

Le sort du contrat de travail du directeur d'office de tourisme à l'occasion de la transformation de l'association en EPIC

Le passage d'une structure de pur droit privé à l'état d'établissement public à caractère industriel et commercial, ainsi que le permet la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, entraîne des conséquences sur le sort des contrats de travail conclus par l'office de tourisme lorsqu'il était encore association à but non lucratif.

Les difficultés juridiques posées par ce transfert ne concernent que le contrat du directeur de l'office, car en cas de passage au statut d'EPIC, il est le seul à évoluer d'un statut de droit privé à un statut de droit public, le plaçant dans une situation d'agent public non titulaire de la fonction publique territoriale et, à ce titre, soumis à la réglementation issue du décret n°88-145 du 15 février 1988 concernant les dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et à ses agents contractuels. Le caractère nécessairement public du contrat du directeur d'EPIC repose sur une jurisprudence ancienne et établie (CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafregeyres* et CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*), réaffirmée explicitement dans le cas du directeur d'office de tourisme en 2004 (TC, 15 novembre 2004, N° C3425, *Office municipal de tourisme de Carcassonne*).

Au-delà de l'application des textes généraux relatifs aux agents de la fonction publique territoriale, existe une réglementation spéciale propre aux directeurs d'office de tourisme organisé en EPIC au sein du code du tourisme. L'article R. 133-11 du code du tourisme, dans sa version issue du décret n°2015-1002 du 18 août 2015, prévoit, en effet, que : « *Le contrat [du directeur de l'office de tourisme] 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.* »

Nombre de conseils municipaux ou d'intercommunalités sont tentées d'invoquer cette disposition spéciale à l'occasion du passage à l'EPIC pour transformer l'ancien CDI de droit privé du directeur de leur office de tourisme en un CDD de droit public, quelle que soit son ancienneté, et vont jusqu'à prévoir une période d'essai au nouveau contrat de droit public – qu'ils leur arrivent de rompre. Pire, certaines municipalités ou intercommunalités n'hésitent pas à se considérer déliées de leurs obligations envers leur directeur d'office à l'occasion de la transformation en établissement public industriel et commercial.

Cependant, il s'agit là d'une erreur de droit, car l'article R. 133-11 du code du tourisme ne doit trouver à s'appliquer qu'à l'embauche de directeurs d'offices de tourisme par un EPIC déjà formé et dépourvu d'ancien directeur de droit privé.

Il ne fait, en effet, aucun doute que le contrat du directeur de l'office de tourisme ayant la forme d'association doit être transféré au nouvel EPIC (I). De plus, ce contrat de travail doit être conservé sous la même forme qu'il avait lorsque l'office était une association, notamment au regard du caractère indéterminé dans le temps de l'engagement des parties (II).

I. LE TRANSFERT DU CONTRAT DE TRAVAIL DU DIRECTEUR DE L'OFFICE DE TOURISME

Le mécanisme de transfert des contrats de travail de droit privé en cas de transformation des structures de droit privé est bien connu et complètement assimilé par le droit et les acteurs économiques.

Dès le 14 février 1977, une directive du Conseil de l'Union européenne n°77/187/CEE visait déjà à « *encourager l'harmonisation des législations nationales garantissant le maintien des travailleurs et demandant aux cédants et aux cessionnaires d'informer et de consulter les représentants des travailleurs en temps utile* ». Deux directives ultérieures venaient affirmer les velléités d'harmonisation et, après celle du 29 juin 1998 (n°98/50/CE), la directive n°2001/23/CE du 12 mars 2001 énonçait que « *les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire* ».

Un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 26 septembre 2000 avait déjà reconnu et affirmé que toutes les directives sur le sujet du transfert des contrats de travail devaient aussi s'appliquer aux salariés de droit privé des associations dont l'activité est reprise par une personne morale de droit public¹ (CJCE, 26 septembre 2000, aff. C-175/99, *Mayeur c/ APIM*, §32 et 33).

¹ « Or, conformément à une jurisprudence constante, la notion d'entreprise au sens de l'article 1er , paragraphe 1, de la directive 77/187 comprend toute entité économique organisée de manière stable, c'est-à-dire un ensemble structuré de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre (voir, en dernier lieu, arrêt du 2 décembre 1999, *Allen e.a.*, C-234/98, Rec. p. I-8643, point 24). Une telle notion est indépendante du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.

Les articles 1er , paragraphe 1, et 2, sous b), de la directive 77/187 ne permettent dès lors pas d'exclure du champ d'application de celle-ci le transfert d'une activité économique d'une personne

Si le transfert des contrats de travail d'un employeur à un autre reprenant la même entreprise était déjà imposé par le législateur français depuis 1991 à l'ancien article L. 122-12 du code du travail², une adaptation de la loi aux directives européennes et à la jurisprudence ferme de la CJCE quant à l'évolution d'une structure de droit privé à une structure de droit public était nécessaire.

C'est dans ce sens qu'a été adoptée la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 ayant créé dans le code du travail un article L. 1224-3 relatif au sort des contrats de travail à l'occasion de la transformation d'une entité économique employant des salariés de droit privé en une personne publique dans le cadre d'un « *service public administratif* », qui doivent être conclus à nouveau « *à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires* »³.

Si la loi n'évoque pas le cadre d'un service public industriel et commercial, il s'agit d'une omission fortuite du parlement et, en aucun cas, d'une volonté politique, comme le montre l'analyse des débats parlementaires. Les contrats de travail liant les agents au service public industriel et commercial sont en effet presque toujours de droit privé, la question de l'éclosion de contrats de droit public ne se posant que très rarement – celle-ci étant en revanche systématique en matière de service public administratif. En effet, seuls le directeur et le comptable d'EPIC ont l'obligation de conclure un contrat de droit public, quand le reste du personnel reste soumis au droit privé⁴. De plus, le législateur n'a songé qu'à faire entrer dans le domaine de la loi une jurisprudence déjà constante en la matière, mais ne s'étant toujours prononcée qu'à l'égard du service public administratif (Cass. soc., 25 juin 2002, Bull. civ. V, n°209 ; CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, req. n°245154 et TC, 19 janvier 2004, *Mme Devun et autres*, n°3393).

morale de droit privé à une personne morale de droit public, en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public. »

² « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

³ « 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 »

⁴ On peut noter l'intervention du rapporteur de la commission des lois, Pierre Morel-a-L'huissier, à propos de celle-ci, qui affirmait sans jamais envisager la question des EPIC : « S'agissant enfin des salariés des structures de droit privé dont l'activité est reprise par une collectivité locale dans le cadre d'un service public administratif, l'article 15 tire les conséquences de la directive du 12 mars 2001 relative au rapprochement des législations des États membres concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises ou d'établissements. Dès lors, il appartiendra à la personne publique de proposer aux anciens agents d'une entité privée un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils disposaient au moment du transfert. C'est l'application pure et simple de l'article L. 122-12 du code du travail »

L'esprit des textes impose toutefois que la solution s'applique également en cas de transfert d'une entité économique de droit privé à un service public industriel et commercial, et d'ailleurs, l'article L. 1224-1 du code du travail ayant remplacé l'article L. 122-12 du même code en 2007 ne dit pas l'inverse en prévoyant 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* ». La notion « d'entreprise » utilisée par le texte a été définie par la jurisprudence, et doit s'entendre d'une « *entité économique autonome* » (Cass. soc. 7 juillet 1998, n° 96-21451 ; Cass. soc. 13 décembre 2011, n° 10-17716)⁵.

Or, la juridiction administrative a jugé qu'un office de tourisme constitue une entité économique (TA Grenoble, 21 octobre 2005, n°0301422 ; indirectement : CAA Marseille, 22 avril 2008, n°06MA00520) et rien ne s'oppose à ce que le droit commun du transfert des contrats de travail s'applique sur le fondement de ce texte – la loi ne traitant par ailleurs spécialement que la question du service public administratif.

Il apparaît pour ces raisons que lors d'une transformation de l'office de tourisme ayant le statut d'association en un EPIC, tous les contrats de travail doivent être transférés y compris celui du directeur – quand bien même ce contrat devient de droit public.

Ainsi, si celui-ci est titulaire d'un CDI de droit privé, les dispositions de l'article R. 311-11 du code du tourisme sont inapplicables et il doit lui être proposé un contrat de droit public à durée indéterminée.

II. LE TRANSFERT DES CLAUSES SUBSTANTIELLES DU CONTRAT DE TRAVAIL DU DIRECTEUR DE L'OFFICE DE TOURISME

➤ **L'interdiction d'une période d'essai**

Tout d'abord, le nouveau contrat conclu entre le directeur et l'EPIC ne peut comporter aucune période d'essai.

⁵ L'entité économique autonome devant être comprise comme « un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre » (Cass. soc., 7 juillet 1998, n°96-21451)

D'abord, un décret n°2015-1912 du 29 décembre 2015 ayant modifié l'article 4 du décret n°88-145 du 15 février 1988 a modifié les dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale – applicables aux directeurs d'offices de tourisme EPIC – a expressément prévu qu' « aucune période d'essai ne peut être prévue lorsqu'un nouveau contrat est conclu ou renouvelé par une même autorité territoriale avec un même agent pour exercer les mêmes fonctions que celles prévues par le précédent contrat, ou pour occuper le même emploi que celui précédemment occupé ». Dans le cas du directeur de l'office de tourisme, il s'agit bien de la continuité du même contrat pour occuper le même emploi que celui précédemment occupé.

En ce sens, la jurisprudence refuse qu'une nouvelle période d'essai soit conclue en cas de renouvellement d'un contrat portant sur l'exercice des mêmes fonctions que celles exercées précédemment (CE, 26 novembre 2012, req. n°347575). Récemment, dans le cas d'une directrice d'office de tourisme à qui il avait été imposé une période d'essai au moment de la signature de son contrat de droit public à la suite du passage en EPIC, celle-ci a été jugée illégale par le tribunal administratif de Bastia⁶ (TA Bastia, 17 septembre 2015, n°1500465).

Cette solution est celle qui s'applique aux transferts de contrats prévus par l'article L. 1224-1 tels qu'interprétés par la Cour de Cassation : aucune période d'essai ne peut plus être prévue en pareil cas⁷ (Cass. soc., 13 novembre 2001, n°99-43016).

Enfin, s'il fallait davantage d'arguments et comme on va le voir, l'ancienneté accumulée par le directeur lorsqu'il dirigeait une association devant être reprise, il est exclu qu'une période d'essai figure au contrat.

➤ **La reconduction du directeur au moyen d'un contrat à durée indéterminée**

⁶ « Considérant que le conseil municipal de Ghisonaccia a, par délibération du 7 juillet 2014, approuvé le principe de création d'un office de tourisme de droit public sous la forme d'un établissement public industriel et commercial ayant notamment pour objet de reprendre intégralement l'activité de l'association de droit privé « Office de tourisme de Ghisonaccia », qui avait recruté Mme X... comme directrice par un contrat à durée indéterminée conclu le 7 février 1997 ; (...)

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de déclarer que la proposition de contrat du 5 décembre 2014 est entachée d'une double irrégularité, d'une part en tant qu'elle ne propose pas un contrat à durée indéterminée et, d'autre part, en tant qu'elle prévoit une période d'essai ; »

⁷ Le rapporteur public dans l'arrêt CE, 26 novembre 2012, req n°347575 précité prenait d'ailleurs position en ces termes, s'inspirant de l'œuvre judiciaire : « la solution privilégiée par la Cour de cassation nous paraît la seule réellement conforme à l'objet même de la période d'essai, nous voyons en effet difficilement ce qui légitimerait le fait que la situation des agents contractuels de droit public soit, à cet égard, moins protectrice que celles des salariés de droit privé ».

Lors de la proposition de contrat de droit public faite au directeur du nouvel EPIC après qu'il ait été celui de l'association, le principe ne fait pas de doute : les clauses substantielles du contrat doivent être reconduites.

Le tribunal des conflits l'avait déjà souligné de façon claire⁸, le passage d'une entité économique à un EPIC ayant le même objet oblige à la reprise intégrale et stricte de tous les contrats de travail en cours, y compris à l'égard du directeur.

Outre tous les éléments rapportés dans la première partie de cet article, la jurisprudence implique que doit être écartée l'application de l'article R. 133-11 du code du tourisme dans les cas où un office de tourisme évolue d'association en EPIC et ceci pour une raison simple qui tient à la hiérarchie des normes. En effet, une disposition réglementaire doit succomber face à l'autorité de la loi, en l'espèce l'article L. 1224-1 du code du travail qui prévoit le transfert des contrats de travail de façon générale et doit trouver à s'appliquer à l'office du tourisme.

Sur ce fondement de la hiérarchie des normes, le Conseil d'État a jugé une proposition de contrat de droit public faite à un agent de droit privé irrégulière au regard de la rémunération et du caractère déterminé du contrat, en considérant qu'une telle proposition se fondait sur une source réglementaire alors que⁹ « la circonstance que M. A... devait, en application des dispositions précitées du premier alinéa de l'article L. 1224-3 du code du travail, se voir proposer un contrat à durée indéterminée l'excluait du champ d'application de ces dispositions » (CE, 25 juillet 2013, n°355804).

Par conséquent, il apparaît que la seule utilisation possible de l'article R133-11 est celle dans laquelle aucune loi n'y ferait obstacle, à savoir les premières

⁸ « Considérant qu'il résulte de la combinaison des règles et des principes susmentionnés, que la commune de Châtellerauld, qui a repris en régie directe l'exploitation des abattoirs municipaux antérieurement affermée à une société, doit, pour la poursuite de l'exploitation du même service public industriel et commercial être considérée comme un nouvel employeur au sens de l'article L. 122-12 du code du travail, tenu en conséquence de respecter les contrats de travail en cours ; qu'il en va ainsi, y compris pour la personne investie d'un emploi de direction » (TC, 15 mars 1999, n°03097, Lebon)

⁹ « Il ressort des pièces du dossier que le contrat de droit public proposé à M. A... prévoyait un traitement mensuel calculé sur la base du traitement des praticiens hospitaliers au quatrième échelon majoré de 10 %, correspondant à une ancienneté de six ans ; que, pour justifier ce montant, le centre hospitalier a relevé qu'il s'agissait du plafond fixé au 1° de l'article R. 6152-416 du code de la santé publique pour la rémunération des praticiens contractuels recrutés en application des 1°, 2°, 4° et 5° de l'article R. 6152-402 du même code ; que, toutefois, les recrutements prévus par ces dispositions visent à pourvoir à des besoins ponctuels des établissements de santé et ont une durée limitée, selon les cas, à un an, deux ans ou six mois par an ; que la circonstance que M. A... devait, en application des dispositions précitées du premier alinéa de l'article L. 1224-3 du code du travail, se voir proposer un contrat à durée indéterminée l'excluait du champ d'application de ces dispositions et devait conduire le centre hospitalier, pour fixer le montant de son traitement, à prendre comme référence celui des praticiens titulaires justifiant d'une ancienneté comparable à la sienne ; qu'il suit de là que le contrat proposé à l'intéressé méconnaissait également les dispositions de l'article L. 1224-3 du code du travail en ce qui concerne la rémunération prévue »

embauches au poste de directeur et pas la situation de transfert du contrat de travail de celui-ci régie par l'article L. 1224-1 issu du droit communautaire.

Ainsi, il a été jugé que le directeur du nouvel EPIC issu de l'association devait conserver le bénéfice de son contrat à durée indéterminée, et ce, dès la signature de son premier contrat de droit public, si c'était ce type de contrat qu'il avait conclu auparavant avec l'association.

La Cour administrative d'appel de Marseille a ainsi jugé, d'une part, qu'il avait été à juste titre proposé un contrat à durée indéterminée à un directeur d'office du tourisme devenant EPIC, sur le fondement de son ancien contrat de droit privé¹⁰ (CAA Marseille, 17 décembre 2013, n°12MA01640) et, d'autre part, « *qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public industriel et commercial, il appartient à cette dernière, réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, de proposer au directeur général de l'entité ainsi reprise, lequel acquiert du fait du changement d'employeur la qualité d'agent public, un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont il était titulaire* »¹¹ (CAA Marseille, 22 avril 2008, n°06MA00520).

¹⁰ « Considérant que M. A...a été recruté par contrat à durée indéterminée, à compter du 1er avril 2000, en qualité de directeur de l'office de tourisme de Bonifacio qui était alors un établissement privé ; qu'à la suite de la transformation de cet office en établissement public industriel et commercial, le contrat de M. A...a été repris ; que ce dernier a ainsi bénéficié à compter du 1er avril 2006, d'un contrat de droit public à durée indéterminée ; (...)

si M. A...soutient avoir été victime d'un harcèlement moral de la part du maire et de certains membres de l'équipe municipale nouvellement élue, qui l'aurait conduit à prendre acte de la rupture de son contrat de travail, la réalité de ces agissements n'est pas établie par les pièces du dossier ; qu'en effet, d'une part, s'il résulte de l'instruction que, par sa délibération n° 122 du 20 mars 2008, le conseil municipal de la commune de Bonifacio a approuvé une modification des statuts de l'office municipal du tourisme, ladite modification ne portait pas sur la durée du contrat du directeur dudit office qui avait déjà, dans les statuts en date du 25 janvier 2005 produits au dossier, été portée à 3 ans, sans que ce changement ait fait obstacle à ce que M. A...bénéficie, en réalité, lors de la reprise de son contrat de travail par l'établissement public industriel et commercial nouvellement créé, d'un contrat de droit public à durée indéterminée à compter du 1er avril 2006 »

¹¹ « Considérant, d'une part, que l'article 3 de la directive n° 77/187/CEE du Conseil de la Communauté européenne du 14 février 1977, reprise par la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001, impose, en cas de cession d'une entreprise, que les droits et obligations qui résultent pour le cédant de tout contrat de travail existant à la date du transfert passent au cessionnaire ; qu'aux termes de l'article L.122-12 du code du travail, qui doit être regardé comme transposant ces directives européennes en droit français pour ce qui concerne les salariés de droit privé : "(...) S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise " ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'activité d'une entité économique employant

La solution est tout aussi claire dans le jugement du tribunal administratif de Bastia précité¹².

En conséquence, les clauses substantielles du contrat de travail doivent être reprises par l'office de tourisme devenu EPIC, aussi bien sur le caractère indéterminé du contrat que sur l'ancienneté : « *Considérant qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de droit public signé par l'intéressée était réputé, conformément aux dispositions de l'article L. 122-12 du code du travail auxquelles il ne peut être légalement dérogé, reprendre les clauses substantielles de son contrat de travail et que les dispositions de l'article 47 du décret du 15 février 1988 n'ont pas pour objet de régir, dans l'hypothèse d'un transfert relevant de l'article L. 122-12, les modalités de reprise d'un salarié de droit privé par une collectivité territoriale ou un établissement public local à caractère administratif et ne pouvaient, dès lors, avoir pour effet de porter atteinte au droit de Mme A à la conservation de l'ancienneté qu'elle avait acquise auprès de l'entité transférée, la cour a commis une erreur de droit* »¹³ (CE, 27 juin 2012, n°335491, Lebon).

* * *

des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public industriel et commercial, il appartient à cette dernière, réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, de proposer au directeur général de l'entité ainsi reprise, lequel acquiert du fait du changement d'employeur la qualité d'agent public, un contrat de droit public à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont il était titulaire, reprenant, sauf obstacle issu de dispositions législatives ou réglementaires, ou des conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique, les clauses substantielles de son ancien contrat ».

¹² Les dispositions de l'article R. 133-11 du code du tourisme « s'appliquent au recrutement d'un directeur d'office de tourisme et non au cas d'un directeur qui, comme Mme A..., bénéficie de près de 18 ans d'ancienneté dans le poste transféré, ne sauraient faire obstacle à ce que soit proposé à Mme A... un contrat à durée indéterminée sans période d'essai » (CA Bastia, précité).

¹³ Voir aussi CAA Nancy, 10 octobre 2013, n°12NC01576.

➤ **Conclusion**

La loi NOTRe a prévu le transfert de la compétence tourisme aux intercommunalités au 1^{er} janvier 2017, ce qui amènera nécessairement à des fusions entre offices de tourisme et probablement des passages nombreux du statut d'association au statut d'EPIC. Néanmoins, tous les points abordés dans cet article restent intégralement applicables quel que soit le territoire de compétence de l'office.

Le droit est aujourd'hui fixé sur la question du sort à réserver au contrat de droit privé du directeur d'office de tourisme lorsque celui-ci est amené à conclure un contrat de droit public à l'occasion de la transformation en EPIC.

Il n'est pas possible de remettre juridiquement en question ni la conclusion obligatoire d'un nouveau contrat de droit public avec le directeur en place à l'office de tourisme avant l'évolution en EPIC ni l'obligation de conclure avec lui un contrat identique au précédent au regard du caractère indéterminé dans le temps de l'engagement. Aucune période d'essai ne peut être imposée au directeur et son ancienneté doit obligatoirement être reprise.

La législation et la réglementation n'ont pas entendu que la possibilité laissée aux offices de tourisme associatifs de se transformer en EPIC soit un outil pour que les communes et les intercommunalités pourvoient au remplacement d'un directeur d'office de tourisme à l'écart des voies de droit traditionnelles pouvant satisfaire cet objectif.

Elise FABING

Avocate à la Cour

SELAS BDD AVOCATS