

**Cour de cassation**

**chambre sociale**

**Audience publique du 30 mars 2011**

**N° de pourvoi: 09-71438 10-30080**

Non publié au bulletin

**Rejet**

**M. Bailly (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président**

SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° M 09-71.438 et C 10-30.080 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Montpellier, 21 octobre 2009), que le comité d'établissement IBM Montpellier a fait assigner la société IBM France devant le tribunal de grande instance aux fins, notamment, de voir déterminer le taux légal de référence pour le calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles, par rapport aux années 1942, 1943 et 1944, d'obtenir l'application de ce taux, non pas sur l'assiette des rémunérations déclarées à l'administration fiscale, comme pratiqué par la société, mais sur la masse salariale brute comptable, et de voir condamner la société à lui payer un complément de contribution au titre des années 1992 à 2007 ;

Sur le premier moyen du pourvoi du comité d'établissement :

Attendu que le comité d'établissement fait grief à l'arrêt de juger qu'aucun taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être défini et de dire que le taux pratiqué par la société IBM France est un taux d'usage qui doit être identique à celui applicable à l'ensemble des comités d'établissement soit 3,8 % de 1992 à 1998 et 3,27 % de 1999 à 2007, alors, selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article L. 2323-86 du code du travail, la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité d'entreprise ne

peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu ; que le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie au premier alinéa ; que dès lors qu'il est établi que des sommes étaient affectées aux dépenses sociales avant la création du comité d'entreprise, le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être inférieur au montant déterminé par application de la règle d'ordre public ainsi fixée ; qu'en cas de litige, il appartient donc au juge de déterminer le montant de ladite contribution due en application de cette règle légale ; qu'il n'est pas contesté en l'espèce que des sommes étaient affectées aux dépenses sociales avant la création du comité d'entreprise ; que la cour d'appel a néanmoins jugé que le taux de contribution auquel a conclu l'expert, fixé à 3,8 % de la masse salariale, "ne peut être qu'un taux d'usage en l'absence d'éléments précis et probants permettant de le déterminer légalement" ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, violé par refus d'application, le texte susvisé ;

2°/ qu'en soumettant l'application de la règle légale de calcul du montant minimal de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles versée chaque année par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité d'entreprise, visée à l'article L. 2323-86 du code du travail, à la condition de pouvoir fixer le taux "avec une extrême précision et fiabilité" pour en déduire qu'en l'espèce, la règle légale ne pouvait être appliquée, la cour d'appel a, par motifs adoptés, ajouté au texte une condition que ce dernier ne pose pas et, partant, violé, par fausse application, l'article L. 2323-86 du code du travail ;

3°/ qu'en relevant que l'expert disposait d'éléments suffisants pour déterminer un taux de contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles tout en jugeant qu'il convient de constater l'impossibilité de déterminer un taux en application de l'article L. 2323-86 du code du travail, la cour d'appel, qui a statué par motifs contradictoires, ce qui équivaut à l'absence de motifs, a, par motifs adoptés, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ qu'en décidant que la règle légale de calcul du montant de la contribution patronale, énoncée à l'article L. 2323-86 du code du travail, ne pouvait être appliquée en l'espèce et que le taux déterminé par l'expert devait être retenu mais au titre d'un usage, sans s'expliquer sur les conclusions précises du comité d'établissement, et visant une pièce comptable déterminée, dans lesquelles il soutenait que le résultat de l'exercice pour l'année 1942, document comptable produit par la société IBM à la fin de la procédure de première instance de sorte que l'expert ne l'avait pas pris en compte, permettait de déterminer de manière précise et incontestable les masses financières sur la base desquelles le montant de la contribution doit être fixé en application du texte susvisé, la cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 2323-86 du code du travail ;

5°/ que ce faisant, à tout le moins, elle a, par motifs propres et adoptés, violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a relevé, par motifs propres et adoptés, que l'ancienneté de la période de référence visée, les méthodes comptables appliquées à l'époque et les circonstances historiques inhérentes à la période de guerre rendaient impossible la fixation d'un taux légal de référence, fiable et précis ; qu'elle en a exactement déduit que le taux de 3,80 % en usage dans l'entreprise, ratifié par l'accord cadre du 25 juin 1984, ramené à 3,27 % par l'accord d'entreprise du 2 juillet 1998 puis de nouveau porté à 3,80 % à compter du 1er janvier 2009, était dès lors seul applicable ;

Qu'il s'ensuit que le moyen, qui manque en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen du pourvoi du comité d'établissement :

Attendu que le rejet du premier moyen rend sans objet le second moyen ;

Sur le moyen unique du pourvoi de la société IBM France :

Attendu que la société IBM France fait grief à l'arrêt de juger que l'assiette de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles doit être définie à partir du compte 641, alors, selon le moyen :

1°/ que dès l'instant où le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne résulte pas de l'application des règles légales mais d'un usage d'entreprise, la base de calcul de la masse salariale est elle-même déterminée en fonction de l'usage en vigueur dans l'entreprise ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté l'absence de taux légal au sein de la société IBM France et le fait que les modalités de détermination de la contribution des activités sociales et culturelles résultaient d'un usage ; qu'en énonçant que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait néanmoins être déterminée au regard du compte 641, sans rechercher, comme cela lui était expressément demandé, s'il ne résultait pas des engagements et usages en vigueur au sein de la société IBM France que l'assiette de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles était l'assiette fiscale des salaires déclarés par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du code civil ;

2°/ que l'article L. 2323-86 du code du travail dispose que la contribution patronale aux activités sociales et culturelles a pour assiette le "montant global des salaires payés" ; qu'il résulte de ce texte que ne peuvent être pris en compte pour le calcul des cotisations des sommes qui n'ont pas le caractère de salaires ; qu'en énonçant que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait être déterminée au regard du compte 641, sans rechercher, comme cela lui était expressément demandé, si ce compte qui n'existait qu'au niveau de la comptabilité de l'entreprise ne comprenait pas des

indemnités de rupture de contrats de travail n'ayant pas le caractère de salaires, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

3°/ que l'article L. 2323-86 du code du travail dispose que la contribution patronale aux activités sociales et culturelles a pour assiette le montant global des salaires payés ; que le calcul de l'assiette de la contribution patronale due par l'employeur à un comité d'établissement implique que soit déterminé, de manière exacte, le montant global des salaires payés au sein de l'établissement ; qu'en écartant les données fiscales précises relatives aux salaires versés au sein de l'établissement de Montpellier produites par la société IBM France pour énoncer que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait être déterminée au regard du compte 641, cependant qu'il était constant qu'un tel compte n'existait pas au niveau des établissements et que l'expert avait déjà dû, pour la période antérieure à 2001, se fonder non pas sur la masse salariale réelle au sein de l'établissement de Montpellier, mais sur une extrapolation au regard d'éléments non relatifs à cet établissement résultant d'une application à la masse salariale fiscale de l'établissement de Montpellier des coefficients d'écart entre la masse salariale fiscale et le compte 641 existant au niveau de l'entreprise, la cour d'appel a violé l'article L. 2323-86 du code du travail ;

Mais attendu que sauf engagement plus favorable, la masse salariale servant au calcul de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles s'entend de la masse salariale brute comptable correspondant au compte 641 "Rémunérations du personnel" tel que défini par le plan comptable général ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne les demandeurs aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du trente mars deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Masse-Dessen et Thouvenin, avocat aux Conseils pour le comité d'établissement IBM Montpellier, demandeur au pourvoi n° M 09-71.438

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a dit qu'aucun taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être défini, dit que le taux pratiqué par la société IBM FRANCE est un taux d'usage, dit que le taux d'usage applicable au COMITE D'ETABLISSEMENT de MONTPELLIER doit être identique à celui applicable à l'ensemble des comités d'établissement, soit 3,8% de 1992 à 1998 et 3,27% de 1999 à 2007.

AUX MOTIFS propres QUE Sur le taux de contribution patronale aux A.S.C : que ce taux est déterminé à minima d'après les dispositions de l'article 2323-86 du Code du travail par le rapport de deux masses : - au numérateur, le montant le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise au cours de l'une des trois années de référence (1942-1943-1944) ; - au dénominateur le montant global des salaires payés ; que ce taux légalement prévu n'a pu être déterminé avec précision et certitude par l'expert en raison, compte tenu de l'ancienneté de la période de référence, de la situation de guerre et de l'insuffisance des données comptables, de l'impossibilité de déterminer avec précision ses composantes à savoir la masse de salaire payés et celles des dépenses sociales effectuées ; que l'expert n'a pu établir ce taux que par recoupement à partir des seules données dont il disposait, à savoir celle de l'année 1942, pour conclure à un taux par défaut de 3,8% ; que la nature de ce taux ne peut être qu'un taux d'usage en l'absence d'éléments précis et probants permettant de le déterminer légalement ; que ce taux a été celui pratiqué par la société IBM jusqu'en 1998 puis a été fixé à 3,27% à compter de 1999, suite à un accord d'entreprise en date du 02.07.1998 et de nouveau à 3,8% à compter du 01.01.2009 ; que c'est donc ce taux qu'il convient de retenir, taux auquel d'ailleurs à titre subsidiaire se réfère le requérant ; qu'il sera par ailleurs observé que le requérant a ratifié en mars 1985 l'accord cadre du 25.06.1984 fixant le taux à 3,8% et n'a dénoncé cet accord que le 18.06.1996 ; que durant plus de dix ans il a donc accepté ce taux sans protester, consacrant ainsi le caractère d'usage dudit taux ; que le jugement sera par adoption des motifs confirmé sur ce point ;

AUX MOTIFS adoptés QUE Sur le taux légal de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ; que selon ordonnance en date du 5 septembre 1996, le Président du tribunal de grande instance de Montpellier, statuant en référé, saisi par le Comité d'Etablissement de Montpellier, a rejeté sa demande tendant à se voir verser directement l'intégralité de la contribution légale qui lui était due pour ses activités sociales et culturelles au motif qu'un accord prenant fin le 31 décembre 1996 avait été signé en 1984 sur le partage des compétences entre les 12 comités d'établissement de la société, le Comité Central d'Entreprise et la direction de la société IBM en sorte qu'il existait une contestation sérieuse ; que par arrêt en date du 2 juillet 1997, la cour d'appel de Montpellier a : - dit que la société IBM France devait verser directement au Comité d'Etablissement de Montpellier l'intégralité de la contribution légale due au titre des activités sociales et culturelles, ce sous astreinte ; - avant-dire droit ordonné une expertise, commettant Mr X... pour y procéder aux fins de : - rechercher si le taux de 3,8% appliqué correspondait au taux de référence prévu par la loi, le Comité d'Etablissement affirmant qu'il était de 5% en 1949, - rechercher la nature, l'importance et le coût effectif des prestations éventuellement fournies par IBM et susceptibles d'être payées par le Comité d'Entreprise à l'entreprise dès lors que ces prestations excéderaient le cadre de celles imputables à l'employeur ; que le 3 août 1998, le conseiller chargé du contrôle des expertises ordonnait une extension de mission aux fins de déterminer l'assiette de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles et de procéder au décompte entre les parties ; que l'expert a clôturé son rapport le 30 juin 2003 ; que le Comité

d'Etablissement de Montpellier a le 4 septembre 2006 assigné la société IBM France, aux fins de revendiquer le paiement d'un rappel de contribution patronale ; qu'il s'évince de l'article L2323-86 du code du travail que la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer des institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu ; que le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie à l'alinéa précédent ; que telles sont les bases légales pour la détermination d'un taux « légal » de contribution, qui supposent que pendant cette période de référence des trois années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise puissent être précisément déterminées la masse salariale et les dépenses sociales de l'entreprise ; que la précision de ces données comptables est fondamentale, compte tenu des incidences financières que représente la contribution patronale aux activités sociales et culturelles pour une société de l'importance de celle d'IBM ; que les enjeux économiques et financiers doivent ainsi être parfaitement mesurés ; que les parties s'accordent à considérer que la création du Comité d'Entreprise de la société IBM, anciennement dénommée Compagnie Electro-Comptable, peut être fixée en 1945, ce qui au regard des dispositions de l'article précité, fixe la période de référence aux années 1942, 1943, 1944 ; que l'expert a mené ses travaux de 1997 à 2003 ; que durant six ans, les parties ont ainsi débattu de manière contradictoire et ont été à même de produire tous les documents et pièces de nature à étayer leur position ; que la technicité et la complexité du litige opposant les parties qui ont conduit la cour d'appel à recourir à l'éclairage d'un expert, ont été mises en exergue tout au long de cette expertise ; que preuve en est l'évolution des positions qui transparaît au cours des travaux, et en particulier du Comité d'Etablissement de Montpellier ; que s'agissant de la masse salariale, l'expert a retenu une base de masse salariale pouvant se situer à hauteur de 26,3 millions de francs ; que le Comité d'Etablissement de Montpellier après avoir contesté et discuté longuement ce chiffre a acquiescé à la proposition de l'expert ; que toutefois il convient de relever que l'expert a dans sa note « 11 » de février 2000 exposé clairement que l'analyse des comptes de 1942 ne permettait pas d'appréhender directement la masse salariale dans sa globalité ; qu'il a ainsi procédé à des recoupements à partir de l'effectif salarié d'IBM en 1942, d'un taux horaire moyen et d'une durée hebdomadaire moyenne de 48 heures, le conduisant à retenir une masse salariale minimale de 26.248.185 frs ; que l'expert a poursuivi sa réflexion en particulier sur la base des données INSEE pour l'année 1950 qui par extrapolation pourrait conduire à une masse salariale de près de 31 millions mais tenant compte d'un certain nombre de minorations permettrait d'orienter le chiffrage à environ 26,3 millions de francs ; que s'agissant des dépenses sociales dans sa note « 11 », l'expert avance un chiffre provisoire de 1.050.000 frs correspondant à une moyenne entre la proposition du Comité d'Etablissement de Montpellier et le chiffre admis par IBM ; qu'il s'ensuit ainsi un taux de contribution de 3,99%, étant toutefois précisé par l'expert que ce taux ne constitue qu'un point de repère et présente l'inconvénient de ne résulter que d'une seule année de référence au lieu des trois prévues par la loi et de se situer en temps de guerre, cette période induisant incontestablement une situation exceptionnelle dont les conséquences restent difficiles à mesurer tant au regard de la masse salariale et plus encore sur les dépenses sociales ; que dans sa note « 15 » de septembre 2000, l'expert dégage au vu des documents fournis par les parties quatre hypothèses plausibles de reconstitution des dépenses sociales desquelles il résulte un taux de 3,99%, 4,29%, 5,08%, 4,99%, la première hypothèses lui semblant toutefois la plus pertinente car basée sur les données de 1942 qu'il estime être les plus fiables ; qu'il précise cependant que ces

chiffrages ne tiennent pas compte de la neutralisation des éléments exceptionnels dus à la guerre puisque la période de référence se situe dans sa totalité en période de guerre et qu'il ne prend en compte que les dépenses ayant un caractère social ; que dans sa note « 17 » de novembre 2000 et après examen des dires, l'expert fait valoir que les critiques élevées par chacune des parties reposent sur des degrés d'incertitude quant à l'exhaustivité et au recoupement possible des informations et rappelle l'incidence financière d'une approximation du taux, une variation de 0,1% ayant une répercussion de 5 millions de francs au plan national ; qu'il indique clairement que l'incertitude sur le taux provient de l'impossibilité de réunir pour la période de référence 1942 – 1943 – 1944 le montant exact total de la masse salariale et des dépenses sociales, la détermination de la masse salariale ne pouvant être faite d'après le compte de résultat de la Compagnie Electro-Comptable établi selon la méthode anglo saxonne qui ne permet pas d'extraire de manière exhaustive les salaires inclus dans chaque fonction et d'en faire le total, le décompte exact des dépenses sociales ne pouvant être fait pour le même motif, auquel s'ajoute l'impossibilité d'identifier et chiffrer des dépenses qui sont globalisées dans les dépenses générales ; qu'il rappelle à juste titre que certains recoupements permettent d'aboutir à une fourchette ; qu'il conclut que le taux est proche de 3,8%, sans pouvoir attester que ce taux est rigoureusement et incontestablement exact ; que dans sa note « 20 » de février 2001, et faisant suite aux derniers dires des parties, l'expert réitère sa position quant à la relative fiabilité ou cohérence de la démarche de reconstitution de la masse salariale possible en 1942, seule année pour laquelle il dispose d'éléments suffisants pour dégager un taux tout en insistant sur le fait que ce taux s'il est plausible reste imprécis et qu'il ne prend pas en considération dans l'évaluation des dépenses sociales les avantages en nature, non chiffrables pour cette période ; qu'un taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être retenu qu'à condition de pouvoir être fixé avec une extrême précision et fiabilité, ce qui en l'espèce s'avère impossible ; que les développements de l'expert qui a analysé l'ensemble des documents soumis par les parties à son appréciation, expert auquel le tribunal ne saurait se substituer eu égard à la technicité du litige, en sont l'évidente démonstration ; que l'expert a tenté par recoupements successifs de s'approcher de ce qui lui semblait être le taux le plus proche de la réalité comptable de la société, soit le plus proche du taux légal, sans toutefois pouvoir affirmer que ce taux était incontestable ; que l'ancienneté de la période de référence, qui rend difficile la réunion de tous les documents comptables nécessaires à l'analyse précise et incontestable tant de la masse salariale que des dépenses sociales, à laquelle s'ajoutent les difficultés inhérentes à la période de guerre générant des dépenses temporaires et exceptionnelles, sont autant de facteurs d'imprécision qui introduisent une marge d'incertitude difficilement quantifiable ; que le taux de 3,8% auquel aboutit l'expert ne peut en conséquence être considéré comme un taux légal en raison de son degré d'imprécision ; qu'il reste comme le dit l'expert un « taux vraisemblable » mais qui compte tenu des incidences financières ne saurait être considéré comme le taux légal de référence ; que le rapport d'activité de 1968 du Comité Central d'Entreprise fait d'ailleurs ressortir que le calcul du taux résultait chaque année de discussions entre le Comité d'Entreprise et la Direction et était entériné par un accord ; que ce rapport met aussi en évidence que les dépenses de fonctionnement du Comité se situaient « traditionnellement » aux environs de 3,8% de la masse salariale de la compagnie et que c'était sur cette base qu'il avait été décidé d'asseoir la contribution patronale ; qu'il n'est nullement fait référence à un taux légal mais manifestement à un taux d'usage régulièrement redéfini ; que Monsieur Y..., consultant pour le compte du Comité d'Etablissement de Montpellier fait lui-même le constat que si les dires des uns et des autres peuvent être juxtaposés, il est difficile d'en faire la synthèse tant les conceptions et les résultats sont opposés ; que les propositions des divers consultants intervenant pour le compte du Comité d'Etablissement de Montpellier ont

considérablement varié dans leurs conclusions s'agissant tant de l'évaluation de la masse salariale de référence que des dépenses sociales avec des propositions de taux oscillant entre 5%, 6,27% et 9,77% pour l'année 1942, 17,87% pour l'année 1943, 24,40% pour l'année 1944, alors même que l'expert a bien précisé que ces deux dernières années étaient inexploitable en raison de l'insuffisance des données comptables ; que ces variations rendent peu fiables, voire irréalistes ces démonstrations et les demandes formulées par le Comité d'Etablissement de Montpellier ne s'inscrivent pas elles mêmes dans la lignée de ces propositions ; que les demandes du Comité d'Etablissement ont en effet varié au fil de procédure (passant de 3,8 à 5,59%), de manière conséquente, sans que ces variations ne soient véritablement étayées par de nouvelles pièces comptables ; que lorsque le Comité d'Etablissement déclare s'en remettre à l'appréciation de l'expert sur le montant de la masse salariale de référence alors que par ailleurs il a élevé nombre de critiques auprès de l'expert pour défendre une autre position et une masse salariale moins importante, il démontre si besoin était l'impossibilité d'extraire des données comptables précises comme support d'un taux légal indiscutable ; qu'il convient également de rappeler que l'expert n'a pu mener à bien sa mission quoique sans certitude, que sur l'année 1942, alors même que la période de référence couvre en principe trois années, ce qui conforte l'analyse selon laquelle le taux dégagé par l'expert est un taux par défaut ; que la réticence alléguée de la société IBM à produire l'ensemble des données comptables requises pour le calcul du taux légal n'est par ailleurs pas démontrée ; qu'il convient de rappeler que la période de référence dépasse très largement le délai légal pendant lequel une société est tenue de conserver ses archives ; qu'il ne saurait être exigé de cette société d'avoir conservé ses documents au delà du délai de prescription ; qu'il ne saurait davantage être tiré argument de la condamnation de la société IBM en octobre 2001 pour délit d'entrave, cette condamnation étant sans lien direct avec le présent litige et portant sur une époque récente, sans rapport avec la période servant de référence à la détermination d'un taux légal ; qu'il convient donc de constater l'impossibilité de dégager en application de l'article L2323-86 du code du travail un taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles et rejeter la demande du Comité d'Etablissement de Montpellier de voir fixer un taux légal de 5,59% pour la période de 1992 à 2007 ; (...) ; qu'en conséquence, il convient de juger – qu'aucun taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être défini ; - que le taux pratiqué par la société IBM est un taux d'usage ; - que le taux applicable au Comité d'Etablissement de Montpellier doit être identique à celui applicable à l'ensemble des Comités d'Etablissement, soit 3,8% de 1992 à 1998 et 3,27% de 1999 à 2007 ; - que l'assiette de la contribution patronale doit être définie à partir du compte 641 ; (...).

ALORS QUE, aux termes de l'article L2323-86 du Code du travail, la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au total le plus élevé des sommes affectées aux dépenses sociales de l'entreprise atteint au cours des trois dernières années précédant la prise en charge des activités sociales et culturelles par le comité d'entreprise, à l'exclusion des dépenses temporaires lorsque les besoins correspondants ont disparu ; que le rapport de cette contribution au montant global des salaires payés ne peut non plus être inférieur au même rapport existant pour l'année de référence définie au premier alinéa ; que dès lors qu'il est établi que des sommes étaient affectées aux dépenses sociales avant la création du comité d'entreprise, le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être inférieur au montant déterminé par application de la règle d'ordre public ainsi fixée ; qu'en cas de litige, il appartient donc au juge de déterminer le montant de ladite contribution due en application de cette règle légale ; qu'il n'est pas contesté en l'espèce que des sommes étaient affectées aux dépenses sociales



avant la création du comité d'entreprise ; que la Cour d'appel a néanmoins jugé que le taux de contribution auquel a conclu l'expert, fixé à 3,8% de la masse salariale, « ne peut être qu'un taux d'usage en l'absence d'éléments précis et probants permettant de le déterminer légalement » ; qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, violé par refus d'application, le texte susvisé.

ET ALORS encore QU'en soumettant l'application de la règle légale de calcul du montant minimal de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles versée chaque année par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité d'entreprise, visée à l'article L2323-86 du Code du travail, à la condition de pouvoir fixer le taux « avec une extrême précision et fiabilité » pour en déduire qu'en l'espèce, la règle légale ne pouvait être appliquée, la Cour d'appel a, par motifs adoptés, ajouté au texte une condition que ce dernier ne pose pas et, partant, violé, par fausse application, l'article L2323-86 du Code du travail.

ET ALORS en outre QU'en relevant que l'expert disposait d'éléments suffisants pour déterminer un taux de contribution patronale au financement des activités sociales et culturelles tout en jugeant qu'il convient de constater l'impossibilité de déterminer un taux en application de l'article L2323-86 du Code du travail, la Cour d'appel, qui a statué par motifs contradictoires, ce qui équivaut à l'absence de motifs, a, par motifs adoptés, violé l'article 455 du Code de procédure civile.

ET ALORS à tout le moins QU'en décidant que la règle légale de calcul du montant de la contribution patronale, énoncée à l'article L2323-86 du Code du travail, ne pouvait être appliquée en l'espèce et que le taux déterminé par l'expert devait être retenu mais au titre d'un usage, sans s'expliquer sur les conclusions précises du comité d'établissement, et visant une pièce comptable déterminée, dans lesquelles il soutenait que le résultat de l'exercice pour l'année 1942, document comptable produit par la société IBM à la fin de la procédure de première instance de sorte que l'expert ne l'avait pas pris en compte, permettait de déterminer de manière précise et incontestable les masses financières sur la base desquelles le montant de la contribution doit être fixé en application du texte susvisé, la Cour d'appel a, par motifs propres et adoptés, privé sa décision de base légale au regard de l'article L2323-86 du Code du travail.

ALORS QUE ce faisant, à tout le moins, elle a, par motifs propres et adoptés, violé l'article 455 du Code de procédure civile.

## SECOND MOYEN DE CASSATION

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé le jugement entrepris en ce qu'il a dit que le taux d'usage applicable au COMITE D'ETABLISSEMENT de MONTPELLIER doit être identique à celui applicable à l'ensemble des comités d'établissement, soit 3,8% de 1992 à 1998 et 3,27% de 1999 à 2007.

AUX MOTIFS propres QUE que ce taux a été celui pratiqué par la société IBM jusqu'en

1998 puis a été fixé à 3,27% à compter de 1999, suite à un accord d'entreprise en date du 02.07.1998 et de nouveau à 3,8% à compter du 01.01.2009 ; que c'est donc ce taux qu'il convient de retenir, taux auquel d'ailleurs à titre subsidiaire se réfère le requérant ; qu'il sera par ailleurs observé que le requérant a ratifié en mars 1985 l'accord cadre du 25.06.1984 fixant le taux à 3,8% et n'a dénoncé cet accord que le 18.06.1996 ; que durant plus de dix ans il a donc accepté ce taux sans protester, consacrant ainsi le caractère d'usage dudit taux ; que le jugement sera par adoption des motifs confirmé sur ce point.

AUX MOTIFS adoptés QUE Sur le taux d'usage applicable ; que le Comité d'Etablissement au vu des motifs qui précèdent est dans l'impossibilité de justifier que le taux de contribution pratiqué par la société IBM au cours des dernières décennies serait un taux légal, la démonstration étant faite qu'aucun taux légal ne peut être dégagé sur la période de référence telle qu'elle résulte de la mise en oeuvre des dispositions légales ; que le taux de contribution pratiqué par la société IBM doit donc être assimilé à un taux d'usage ; que ce taux a d'ailleurs été redéfini au cours des dernières décennies (compte rendu de la réunion d'études du Comité Central d'Entreprise du 6 juillet 1967 faisant état d'un taux de 3,8% sans la contribution mutualiste, rapport d'activité de 1968 du Comité Central d'Entreprise faisant état d'un taux traditionnellement fixé aux environs de 3,8%...) et particulièrement aux termes de négociations menées avec les comités d'établissement de la société IBM par l'accord cadre du 25 juin 1984 sur le partage des compétences entre le Comité Central d'Entreprise et les comités d'établissement et rappelant que la contribution patronale était fixée à 3,8% de la masse salariale ; qu'il n'est pas contesté que cet accord a été ratifié par le Comité d'Etablissement de Montpellier, qu'il a été appliqué sans réserve jusqu'à sa dénonciation en septembre 1996, époque à laquelle le Comité d'Etablissement de Montpellier a saisi le juge des référés afin qu'il soit enjoint à la société IBM de procéder au versement direct de la contribution patronale ; que ce taux de 3,8% a été appliqué jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord du 2 juillet 1998 (et rappelé dans cet accord) « sur la contribution patronale aux oeuvres sociales et culturelles dans le cadre de l'intégration des services dans IBM France » faisant suite à la fusion au sein de la société IBM de plusieurs nouvelles filiales ; que ce nouvel accord a été négocié avec les partenaires sociaux et fixe un taux moyen pondéré se situant à 3,27%, tout en maintenant le niveau global des sommes versées préalablement à la fusion ; que ce nouveau taux d'usage a été négocié avec l'ensemble des comités d'établissement à l'exception de celui de Montpellier ; qu'il est défini de manière cohérente dans une politique économique et sociale d'intégration de filiales dont le taux de contribution était bien inférieur à celui d'IBM et doit faire l'objet d'une application identique à l'ensemble des comités d'établissement, quand bien même le Comité d'Etablissement de Montpellier y serait réfractaire, persistant à revendiquer l'application d'un taux légal ; que ce taux de 3,27% en vigueur au 1er janvier 1999 correspond au taux moyen pondéré des contributions des sociétés concernées par l'opération d'intégration et assure le maintien du montant de la contribution patronale au total des sommes versées à ce titre dans l'ensemble des entreprises fusionnées ; qu'au terme de l'accord signé en juillet 1998 applicable au 1er janvier 1999, le taux de contribution patronale aux activités sociales et culturelles est fixé à 3,27% de la masse salariale et ce taux d'usage en vigueur depuis près de dix ans s'impose au Comité d'Etablissement de Montpellier quand bien même celui-ci a refusé de signer l'accord du 2 juillet 1998 dès lors que ce taux est celui pratiqué à l'ensemble des autres comités d'établissement et dès lors qu'il assure le maintien du niveau global des sommes versées préalablement à la fusion, qu'il a été défini dans la perspective d'une politique d'intégration de filiales et qu'il est le résultat d'une analyse et d'une synthèse cohérente des différents taux pratiqués au sein de ces filiales ; qu'il peut être rappelé en dernier lieu que l'exigence d'unanimité posée par la loi du 9 juillet 1984 a été levée par la loi du 30 décembre 2006 et

que si la société IBM venait à modifier l'accord du 2 juillet 1998 et négocier un nouveau taux de contribution avec une majorité des comités d'établissement, ce taux d'usage s'imposerait de la même manière au Comité d'Etablissement de Montpellier ; que la demande du Comité d'Etablissement visant à être directement bénéficiaire de la contribution patronale est dénuée d'objet pour la période comprise entre l'année 1992 et 1997, époque à laquelle il y a été fait droit par arrêt du 2 juillet 1997 prononcé par la cour d'appel de Montpellier ; que d'une part jusqu'à la dénonciation de l'accord de 1984 en septembre 2006, il convient de juger que le Comité d'Etablissement a consenti au partage des compétences entre le Comité Central et les Comités d'Etablissement en ayant ratifié en mars 1985 l'accord collectif et tout au long de ces années accepté tant la centralisation du versement de la contribution que de la gestion et du financement des activités sociales communes dont il a bénéficié sans jamais élever la moindre protestation ; que comme l'a jugé la cour d'appel de Montpellier par arrêt du 8 mars 2004, l'accord devenu irrégulier par l'effet d'une loi nouvelle (loi n°84-575 du 10 juillet 1984 ayant introduit la règle de l'unanimité de toutes les organisations syndicales représentatives pour la validité de la conclusion d'un tel accord dérogatoire) a cependant été volontairement appliqué par les parties chaque année jusqu'à sa dénonciation en 1996 ; que les motifs pour lesquels certaines décisions de justice ont déclaré l'accord nul ou irrégulier avaient exclusivement trait à la subvention de fonctionnement, qui n'était pas concernée par cet accord et nullement à la contribution patronale ; que d'autre part il n'est pas établi que le Comité d'Etablissement de Montpellier n'ait pas été rempli de ses droits par l'intermédiaire du Comité Central d'Entreprise sur la base du taux en vigueur qui était de 3,8% ; que s'agissant de la période postérieure à l'arrêt du 2 juillet 1997 de la cour d'appel de Montpellier, il lui a été donné satisfaction et reconnu son droit à être directement bénéficiaire de la contribution patronale qui ne transite plus désormais par le Comité Central d'Entreprise (...) ; qu'en conséquence, il convient de juger – qu'aucun taux légal de contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne peut être défini ; - que le taux pratiqué par la société IBM est un taux d'usage ; - que le taux applicable au Comité d'Etablissement de Montpellier doit être identique à celui applicable à l'ensemble des Comités d'Etablissement, soit 3,8% de 1992 à 1998 et 3,27% de 1999 à 2007 ; - que l'assiette de la contribution patronale doit être définie à partir du compte 641 ; (...)

ALORS QUE, selon l'article L2323-86 du Code du travail, la contribution versée chaque année par l'employeur pour financer les institutions sociales du comité d'entreprise ne peut, en aucun cas, être inférieure au montant fixé en application de la règle légale ; qu'en conséquence, un accord collectif ou un usage ne peut fixer un montant de contribution qui serait inférieur à celui qui résulterait de l'application de ladite règle ; qu'il en résulte que le juge ne pouvait, en l'espèce, décider que le taux fixé d'abord dans le cadre d'un usage puis confirmé dans un premier temps et diminué dans un second temps par des accords collectifs, serait opposable au comité d'établissement sans avoir établi que ces taux ne sont pas inférieurs à ceux qui résulteraient de l'application de la règle légale susvisée ; que la cassation à intervenir au premier moyen entraînera, par voie de conséquence, la cassation du second moyen.

Moyen produit par la SCP Célice, Blanpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la société Compagnie IBM France, demanderesse au pourvoi n° C 10-30.080

Il est fait grief à l'arrêt attaqué, confirmatif de ce chef, d'avoir dit que l'assiette de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles devait être définie à partir du

compte 641, et d'avoir dit que l'expert devrait prendre en compte les conclusions de son précédent rapport chiffrant le montant de la contribution à 53.247.386 € pour la période de 1983 à 2001 inclus ;

AUX MOTIFS QUE « sur l'assiette de la contribution : le CE de Montpellier soutient qu'elle est constituée par la masse salariale brute appréhendée à partir du compte 641 alors que la Société IBM soutient qu'il faut se référer à l'assiette fiscale des salaires déclarés ; or qu'en matière de subvention de fonctionnement versée par l'entreprise au comité d'entreprise c'est cette norme comptable 641 qui est prise en compte ; que la contribution patronale aux ASC du C.E. étant de même nature, il n'y a pas lieu d'appliquer une norme différente nonobstant le fait que cette norme ne serait ou n'est pas appliquée au niveau de l'établissement IBM de Montpellier ; que l'expert X... a estimé à 53.247.386 € avant imputation des moyens mis à la disposition du C.E. le montant de la contribution patronale aux A.S.C. du C.E. pour les années 1983 à 2001 ; que la demande du C.E. de Montpellier portant sur les années 1992 à 2007 il y a lieu d'ordonner un complément d'expertise pour la période postérieure à 2002 » (arrêt p. 11) ;

AUX MOTIFS DES PREMIERS JUGES, EN LES SUPPOSANT ADOPTES, QUE « sur l'assiette de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles : la société IBM soutient qu'elle n'est tenue pour le versement de sa contribution patronale qu'au titre d'un usage et d'un engagement volontaire et que la détermination de l'assiette de sa contribution doit être recherchée sur la base de cet usage, qui en l'espèce est celui de l'assiette fiscale des salaires déclarés et non la masse salariale brute comptable définie par la norme comptable 641 ; que si la détermination du taux de contribution est susceptible de résulter d'un usage et d'accords collectifs issus de négociations, le versement de la contribution patronale résulte d'une obligation légale, au même titre que la subvention de fonctionnement dont le taux est légalement défini ; que l'application effective du taux se fait sur la base d'une masse salariale qui doit être définie sur la même base que celle de la subvention de fonctionnement, soit la masse salariale brute versée au niveau de l'entreprise, ce qui selon l'expert exclue tout abattement fiscal, social ou autre que ce soit en pourcentage ou en valeur absolue ; que selon l'expert la masse salariale doit être appréhendée à partir du compte 641 ; qu'une circulaire ministérielle du 16 février 1987 l'a définie pour le calcul de la subvention de fonctionnement, qu'elle comprend les salaires, appointements et commission de base, les congés payés, les primes et qualifications, les indemnités et avantages divers et le supplément familial ; que cette norme comptable validée par la Cour de Cassation est transposable en matière de contribution patronale ; qu'elle doit donc s'appliquer au bénéfice du Comité d'Etablissement de Montpellier, sans qu'il ne puisse y être dérogé » (Jugement p. 15) ;

ALORS, D'UNE PART, QUE dès l'instant où le montant de la contribution patronale aux activités sociales et culturelles ne résulte pas de l'application des règles légales mais d'un usage d'entreprise, la base de calcul de la masse salariale est elle-même déterminée en fonction de l'usage en vigueur dans l'entreprise ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté l'absence de taux légal au sein de la Société IBM FRANCE et le fait que les modalités de détermination de la contribution des activités sociales et culturelles résultaient d'un usage ; qu'en énonçant que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait néanmoins être déterminée au regard du compte 641, sans rechercher, comme cela lui était expressément demandé, s'il ne résultait pas des engagements et usages en vigueur au sein de la Société IBM FRANCE que l'assiette de

la contribution patronale aux activités sociales et culturelles était l'assiette fiscale des salaires déclarés par l'employeur, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ;

ALORS, D'AUTRE PART ET SUBSIDIAIREMENT, QUE l'article L.2323-86 du Code du travail dispose que la contribution patronale aux activités sociales et culturelles a pour assiette le « montant global des salaires payés » ; qu'il résulte de ce texte que ne peuvent être pris en compte pour le calcul des cotisations des sommes qui n'ont pas le caractère de salaires ; qu'en énonçant que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait être déterminée au regard du compte 641, sans rechercher, comme cela lui était expressément demandé, si ce compte qui n'existait qu'au niveau de la comptabilité de l'entreprise ne comprenait pas des indemnités de rupture de contrats de travail n'ayant pas le caractère de salaires, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard du texte susvisé ;

ALORS, DE TROISIEME PART ET SUBSIDIAIREMENT, QUE l'article L.2323-86 du Code du travail dispose que la contribution patronale aux activités sociales et culturelles a pour assiette le « montant global des salaires payés » ; que le calcul de l'assiette de la contribution patronale due par l'employeur à un Comité d'Etablissement implique que soit déterminé, de manière exacte, le montant global des salaires payés au sein de l'établissement ; qu'en écartant les données fiscales précises relatives aux salaires versés au sein de l'établissement de MONTPELLIER produites par la Société IBM FRANCE pour énoncer que la masse salariale servant d'assiette au calcul de la contribution patronale devait être déterminée au regard du compte 641, cependant qu'il était constant qu'un tel compte n'existait pas au niveau des établissements et que l'expert avait déjà dû, pour la période antérieure à 2001, se fonder non pas sur la masse salariale réelle au sein de l'établissement de MONTPELLIER, mais sur une extrapolation au regard d'éléments non relatifs à cet établissement résultant d'une application à la masse salariale fiscale de l'établissement de MONTPELLIER des coefficients d'écart entre la masse salariale fiscale et le compte 641 existant au niveau de l'entreprise -, la cour d'appel a violé l'article L. 2323-86 du Code du travail.

**Décision attaquée** : Cour d'appel de Montpellier du 21 octobre 2009