition n'impose de nommer le ou les intéressé(s) dans les fonctions de directeur du nouvel Office de Tourisme.**

37. Cela est particulièrement prégnant dans l'hypothèse du transfert de plusieurs contrats de directeur qui suppose sinon une concurrence, du moins un arbitrage dans l'attribution du poste de directeur. Cependant, en l'absence de droit acquis au maintien dans la fonction de directeur, le choix peut tout aussi bien se porter sur un tiers.
38. **Dans ce cadre, le nouvel Office de Tourisme a l'obligation de proposer aux directeurs d'Offices de Tourisme communaux un nouveau poste, conforme à leur statut.** Par exemple, outre le poste de directeur, il pourrait s'agir de la direction des bureaux d'information touristique, d'une direction adjointe, d'une direction de la communication, etc. Des mesures de reclassement pourraient ainsi être mises en œuvre en fonction du contexte.
39. **L'obligation principale de l'Office de Tourisme sous forme d'EPIC consiste donc à proposer un poste de direction tenant compte des compétences du personnel repris, sans qu'il s'agisse nécessairement du poste de directeur.**