

Cour de cassation

Chambre sociale

Audience publique du 6 juin 2018

N° de pourvoi: 17-14.372 17-14.373 17-14.374 17-14.375

ECLI:FR:CCASS:2018:SO00927

Publié au bulletin

Rejet

M. Frouin (président), président

SCP Marc Lévis, SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Vu la connexité, joint les pourvois n° Y 17-14.372 à B 17-14.375 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 8 décembre 2016), qu'engagés par la société BNP Paribas, MM. X..., Z..., A... et Y... ont été affectés, pendant des périodes comprises entre 1997 et 2012, dans des succursales situées à Londres, Singapour ou New York ; qu'au cours de l'année 2014, les salariés ont saisi le tribunal de grande instance de demandes en paiement de diverses sommes à titre de participation et d'intéressement ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de la condamner à payer aux salariés diverses sommes à titre de participation, alors, selon le moyen, qu'un accord de participation peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime de participation ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords de participation les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3322-1, L. 3322-2 et L. 3342-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 3342-1 du code du travail que tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord de participation doivent avoir la possibilité de bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise, sans que puisse leur être opposé le fait qu'ils n'exécutent pas leur activité en France ou qu'ils n'y sont pas rémunérés ; que la clause d'un accord de participation excluant les salariés détachés à l'étranger dans une succursale est réputée non écrite ;

Et attendu qu'ayant constaté que les salariés n'avaient jamais cessé d'appartenir à l'effectif de la société BNP Paribas durant leur période de détachement dans les succursales concernées, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief aux arrêts de la condamner à payer aux salariés diverses sommes à titre d'intéressement, alors, selon le moyen, qu'un accord d'intéressement peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime d'intéressement ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords d'intéressement les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3312-1, L. 3312-2 et L. 3342-1 du code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 3342-1 du code du travail que tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord d'intéressement doivent avoir la possibilité de bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise, sans que puisse leur être opposé le fait qu'ils n'exécutent pas leur activité en France ou qu'ils n'y sont pas rémunérés ; que la clause d'un accord d'intéressement excluant les salariés détachés à l'étranger dans une succursale est réputée non écrite ;

Et attendu qu'ayant constaté que les salariés n'avaient jamais cessé d'appartenir à l'effectif de la société BNP Paribas durant leur période de détachement dans les succursales concernées, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, abstraction faite des motifs erronés mais surabondants tenant à l'application du principe d'égalité de traitement, légalement justifié sa décision ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le troisième moyen ci-après annexé qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Condamne la société BNP Paribas aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme globale de 3 000 euros aux salariés ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du six juin deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits au pourvoi n° Y 17-14.372 par la SCP Lévis, avocat aux Conseils, pour la société BNP Paribas.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. X... les sommes de 945,33 euros, 4.846 euros, 6.764 euros, 6.917 euros, 8.280 euros, 7.964 euros, 1. 282 euros, 3.580 euros, 5.743 euros, 4.376 euros et 810,33 euros à titre de participation pour les exercices 2002 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 9 avril 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L. 3312-2 dispose :

« toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois. (

) » ; que l'article 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions

similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Antoine X... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 29, 17, 19 et 21 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Antoine X... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à Singapour, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 20 août 2002 et le dernier en date du 13 octobre 2010 stipulant que « les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement "sous réserve de la politique d'expatriation" en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Antoine X... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérerait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation — étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 20 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à Singapour sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise — ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 30, 31, 18, 20 et 22 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par

celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er septembre 2002 au 29 février 2012, M. Antoine X... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il n'est pas discuté que des accords successifs de participation et d'intéressement ont été conclus pour les années considérées au sein du groupe BNP Paribas et que la BNP Paribas SA est l'un des signataires de ces accords ; que l'article L. 3342-1 du code du travail dispose cependant que tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions ; que l'article L. 444-4 ancien, également applicable pour une partie des années considérées, prévoyait que tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions ; que la BNP Paribas SA soutient que c'est en application des accords collectifs conclus au sein du groupe BNP Paribas avec les partenaires sociaux que M. X... n'a pas bénéficié de la participation et de l'intéressement durant son affectation à l'étranger et que ces accords sont parfaitement valables ; qu'il ressort des dispositions précitées que les accords de participation et d'intéressement doivent bénéficier à tous les salariés de l'entreprise sans que les salariés détachés à l'étranger puissent en être exclus ; qu'en réservant aux salariés travaillant dans un établissement situé en France et/ou en posant comme condition qu'il soit rémunéré en France et non par une succursale étrangère, les accords conclus au sein du groupe BNP Paribas ajoutent une condition non prévue par la loi ; qu'il n'est pas contesté que M. X... est demeuré salarié de la BNP Paribas SA pendant la durée de son affectation à l'étranger de sorte qu'il convient d'écarter les stipulations des accords de participation et d'intéressement contraires et de dire qu'il aurait dû bénéficier des dispositions de ces accords, étant en outre observé que les succursales de la BNP Paribas SA au Royaume Uni et à Singapour entrent dans le périmètre des comptes consolidés de l'entreprise ; qu'en outre, les tableaux produits pour établir que le salaire d'expatriation de M. X... engloberait une somme forfaitaire compensant la perte des avantages dus au titre de la participation et de l'intéressement dont il était privé du fait de son affectation à l'étranger, qui ne ressortent d'aucun document contractuel ou pré-contractuel et dont M. X... conteste avoir eu connaissance avant l'engagement de la présente action, seront écartés comme n'étant pas probants ; que M. X... était par conséquent éligible au bénéfice des primes d'intéressement et de participation telles que prévues par les accords successifs conclus au sein du groupe BNP Paribas pour les années 2002 à 2012 ;

ALORS QU'un accord de participation peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime de participation ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords de participation les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3322-1, L. 3322-2 et L. 3342-1 du code du travail

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. X... les sommes 788.66 euros, 2.985 euros, 3.256 euros, euros, 4.452 euros, 4,838 euros, 3.359 euros, 6.548 euros, 6.704 euros, 6.195 euros, 805,33 euros à titre d'intéressement pour les exercices 2002 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 9 avril 2014, capitalisés dans les conditions légales

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L 3312-2 dispose :

« toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois. (

) » ; que l'article 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Antoine X... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 29, 17, 19 et 21 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit

français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Antoine X... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à Singapour, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 20 août 2002 et le dernier en date du 13 octobre 2010 stipulant que "les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement "sous réserve de la politique d'"expatriation" en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Antoine X... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 20 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à Singapour sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 30, 31, 18, 20 et 22 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er septembre 2002 au 29 février 2012, M. Antoine X... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'il n'est pas discuté que des accords successifs de participation et d'intéressement ont été conclus pour les années considérées au sein du groupe BNP Paribas et que la BNP Paribas SA est l'un des signataires de ces accords ; que l'article L. 3342-1 du code du travail dispose cependant que tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions ; que l'article L. 444-4 ancien, également applicable pour une partie des années considérées, prévoyait que tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus

au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions ; que la BNP Paribas SA soutient que c'est en application des accords collectifs conclus au sein du groupe BNP Paribas avec les partenaires sociaux que M. X... n'a pas bénéficié de la participation et de l'intéressement durant son affectation à l'étranger et que ces accords sont parfaitement valables ; qu'il ressort des dispositions précitées que les accords de participation et d'intéressement doivent bénéficier à tous les salariés de l'entreprise sans que les salariés détachés à l'étranger puissent en être exclus ; qu'en réservant aux salariés travaillant dans un établissement situé en France et/ou en posant comme condition qu'il soit rémunéré en France et non par une succursale étrangère, les accords conclus au sein du groupe BNP Paribas ajoutent une condition non prévue par la loi ; qu'il n'est pas contesté que M. X... est demeuré salarié de la BNP Paribas SA pendant la durée de son affectation à l'étranger de sorte qu'il convient d'écarter les stipulations des accords de participation et d'intéressement contraires et de dire qu'il aurait dû bénéficier des dispositions de ces accords, étant en outre observé que les succursales de la BNP Paribas SA au Royaume Uni et à Singapour entrent dans le périmètre des comptes consolidés de l'entreprise ; qu'en outre, les tableaux produits pour établir que le salaire d'expatriation de M. X... engloberait une somme forfaitaire compensant la perte des avantages dus au titre de la participation et de l'intéressement dont il était privé du fait de son affectation à l'étranger, qui ne ressortent d'aucun document contractuel ou pré-contractuel et dont M. X... conteste avoir eu connaissance avant l'engagement de la présente action, seront écartés comme n'étant pas probants ; que M. X... était par conséquent éligible au bénéfice des primes d'intéressement et de participation telles que prévues par les accords successifs conclus au sein du groupe BNP Paribas pour les années 2002 à 2012 ;

ALORS QU'un accord d'intéressement peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime d'intéressement ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords d'intéressement les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3312-1, L. 3312-2 et L. 3342-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action intentée par M. X... et condamné la société BNP Paribas à verser à ce dernier diverses sommes à titre de participation et d'intéressement pour les exercices 2002 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 9 avril 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE sur la fin de non-recevoir tirée de la prescription, en application des dispositions de l'article 2224 du code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'avant le 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi précitée, l'ancien article 2277 du code civil issu de la loi n° 71-586 du 16 juillet 1971 prévoyait également que se prescrivaient par cinq ans « les actions en paiement des salaires (

) et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts » ; que sous l'empire de la nouvelle loi comme de l'ancienne, la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du bénéficiaire ; que la société BNP PARIBAS soutient que M. Antoine X... a été avisé de son inéligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement à travers les lettres-avenant qu'il a signées et la détermination des éléments composant son salaire d'expatriation détaillés dans les tableaux "U", ainsi qu'au travers d'une information collective provenant de l'application des accords collectifs en vigueur ; qu'en ce qui concerne l'information individuelle, la lettre d'embauche du 20 août 2002 tenant lieu de contrat de travail à effet au 1er septembre 2002 stipule que M. Antoine X... bénéficiera de la participation et de l'intéressement conformément aux accords applicables aux collaborateurs de la société, tandis que le premier avenant d'affectation daté du même jour et à effet au 1er septembre 2002 précise uniquement : « Durant votre détachement, ce salaire se substituera aux rémunérations de toutes natures qui vous étaient versées par BNP Paribas S.A. » ; qu'une telle formulation rédigée en termes généraux ne suffit pas à démontrer que M. Antoine X... aurait été expressément et clairement informé de son exclusion des dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de l'entreprise pendant la durée de son détachement à l'étranger ; qu'il en est de même de la formule suivante, invariablement employée à compter de l'avenant du 31 octobre 2007 : « Durant votre détachement, ce salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié, et notamment des dispositions relatives à la répartition de la réserve de participation et de l'intéressement » qui n'est pas plus explicite et en tout état de cause laisse au contraire à penser que l'intéressé n'est pas exclu des dispositifs de participation et d'intéressement ; que par ailleurs, il n'est nullement établi que les deux tableaux « U » non signés par les parties, l'un non daté et l'autre datant d'octobre 2010 (pièces n° 6 et 7 de l'appelante), aient été portés à la connaissance de M. Antoine X..., l'attestation de M. Jérémie C..., datée du 18 mai 2016 et présentée pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 40 de l'appelante), étant à cet égard insuffisante dans la mesure où ce témoin est un cadre de direction de la société BNP PARIBAS exerçant ses responsabilités au niveau du groupe, de surcroît depuis seulement septembre 2009, et où il procède par affirmations générales sans avoir personnellement constaté les modalités selon lesquelles ont été expliqués et proposés à M. Antoine X... ses salaires d' "expatriation" successifs ; qu'il en est de même du document unilatéral intitulé « PROMPTEUR - ELEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LA DETERMINATION DU PACKAGE D'EXPATRIATION « U » », non daté et présenté aussi pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 41 de l'appelante) ; qu'en ce qui concerne l'information collective, la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que les salariés pouvaient se procurer les accords auprès de leur service « RH » jusqu'en 2002 puis via l'intranet « RH » à compter de l'année 2003 (notamment ses pièces n° 37 à 39, 43 à 45) ; que dès lors que les salariés affectés et rémunérés à l'étranger étaient exclus des dispositifs de participation et d'intéressement, il n'est pas établi que M. Antoine X... ait eu la possibilité à Londres puis à Singapour de se procurer lesdits accords, étant en outre fait observer qu'il ne pouvait techniquement avoir accès à l'intranet "RH" français ; qu'en tout état de cause, l'information collective par un moyen de communication interne ou par internet ne dispense en aucun cas l'employeur de son obligation de fournir au salarié l'information individuelle qu'il lui doit en vertu des dispositions de l'article D. 3323-16 relatif à la participation et des articles D. 3313-8 et D. 3313-9 relatifs à l'intéressement ; qu'il ne ressort d'aucun élément au dossier que cette information individuelle ait été transmise ou remise à M. Antoine X..., ce qui est logique dès lors que son employeur estimait qu'il était exclu des dispositifs de participation et d'intéressement en raison de sa qualité de salarié

affecté et rémunéré à l'étranger ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que M. Antoine X... n'a jamais connu les éléments dont dépendait sa créance périodique de participation et d'intéressement et que la prescription quinquennale, renouvelée à chaque exercice en fonction des résultats annuels de l'entreprise, n'est par conséquent pas applicable ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que les premiers juges ont écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action de M. Antoine X... ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE selon l'article 2224 du code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; que les dispositions de la loi du 17 juin 2008 réduisant à cinq ans la durée de prescription s'appliquent dès lors à compter de son entrée en vigueur sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ; que la BNP soutient principalement que les demandes de M. X... sont irrecevables dès lors qu'elles se heurtent à la prescription quinquennale qui aurait commencé à courir au plus tard le 29 août 2002, date de signature de son avenant d'affectation à Londres lorsqu'il a été informé à titre individuel, lors des discussions sur son salaire d'expatriation, qu'il n'était pas éligible à la participation/intéressement du fait de son statut d'expatrié ; que cependant, M. X... a été engagé par BNP Paribas à compter du 1er septembre 2002 et a été immédiatement affecté à l'étranger ; que s'il est précisé dans sa lettre de détachement que son salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations « de toutes natures qui vous étaient versées », cette mention ne suffit pas à établir qu'il aurait été clairement informé de ce qu'il ne bénéficierait pas de la participation et de l'intéressement pendant la durée de son détachement à l'étranger ; que la formule reprise dans sa lettre de détachement à Singapour selon laquelle son salaire d'expatriation « se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié, et notamment des dispositions relatives à la répartition de la Réserve de Participation et de l'intéressement » n'est pas plus explicite ; que BNP Paribas n'établit au demeurant pas que le salaire d'expatriation comprendrait une somme forfaitaire destinée à compenser la perte des avantages dus au titre de la participation et de l'intéressement, étant donné que les droits à participation et à intéressement sont par nature aléatoires et que l'intéressement ne peut se substituer à un élément de salaire ; qu'il ne peut dès lors être considéré que M. X... a été informé de ce qu'il n'était pas éligible à la participation et à l'intéressement ; que l'action relative à l'intéressement et à la participation des années 2002 à 2007 était soumise à la prescription trentenaire, la prescription quinquennale de l'ancien article 2277 du code civil ne s'appliquant pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du créancier ce qui est le cas en l'espèce ; qu'en effet, dans la mesure où BNP Paribas a toujours considéré que M. X... ne pouvait pas bénéficier des primes d'intéressement et de la participation prévues par les accords convenus au sein du groupe, celui-ci n'a jamais été destinataire de l'information individuelle prévue par les dispositions des articles L. 444-5 ancien et L. 3341-7 du code du travail et à la charge de l'employeur ; que les dispositions de l'article 2224 du code civil, lesquelles se substituent à celles de l'ancien article 2277 du code civil, s'appliquent par conséquent à compter du 19 juin 2008 pour les rappels des sommes dues au titre de la prime d'intéressement et de la participation des années 2002 à 2007 mais également à celle des années 2008 à 2012 ce qui n'est pas contesté ; que la créance invoquée par M. X... au titre de la prime d'intéressement et de la participation des années 2002 à 2012 devant être calculée en fonction des résultats consolidés des sociétés du groupe BNP Paribas et l'employeur ne justifiant pas l'avoir mis en possession des éléments comptables permettant de vérifier les montants de ses droits avant l'engagement de la présente procédure, il convient d'écartier

la fin de non recevoir ainsi soulevée ;

1/ ALORS QUE le point de départ de la prescription se situe au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action ; qu'en l'espèce la cour d'appel a retenu que le salarié avait connaissance des dispositifs de participation et d'intéressement mis en place au profit des salariés de BNP Paribas et pensait en bénéficier, ce dont il résultait qu'il disposait, dès la première année de son détachement, des éléments de connaissance nécessaires à l'exercice de son action ; qu'en retenant néanmoins que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, la cour d'appel a violé les articles 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 et l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

2/ ALORS, à tout le moins, QUE la preuve d'un fait juridique pouvant être rapportée par tous moyens, notamment par voie de présomptions graves, précises et concordantes, il appartient au juge, devant lequel l'employeur invoque plusieurs éléments pour établir la connaissance qu'avait le salarié des dispositifs d'intéressement et de participation en vigueur dans l'entreprise, et de ce qu'il n'en bénéficiait pas pendant la durée de son détachement, de procéder à une appréciation de tous ces éléments, pris dans leur ensemble ; qu'en l'espèce, pour établir que le salarié avait connaissance, à la date de son détachement, des accords de participation et d'intéressement et de son exclusion des dispositifs, l'employeur produisait notamment les avenants de détachement signés par le salarié se référant aux accords de participation et d'intéressement, à la situation spécifique des salariés expatriés au regard de ces accords, et stipulant que la rémunération d'expatrié se substituait aux rémunérations de toutes natures précédemment versées, ainsi que les tableaux « U » déterminant le salaire d'expatriation du salarié et l'attestation du responsable rémunération et avantage sociaux de l'entreprise relative à l'information donnée aux salariés préalablement à la conclusion d'un avenant de détachement ; que dès lors, en examinant séparément les avenants, tableaux et attestation et en pointant leurs insuffisances respectives sans rechercher si l'ensemble des éléments produits, envisagés et appréciés dans leur globalité n'étaient pas de nature à établir la connaissance, par le salarié, de son absence d'éligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement, la cour d'appel a violé les articles 1348 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyens produits au pourvoi n° Z 17-14.373 par la SCP Lévis, avocat aux Conseils, pour la société BNP Paribas.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. Y... les sommes de 2.836 euros, 4.846 euros, 6.764 euros, 6.917 euros, 8.280 euros, 7.964 euros, 1.282 euros, 3.580 euros, 5.743 euros et 3.644,68 euros à titre de participation pour les exercices 2002 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 27 février 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de

l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L. 3312-2 dispose :

« toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L. 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois. (

) » ; que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Cyril Y... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 32, 22, 23 et 24 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Cyril Y... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans la succursale de cette dernière à Londres, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 21 juin 2001 stipulant que « les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la

durée de [son] détachement" sous réserve de la politique d'"expatriation" en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Cyril Y... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 22 de l'intimé les résultats de la succursale de la société BNP PARIBAS à Londres sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 33, 34, 25 à 27 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er août 2001 au 31 octobre 2012, M. Cyril Y... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE s'agissant de la participation, s'il est constant que des aménagements au régime légal peuvent être apportés par voie d'accord collectif, il n'est nullement permis de déroger aux principes légaux de la participation, notamment à son caractère collectif et aléatoire ; qu'ainsi, le seul fait d'être titulaire d'un contrat de travail et de remplir les conditions d'ancienneté suffit pour bénéficier de la participation mise en place dans l'entreprise, sans qu'il soit possible d'en exclure les salariés travaillant à l'étranger ; que de même, s'agissant de l'intéressement, l'employeur qui fait le choix de mettre en place, au sein de son entreprise, l'intéressement au profit de ses employés ne peut écarter de son bénéfice un salarié pour un autre motif que celui de l'ancienneté, qu'en l'espèce, la société BNP PARIBAS a mis en place une participation des salariés aux résultats d'exploitation de l'entreprise, plusieurs accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 20 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que de même, elle a mis en place l'intéressement des salariés aux résultats, des accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2003 20 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que ces accords, qu'il s'agisse de la participation ou de l'intéressement, stipulent qu'ils ne s'appliquent « pas à compter de la date de leur détachement, aux salariés de l'une des entités signataires ou adhérentes au présent accord détachés auprès d'une entité non partie à l'accord dès lors que leur contrat de travail avec l'une de ces entités signataires ou adhérentes est suspendu et qu'ils sont rémunérés par une autre entité non partie au présent accord » ; qu'autrement dit, aux termes de ces accords, le bénéfice de la participation et de l'intéressement est réservé aux salariés rémunérés en France ; que

cependant, en application des dispositions légales précitées, BNP PARIBAS ne pouvait, même après négociations collectives avec les organisations syndicales, décider d'exclure du bénéfice de ces accords les salariés en détachement ; que Monsieur Y... bénéficiant d'un contrat de travail au sein de BNP PARIBAS qui n'a été ni rompu ni suspendu, faisant partie de son effectif et travaillant sous le régime du détachement dans une succursale londonienne de la Banque pendant toute la période considérée, ne pouvait être exclu du bénéfice de ces dispositions sous couvert d'une condition de territorialité non prévue par les textes ; qu'il est indifférent que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation ;

ALORS QU'un accord de participation peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime de participation ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords de participation les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3322-1, L. 3322-2 et L. 3342-1 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. Y... les sommes de 2 366 euros, 2.985 euros, 3.256 euros, 3.772 euros, 4.452 euros, 4.838 euros, 3.359 euros, 6.548 euros, 6.704 euros et 5.159,65 euros à titre d'intéressement pour les exercices 2002 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 27 février 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L. 3312-2 dispose :

« toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L. 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois. (

) » ; que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Cyril Y... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 32, 22, 23 et 24 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Cyril Y... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans la succursale de cette dernière à Londres, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 21 juin 2001 stipulant que « les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement » sous réserve de la politique d'« expatriation » en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Cyril Y... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 22 de l'intimé les résultats de la succursale de la société BNP PARIBAS à Londres sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 33, 34, 25 à 27 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le

salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er août 2001 au 31 octobre 2012, M. Cyril Y... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE s'agissant de la participation, s'il est constant que des aménagements au régime légal peuvent être apportés par voie d'accord collectif, il n'est nullement permis de déroger aux principes légaux de la participation, notamment à son caractère collectif et aléatoire ; qu'ainsi, le seul fait d'être titulaire d'un contrat de travail et de remplir les conditions d'ancienneté suffit pour bénéficier de la participation mise en place dans l'entreprise, sans qu'il soit possible d'en exclure les salariés travaillant à l'étranger ; que de même, s'agissant de l'intéressement, l'employeur qui fait le choix de mettre en place, au sein de son entreprise, l'intéressement au profit de ses employés ne peut écarter de son bénéfice un salarié pour un autre motif que celui de l'ancienneté, qu'en l'espèce, la société BNP PARIBAS a mis en place une participation des salariés aux résultats d'exploitation de l'entreprise, plusieurs accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 20 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que de même, elle a mis en place l'intéressement des salariés aux résultats, des accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2003 20 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que ces accords, qu'il s'agisse de la participation ou de l'intéressement, stipulent qu'ils ne s'appliquent « pas à compter de la date de leur détachement, aux salariés de l'une des entités signataires ou adhérentes au présent accord détachés auprès d'une entité non partie à l'accord dès lors que leur contrat de travail avec l'une de ces entités signataires ou adhérentes est suspendu et qu'ils sont rémunérés par une autre entité non partie au présent accord » ; qu'autrement dit, aux termes de ces accords, le bénéfice de la participation et de l'intéressement est réservé aux salariés rémunérés en France ; que cependant, en application des dispositions légales précitées, BNP PARIBAS ne pouvait, même après négociations collectives avec les organisations syndicales, décider d'exclure du bénéfice de ces accords les salariés en détachement ; que Monsieur Y... bénéficiant d'un contrat de travail au sein de BNP PARIBAS qui n'a été ni rompu ni suspendu, faisant partie de son effectif et travaillant sous le régime du détachement dans une succursale londonienne de la Banque pendant toute la période considérée, ne pouvait être exclu du bénéfice de ces dispositions sous couvert d'une condition de territorialité non prévue par les textes ; qu'il est indifférent que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation ;

ALORS QU'un accord d'intéressement peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime d'intéressement ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords d'intéressement les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3312-1, L. 3312-2 et L. 3342-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action intentée par M. Y... et condamné la société BNP Paribas à verser à ce dernier diverses sommes à titre de participation et d'intéressement pour les exercices 2002 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 27 février 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QU'en application des dispositions de l'article 2224 du code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'avant le 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi précitée, l'ancien article 2277 du code civil issu de la loi n° 71-586 du 16 juillet 1971 prévoyait également que se prescrivaient par cinq ans « les actions en paiement des salaires (

) et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts » ; que sous l'empire de la nouvelle loi comme de l'ancienne, la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du bénéficiaire ; que la société BNP PARIBAS soutient que M. Cyril Y... a été avisé de son inéligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement à travers les lettres-avenant qu'il a signées et la détermination des éléments composant son salaire d'expatriation détaillés dans les tableaux « U » ainsi qu'au travers d'une information collective provenant de l'application des accords collectifs en vigueur ; qu'en ce qui concerne l'information individuelle, le premier avenant d'affectation daté du 21 juin 2001 précise uniquement : « Durant votre détachement, ce salaire se substituera aux rémunérations de toutes natures qui vous étaient versées par BNP Paribas S.A. » ; qu'une telle formulation rédigée en termes généraux ne suffit pas à démontrer que M. Cyril Y... aurait été expressément et clairement informé de son exclusion des dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de l'entreprise pendant la durée de son détachement à l'étranger ; qu'il en est de même de la formule suivante, employée dans l'avenant du 17 août 2006 : « Durant votre détachement, ce salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié, et notamment des dispositions relatives à la répartition de la réserve de participation et de l'intéressement », qui n'est pas plus explicite et en tout état de cause laisse au contraire à penser que l'intéressé n'est pas exclu des dispositifs de participation et d'intéressement ; que par ailleurs, il n'est nullement établi que le tableau « U » non signé par les parties ni daté (pièce n° 6 de l'appelante), ait été porté à la connaissance de M. Cyril Y..., l'attestation de M. Jérémie C..., datée du 18 mai 2016 et présentée pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 44 de l'appelante), étant à cet égard insuffisante dans la mesure où ce témoin est un cadre de direction de la société BNP PARIBAS exerçant ses responsabilités au niveau du groupe, de surcroît depuis seulement septembre 2009, et où il procède par affirmations générales sans avoir personnellement constaté les modalités selon lesquelles ont été expliqués et proposés à M. Cyril Y... ses salaires d' "expatriation" successifs ; qu'il en est de même du document unilatéral intitulé « PROMPTEUR – ELEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LA DETERMINATION DU PACKAGE D'EXPATRIATION « U » », non daté et présenté aussi pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 45 de l'appelante) ; qu'en ce qui concerne l'information collective, la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que les salariés pouvaient se procurer

les accords auprès de leur service « RH » jusqu'en 2002 puis via l'intranet « RH » à compter de l'année 2003 (notamment ses pièces n° 41 à 43) ; que dès lors que les salariés affectés et rémunérés à l'étranger étaient exclus des dispositifs de participation et d'intéressement, il n'est pas établi que M. Cyril Y... ait eu la possibilité à Londres de se procurer lesdits accords, étant en outre fait observer qu'il ne pouvait techniquement avoir accès à l'intranet "RH" français ; qu'en tout état de cause, l'information collective par un moyen de communication interne ou par internet ne dispense en aucun cas l'employeur de son obligation de fournir au salarié l'information individuelle qu'il lui doit en vertu des dispositions de l'article D. 3323-16 relatif à la participation et des articles D. 3313-8 et D. 3313-9 relatifs à l'intéressement ; qu'il ne ressort d'aucun élément au dossier que cette information individuelle ait été transmise ou remise à M. Cyril Y..., ce qui est logique dès lors que son employeur estimait qu'il était exclu des dispositifs de participation et d'intéressement en raison de sa qualité de salarié affecté et rémunéré à l'étranger ; qu'à cet égard, c'est vainement que la société BNP PARIBAS se prévaut d'un tableau récapitulatif des opérations effectuées en matière d'épargne salariale (ses pièces n° 35 et 51) pour en déduire que M. Cyril Y... était parfaitement au courant de l'état et de l'évolution de ses droits durant toute la période contractuelle, alors que ce tableau, non daté ni signé, peu exploitable, se rapporte aux exercices antérieurs au premier détachement de l'intéressé et ne fait état que d'une seule opération le 14 mai 2002 ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que M. Cyril Y... n'a jamais connu les éléments dont dépendait sa créance périodique de participation et d'intéressement et que la prescription quinquennale, renouvelée à chaque exercice en fonction des résultats annuels de l'entreprise, n'est par conséquent pas applicable ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que les premiers juges ont écarté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action de M. Cyril Y... ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'article 2224 du code civil dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'il sera rappelé qu'aux termes de l'article 26 de la loi du 17 juin 2008 n° 2008-561, les dispositions de ladite loi qui réduisent la prescription, comme c'est le cas en matière de créance mobilière puisque la prescription trentenaire a été remplacée par la prescription quinquennale, s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale ne puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ; qu'il convient dès lors de déterminer à quelle date Monsieur Y... disposait des éléments nécessaires pour introduire sa demande, constituant, conformément aux dispositions de l'article 2224 du code civil, le point de départ de la prescription ; qu'en l'espèce, Monsieur Y... était déjà salarié de BNP PARIBAS depuis plusieurs années au moment de la signature de son avenant de détachement ; que pour l'année 2001 notamment, il est justifié qu'il a perçu une quote-part relative à l'intéressement et à la participation ; que Monsieur Y... a régularisé le 21 juin 2001, une lettre avenant organisant les modalités de son détachement à Londres au sein de BNP PARIBAS LONDON BRANCH ; qu'aux termes de cette lettre, il est indiqué : "pour le poste que vous occuperez auprès de BNP PARIBAS LONDON BRANCH, vous recevrez un salaire annuel brut de GBP 69.000. [...1 Durant votre détachement, ce salaire se substituera aux rémunérations de toutes natures qui vous étaient versées par BNP PARIBAS SA" ; que si la lettre avenant de prorogation du 4 octobre 2004 n'apporte pas de précision complémentaire, se contentant sur le principe de reconduire les dispositions précitées, celle du 17 août 2006 indique « Durant votre détachement, ce salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié et notamment des

dispositions relatives à la répartition de la réserve de participation et de l'intéressement » ; qu'il en résulte qu'à aucun moment, contrairement aux dires de BNP PARIBAS, Monsieur Y... n'a été, individuellement et de manière claire et expresse, informé qu'il n'était plus éligible à l'intéressement et à la participation ; qu'en effet, la lettre de détachement du 21 juin 2001 est silencieuse quant aux droits de Monsieur Y... en matière d'intéressement et de participation qui n'est d'ailleurs pas, à proprement parler, un élément de rémunération ; que par la suite, dans la lettre avenant du 17 août 2006, l'établissement employeur, à travers une formulation non dénuée d'équivoque, laisse même entendre que ces droits seraient en réalité indirectement intégrés à la rémunération globale, sous la forme d'une compensation forfaitaire ; que dès lors, BNP PARIBAS ne peut soutenir que Monsieur Y... était, dès la signature de son premier avenant, pleinement informé de son exclusion de ces droits et en mesure d'introduire une instance ; que le délai de prescription ne saurait commencer à courir à compter de cette date ; que BNP PARIBAS n'est pas davantage fondée à invoquer le "tableau de détermination du salaire d'expatriation de 2004" (tableau U), qui ne comporte ni entête, ni date précise, ni signature et se trouve ainsi dépourvu de toute valeur probante ; que de fait, si le droit de Monsieur Y... à l'intéressement et à la participation est né et exercé après exercice en fonction des résultats de la Banque, il devait, pour contester valablement la nature et/ou le quantum des sommes versées, disposer des éléments comptables, et notamment des bilans sociaux et résultats annuels consolidés, lui permettant d'opérer un contrôle sur la régularité de sa rémunération et chiffrer sa demande ; qu'en effet, en droit, la prescription ne court pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui, comme en l'espèce pour la participation ou l'intéressement, ne sont pas connus du créancier et doivent résulter de déclarations que le débiteur est tenu de faire ; que l'établissement bancaire reconnaît ne pas avoir transmis au salarié à échéances régulières, les résultats d'exploitation et les montants affectés aux différentes réserves ; que BNP PARIBAS ne peut invoquer la disponibilité de ces informations sur internet comme étant diffusées au grand public ou par le biais de l'intranet dès lors qu'elle est débitrice d'une obligation d'information à l'égard du salarié qui y a droit, étant tenue de le mettre en possession de ces éléments ; que la prescription n'avait donc pas commencé à courir pour les exercices 2002 à 2010 avant le 27 février 2014, date de l'assignation, étant observé qu'avant le 19 juin 2008, date de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, l'action en paiement de Monsieur Y... n'était pas prescrite car soumise à la prescription trentenaire de l'article 2262 ancien du code civil ; que la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil n'était donc pas acquise au jour de l'acte introductif d'instance ; qu'il en est de même des demandes concernant l'exercice 2011 pour lequel les éléments ont été transmis par la BNP en 2012 ; que par conséquent, le moyen tiré de la prescription n'est pas fondé et Monsieur Y... doit être déclaré recevable en ses demandes ;

1/ ALORS QUE le point de départ de la prescription se situe au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action ; qu'en l'espèce la cour d'appel a retenu que le salarié avait connaissance des dispositifs de participation et d'intéressement mis en place au profit des salariés de BNP Paribas et pensait en bénéficier, ce dont il résultait qu'il disposait, dès la première année de son détachement, des éléments de connaissance nécessaires à l'exercice de son action ; qu'en retenant néanmoins que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, la cour d'appel a violé les articles 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 et l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

2/ ALORS, à tout le moins, QUE la preuve d'un fait juridique pouvant être rapportée par tous moyens, notamment par voie de présomptions graves, précises et concordantes, il appartient au juge, devant lequel l'employeur invoque plusieurs éléments pour établir la connaissance qu'avait le salarié des dispositifs d'intéressement et de participation en vigueur dans l'entreprise, et de ce qu'il n'en bénéficiait pas pendant la durée de son détachement, de procéder à une appréciation de tous ces éléments, pris dans leur ensemble ; qu'en l'espèce, pour établir que le salarié avait connaissance, à la date de son détachement, des accords de participation et d'intéressement et de son exclusion des dispositifs, l'employeur produisait notamment les avenants de détachement signés par le salarié se référant aux accords de participation et d'intéressement, à la situation spécifique des salariés expatriés au regard de ces accords, et stipulant que la rémunération d'expatrié se substituait aux rémunérations de toutes natures précédemment versées, ainsi que les tableaux « U » déterminant le salaire d'expatriation du salarié et l'attestation du responsable rémunération et avantage sociaux de l'entreprise relative à l'information donnée aux salariés préalablement à la conclusion d'un avenant de détachement ; que dès lors, en examinant séparément les avenants, tableaux et attestation et en pointant leurs insuffisances respectives sans rechercher si l'ensemble des éléments produits, envisagés et appréciés dans leur globalité n'étaient pas de nature à établir la connaissance, par le salarié, de son absence d'éligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement, la cour d'appel a violé les articles 1348 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyens produits au pourvoi n° A 17-14.374 par la SCP Lévis, avocat aux Conseils, pour la société BNP Paribas.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. Z... les sommes de 6.433 euros, 8.336 euros, 8.224 euros, 6.192 euros, 5.025 euros, 2.836 euros, 4.846 euros, 6.764 euros, 6.917 euros, 8.280 euros, 7.964 euros, 1.282 euros, 3.580 euros, 5.743 euros et 4.376 euros à titre de participation pour les exercices 1997 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 12 mars 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L. 3312-2 dispose : « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de

participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L. 3344-1 et L. 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) : que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « Tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Jean-Marc Z... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 32, 20 à 22 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Jean-Marc Z... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à New York, ainsi qu'il ressort de ses avenants d'affectation à Londres des 08 septembre 1997 et 13 juin 2000, puis de l'avenant en date du 14 août 2001 le détachant à New York qui stipule que « les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement » sous réserve de la politique d'« expatriation » en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Jean-Marc Z... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 14 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à New York sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 33, 34, 23 à 25 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité

signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement de 2001 au 30 avril 2012, M. Jean-Marc Z... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord de participation et/ou intéressement, compte tenu de son caractère collectif, doivent pouvoir bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise, sans que les salariés détachés à l'étranger puissent en être exclus, sauf à vouloir ajouter une condition non prévue par la loi ; qu'en l'espèce, il n'est ni soutenu ni démontré que Monsieur Z... n'appartenait plus à l'effectif de BNP Paribas, pendant son détachement à Londres puis à New York, son contrat de travail conclu avec BNP Paribas SA n'ayant été ni rompu ni suspendu, comme cela ressort des différentes lettres et/ou avenants de détachement en date des 8 septembre 1997, 13 juin 2000, 14 août 2001, 11 octobre 2004 et 17 juillet 2006 ; que peu important le fait que le contrat de travail de M. Z... n'ait pas été exécuté en France mais dans des succursales à l'étranger, lesquelles ne constituaient pas des entités autonomes mais faisaient partie de la BNP Paribas SA, qu'il ait été soumis à une législation étrangère et que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation, dès lors que son employeur, la société BNP Paribas, ne pouvait ajouter à la seule condition légale tenant à l'appartenance de l'effectif de l'entreprise, une condition restrictive de territorialité ; que surabondamment, le document intitulé « Etats financiers consolidés au 30 juin 2014 » fait apparaître que les résultats des succursales situées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis ont été intégrés à hauteur de 100% dans le périmètre de consolidation, étant précisé au surplus que le calcul de la réserve spéciale de participation (RSP) est fonction du BNC, défini comme étant le « bénéfice net consolidé part du groupe » ; qu'ainsi contrairement aux dires du défendeur, Monsieur Z... a participé aux résultats de son employeur, la société BNP Paribas SA ;

ALORS QU'un accord de participation peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime de participation ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords de participation les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3322-1, L. 3322-2 et L. 3342-1 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. Z... les sommes de 4.289 euros, 4.722 euros, 3.503 euros, 4.625 euros, 4.404 euros, 2.366 euros, 2.985 euros, 3.256 euros, 3.772 euros, 4.452 euros, 4.838 euros, 3.359 euros, 6.548 euros, 6.704 euros et 6.195 euros à titre d'intéressement pour les exercices 1997 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 12 mars 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L 3312-1 du même code dispose : « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif » ; que l'article L. 3312-2 dispose : « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L. 3344-1 et L. 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) : que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « Tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. Jean-Marc Z... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 32, 20 à 22 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour

bénéficiaire du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Jean-Marc Z... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à New York, ainsi qu'il ressort de ses avenants d'affectation à Londres des 08 septembre 1997 et 13 juin 2000, puis de l'avenant en date du 14 août 2001 le détachant à New York qui stipule que "les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement" sous réserve de la politique d'"expatriation" en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Jean-Marc Z... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 14 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à New York sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 30 juin 2000, 30 juin 2003, 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 33, 34, 23 à 25 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement de 2001 au 30 avril 2012, M. Jean-Marc Z... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, tous les salariés de l'entreprise où a été conclu un accord de participation et/ou intéressement, compte tenu de son caractère collectif, doivent pouvoir bénéficier de la répartition des résultats de l'entreprise, sans que les salariés détachés à l'étranger puissent en être exclus, sauf à vouloir ajouter une condition non prévue par la loi ; qu'en l'espèce, il n'est ni soutenu ni démontré que Monsieur Z... n'appartenait plus à l'effectif de BNP Paribas, pendant son détachement à Londres puis à New York, son contrat de travail conclu avec BNP Paribas SA n'ayant été ni rompu ni suspendu, comme cela ressort des différentes lettres et/ou avenants de détachement en date des 8 septembre 1997, 13 juin 2000, 14 août 2001, 11 octobre 2004 et 17 juillet 2006 ; que peu important le fait que le contrat de travail de M. Z... n'ait pas été exécuté en

France mais dans des succursales à l'étranger, lesquelles ne constituaient pas des entités autonomes mais faisaient partie de la BNP Paribas SA, qu'il ait été soumis à une législation étrangère et que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation, dès lors que son employeur, la société BNP Paribas, ne pouvait ajouter à la seule condition légale tenant à l'appartenance de l'effectif de l'entreprise, une condition restrictive de territorialité ; que surabondamment, le document intitulé « Etats financiers consolidés au 30 juin 2014 » fait apparaître que les résultats des succursales situées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis ont été intégrés à hauteur de 100% dans le périmètre de consolidation, étant précisé au surplus que le calcul de la réserve spéciale de participation (RSP) est fonction du BNC, défini comme étant le « bénéfice net consolidé part du groupe » ; qu'ainsi contrairement aux dires du défendeur, Monsieur Z... a participé aux résultats de son employeur, la société BNP Paribas SA ;

ALORS QU'un accord d'intéressement peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime d'intéressement ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords d'intéressement les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3312-1, L. 3312-2 et L. 3342-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action intentée par M. Z... et condamné la société BNP Paribas à verser à ce dernier diverses sommes à titre de participation et d'intéressement pour les exercices 1997 à 2011 avec intérêts au taux légal à compter du 12 mars 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QU'en application des dispositions de l'article 2224 du code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'avant le 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi précitée, l'ancien article 2277 du code civil issu de la loi n° 71-586 du 16 juillet 1971 prévoyait également que se prescrivaient par cinq ans « les actions en paiement des salaires (

) et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts » ; que sous l'empire de la nouvelle loi comme de l'ancienne, la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du bénéficiaire ; que la société BNP PARIBAS soutient que depuis les accords collectifs signés le 30 juin 2000, M. Jean-Marc Z... a été avisé de son inéligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement à travers les lettres-avenant qu'il a signées et la détermination des éléments composant son salaire d'expatriation détaillés dans le tableau "U", ainsi qu'au travers d'une information collective provenant de l'application des accords collectifs en vigueur ; qu'en ce qui concerne l'information individuelle, il doit être relevé que conformément aux accords collectifs alors en vigueur, les avenants d'affectation à Londres des 08 septembre 1997 et 13 juin 2000 informait M.

Jean-Marc Z... de ce qu'il continuait à bénéficier des dispositifs de participation et d'intéressement ; qu'à compter de son détachement à New York, les avenants au contrat de travail de l'intéressé, en date des 14 août 2001 et 17 juillet 2006, précisent uniquement : « Durant votre détachement, ce salaire se substituera aux rémunérations de toutes natures qui vous étaient versées par BNP Paribas S.A. » ; qu'une telle formulation rédigée en termes généraux, peu explicite, ne suffit pas à démontrer que M. Jean-Marc Z... aurait été expressément et clairement informé de son exclusion des dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de l'entreprise pendant la durée de son détachement à l'étranger ; que par ailleurs, il n'est nullement établi que le tableau « U » non signé par les parties et non daté (pièce n° 10 de l'appelante), ait été porté à la connaissance de M. Jean-Marc Z..., l'attestation de M. Jérémie C..., datée du 18 mai 2016 et présentée pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 47 de l'appelante), étant à cet égard insuffisante dans la mesure où ce témoin est un cadre de direction de la société BNP PARIBAS exerçant ses responsabilités au niveau du groupe, de surcroît depuis seulement septembre 2009, et où il procède par affirmations générales sans avoir personnellement constaté les modalités selon lesquelles ont été expliqués et proposés à M. Z... ses salaires d'"expatriation" successifs ; qu'il en est de même du document unilatéral intitulé « PROMPTEUR — ELEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LA DETERMINATION DU PACKAGE D'EXPATRIATION « U » », non daté et présenté aussi pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 48 de l'appelante) ; qu'en ce qui concerne l'information collective, la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que les salariés pouvaient se procurer les accords auprès de leur service « RH » jusqu'en 2002 puis via l'intranet « RH » à compter de l'année 2003 (notamment ses pièces n° 44 à 46) ; que dès lors que les salariés affectés et rémunérés à l'étranger étaient exclus des dispositifs de participation et d'intéressement, il n'est pas établi que M. Jean-Marc Z... ait eu la possibilité à Londres puis à New York de se procurer lesdits accords, étant en outre fait observer qu'il ne pouvait techniquement avoir accès à l'intranet "RH" français ; qu'en tout état de cause, l'information collective par un moyen de communication interne ou par internet ne dispense en aucun cas l'employeur de son obligation de fournir au salarié l'information individuelle qu'il lui doit en vertu des dispositions de l'article D. 3323-16 relatif à la participation et des articles D. 3313-8 et D. 3313-9 relatifs à l'intéressement ; qu'il ne ressort d'aucun élément au dossier que cette information individuelle ait été transmise ou remise à M. Jean-Marc Z..., ce qui est logique dès lors que son employeur à compter de l'année 2001 estimait qu'il était exclu des dispositifs de participation et d'intéressement en raison de sa qualité de salarié affecté et rémunéré à l'étranger ; qu'à cet égard, c'est vainement que la société BNP PARIBAS se prévaut d'un tableau récapitulatif des opérations effectuées en matière d'épargne salariale (ses pièces n° 35 et 55) pour en déduire que M. Jean-Marc Z... était parfaitement au courant de l'état et de l'évolution de ses droits durant toute la période contractuelle, alors que d'une part, ce tableau, non daté ni signé, peu exploitable, se rapporte à des exercices antérieurs (1999 pour la participation et 2000 pour l'intéressement) à l'entrée en vigueur des accords du 30 juin 2000 qui ont exclu les salariés détachés rémunérés à l'étranger du bénéfice de ces dispositifs et d'autre part ne fait état que d'opérations se rapportant à un seul exercice ; qu'en ce qui concerne la période antérieure de détachement (1997 à 2000), si M. Jean-Marc Z... a été informé par les avenants à son contrat de travail qu'il continuerait à bénéficier des dispositifs de participation et d'intéressement alors en vigueur au sein de la société BNP, il n'est en revanche pas rapporté la preuve qu'il aurait bénéficié de l'information individuelle à laquelle il avait droit ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que M. Jean-Marc Z... n'a jamais connu les éléments dont dépendait sa créance périodique de participation et d'intéressement et que la prescription quinquennale, renouvelée à chaque exercice en fonction des résultats annuels de l'entreprise, n'est par conséquent pas applicable ; qu'en conséquence, c'est à bon droit que les premiers juges ont écarté la fin

de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action de M. Jean-Marc Z... ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'article 2224 du code civil issu des dispositions de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, prévoit que le délai de droit commun de la prescription extinctive est ramené à cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières et court à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; que conformément à l'article 26 de cette loi, les dispositions qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ; que selon l'avenant de détachement du 14 août 2001, par lequel Monsieur Z... est affecté à la succursale de New York, « durant votre détachement, ce salaire se substituera aux énumérations de toutes natures qui vous étaient versées par BNP Paribas SA à Paris » ; que cette formulation, rédigée en termes généraux, ne démontre pas que Monsieur Z... aurait été expressément et clairement informé de son exclusion des dispositifs de participation et d'intéressement, cet avenant étant silencieux quant aux droits de Monsieur Z... au titre de ces deux régimes d'épargne salariale ; qu'il en est de même pour les lettres de prorogation de détachement datées des 11 octobre 2004 et 17 juillet 2006 ; que de même, il ne peut se déduire de la lettre du 8 septembre 1997 emportant affectation à Londres, laquelle précise « vous continuerez à bénéficier des dispositions ou accords pris en faveur du personnel de la BNP, tels que participation, société mutualiste, etc... » que Monsieur Z... aurait bénéficié jusqu'au 1er septembre 2001, date de son affectation à New York, d'un droit à participation et à intéressement alors que l'accord d'intéressement signé le 30 juin 2000, concernant les exercices 2000 à 2005 ne s'appliquait qu'aux salariés « en métropole ou dans les départements d'Outre Mer de BNP Paribas SA » excluant ainsi par-là même les personnes exerçant leur activité à l'étranger de sorte qu'en tout état de causes la lettre de détachement du 8 septembre 1997 était contraire aux stipulations de l'accord collectif ; qu'au surplus, il n'est ni soutenu ni démontré que Monsieur Z... aurait effectivement perçu une prime de participation et/ou une prime d'intéressement pendant sa période d'affectation à Londres ; qu'enfin, la banque ne peut se prévaloir du document intitulé "Tableau U", document non contractuel sur lequel ne figure aucun en-tête au nom de BNP Paribas, pour démontrer que le salaire d'expatriation de Monsieur Z... comprenait une somme forfaitaire destinée à tenir compte de sa non-éligibilité à la participation et/ou à l'intéressement, et ce d'autant que les primes de participation et d'intéressement sont soumises à l'aléa économique de l'entreprise, de sorte qu'aucun montant minimum ou forfaitaire ne peut être fixé ou garanti à l'avance ; qu'il est constant que la prescription quinquennale ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du créancier ; que l'employeur ne justifie pas avoir fait bénéficier Monsieur Z... d'une information individuelle par le biais d'internet ou d'intranet, à l'époque des faits visés et ce d'autant que la banque, qui considérait que Monsieur Z... n'était plus bénéficiaire de l'intéressement/participation en raison de son statut de salarié détaché, n'avait de fait aucun motif légitime de lui transmettre ces informations ; qu'il s'ensuit que l'employeur ne démontrant pas avoir mis le demandeur, avant l'engagement de la procédure, en possession des éléments comptables relatifs aux résultats de l'entreprise, le délai de prescription quinquennale n'avait pas commencé à courir avant le 2 mars 2014, date de l'assignation, étant observé qu'avant le 19 juin 2008, date de l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'action en paiement de Monsieur Z..., n'était pas prescrite car soumise à la prescription trentenaire conformément à l'ancien article 2262 du code civil, l'ancien article 2277 du code civil devant être écarté puisque la créance dépendait d'éléments non connus du créancier ;

1/ ALORS QUE le point de départ de la prescription se situe au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action ; qu'en l'espèce la cour d'appel a retenu que le salarié avait connaissance des dispositifs de participation et d'intéressement mis en place au profit des salariés de BNP Paribas et pensait en bénéficier, ce dont il résultait qu'il disposait, dès la première année de son détachement, des éléments de connaissance nécessaires à l'exercice de son action ; qu'en retenant néanmoins que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, la cour d'appel a violé les articles 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 et l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

2/ ALORS, à tout le moins, QUE la preuve d'un fait juridique pouvant être rapportée par tous moyens, notamment par voie de présomptions graves, précises et concordantes, il appartient au juge, devant lequel l'employeur invoque plusieurs éléments pour établir la connaissance qu'avait le salarié des dispositifs d'intéressement et de participation en vigueur dans l'entreprise, et de ce qu'il n'en bénéficiait pas pendant la durée de son détachement, de procéder à une appréciation de tous ces éléments, pris dans leur ensemble ; qu'en l'espèce, pour établir que le salarié avait connaissance, à la date de son détachement, des accords de participation et d'intéressement et de son exclusion des dispositifs, l'employeur produisait notamment les avenants de détachement signés par le salarié se référant aux accords de participation et d'intéressement, à la situation spécifique des salariés expatriés au regard de ces accords, et stipulant que la rémunération d'expatrié se substituait aux rémunérations de toutes natures précédemment versées, ainsi que les tableaux « U » déterminant le salaire d'expatriation du salarié et l'attestation du responsable rémunération et avantage sociaux de l'entreprise relative à l'information donnée aux salariés préalablement à la conclusion d'un avenant de détachement ; que dès lors, en examinant séparément les avenants, tableaux et attestation et en pointant leurs insuffisances respectives sans rechercher si l'ensemble des éléments produits, envisagés et appréciés dans leur globalité n'étaient pas de nature à établir la connaissance, par le salarié, de son absence d'éligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement, la cour d'appel a violé les articles 1348 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Moyens produits au pourvoi n° B 17-14.375 par la SCP Lévis, avocat aux Conseils, pour la société BNP Paribas.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. A... les sommes de 641 euros, 3.580 euros, 5.743 euros, 4.376 euros et 1.220,50 euros à titre de participation pour les exercices 2008 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation.

Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose que « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif. » ; que l'article L. 3312-2 dispose : « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. A... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 10, 12 et 14 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Simon A... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à New-York, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 23 avril 2008 et le second en date du 06 juillet 2009 stipulant que « les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement » sous réserve de la politique d'« expatriation » en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Simon A... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le

rémunérerait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 17 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à New-York sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 11, 13 et 15 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er juillet 2008 au 31 mars 2012, M. Simon A... était éligible aux dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE s'agissant de la participation, s'il est constant que des aménagements au régime légal peuvent être apportés par voie d'accord collectif, il n'est nullement permis de déroger aux principes légaux de la participation, notamment à son caractère collectif et aléatoire ; qu'ainsi, le seul fait d'être titulaire d'un contrat de travail et de remplir les conditions d'ancienneté suffit pour bénéficier de la participation mise en place dans l'entreprise, sans qu'il soit possible d'en exclure les salariés travaillant à l'étranger ; que de même, s'agissant de l'intéressement, l'employeur qui fait le choix de mettre en place, au sein de son entreprise, l'intéressement au profit de ses employés ne peut écarter de son bénéfice un salarié pour un autre motif que celui de l'ancienneté ; qu'en l'espèce, la société BNP PARIBAS a mis en place une participation des salariés aux résultats d'exploitation de l'entreprise, plusieurs accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 20 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que de même, elle a mis en place l'intéressement des salariés aux résultats, des accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2003, 20 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que ces accords, qu'il s'agisse de la participation ou de l'intéressement, stipulent qu'ils ne s'appliquent "pas à compter de la date de leur détachement, aux salariés de l'une des entités signataires ou adhérentes au présent accord détachés auprès d'une entité non partie à l'accord dès lors que leur contrat de travail avec l'une de ces entités signataires ou adhérentes est suspendu et qu'ils sont rémunérés par une autre entité non partie au présent accord" ; qu'autrement dit, aux termes de ces accords, le bénéfice de la participation et de l'intéressement est réservé aux salariés rémunérés en France ; que cependant, en application des dispositions légales précitées, BNP PARIBAS ne pouvait, même après négociations collectives avec les organisations syndicales, décider d'exclure du bénéfice de ces accords les salariés en détachement ; que Monsieur A... bénéficiant d'un contrat de travail au sein de BNP PARIBAS qui n'a été ni rompu ni suspendu, faisant

partie de son effectif et travaillant sous le régime du détachement dans une succursale londonienne puis newyorkaise de la banque pendant toute la période considérée, ne pouvait être exclu du bénéfice de ces dispositions sous couvert d'une condition de territorialité non prévue par les textes ; qu'il est indifférent que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation ;

ALORS QU'un accord de participation peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime de participation ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords de participation les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3322-1, L. 3322-2 et L. 3342-1 du code du travail.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société BNP Paribas à verser à M. A... les sommes de 1.679,50 euros, 6.548 euros, 6.704 euros, 6.195 euros et 1.208 euros à titre d'intéressement pour les exercices 2008 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2014, capitalisés dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QUE l'article L. 3322-1 du code du travail dispose : « la participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de l'entreprise, constituant la réserve spéciale de participation. Elle est obligatoire dans les entreprises mentionnées au présent chapitre. Elle concourt à la mise en oeuvre de la gestion participative dans l'entreprise » ; que l'article L. 3312-1 du même code dispose que « l'intéressement a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise. Il présente un caractère aléatoire et résulte d'une formule de calcul liée à ces résultats ou performances. Il est facultatif. » ; que l'article L. 3312-2 dispose : « toute entreprise qui satisfait aux obligations incombant à l'employeur en matière de représentation du personnel peut instituer, par voie d'accord, un intéressement collectif des salariés. Le salarié d'un groupement d'employeurs peut bénéficier du dispositif d'intéressement mis en place dans chacune des entreprises adhérentes du groupement auprès de laquelle il est mis à disposition dans des conditions fixées par décret » ; qu'en application des dispositions de l'article L 3342-1, « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale bénéficient de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe d'entreprises défini aux articles L 3344-1 et L 3344-2 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) » ; que l'article L. 444-4 en vigueur avant le 1er mai 2008 prévoyait des dispositions similaires : « tous les salariés d'une entreprise compris dans le champ des accords d'intéressement et de participation prévus aux chapitres Ier et II du présent titre ou des plans d'épargne prévus au chapitre III du même titre doivent pouvoir bénéficier de leurs dispositions. Toutefois, une condition d'ancienneté dans l'entreprise ou dans le groupe défini à l'article L. 444-3 peut être exigée. Elle ne peut excéder trois mois (

) ; que la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que le non-versement de la participation et de l'intéressement pendant la période d'affectation à l'étranger de M. A... résulte des dispositions des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS portant sur la participation et l'intéressement, qui excluent de leur champ d'application les salariés affectés et rémunérés à l'étranger ; qu'elle souligne en outre le caractère facultatif du dispositif de l'intéressement, mis en place par un accord collectif d'entreprise qui est opposable aux salariés et s'impose au juge ; que s'agissant du dispositif de participation, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP PARIBAS les 29 juin 2005, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 10, 12 et 14 de l'appelante) que n'en bénéficient pas les salariés détachés par une entité signataire auprès d'une entité non signataire lorsque leur contrat de travail avec l'entité signataire est suspendu et qu'ils sont rémunérés par l'entité non signataire, le terme « entité » devant « être entendu au sens large et comprendre, sauf mentions contraires, toutes entités juridiques (sociétés de droit français, GIE, succursales, associations ou autres organismes) » ; que toutefois, il résulte des dispositions légales susvisées, qui sont d'ordre public absolu, que sous réserve d'une durée minimale d'ancienneté dans l'entreprise, la seule condition pour bénéficier du dispositif de participation est d'appartenir à l'effectif de l'entreprise, de sorte que le salarié détaché à l'étranger ne peut en être exclu et que doit être réputée non écrite la clause d'un accord collectif de participation qui, comme en l'espèce, en subordonne le bénéfice à une condition de territorialité, c'est-à-dire que le salarié exécute son travail en France ou qu'il soit rémunéré en France ; qu'au cas présent, il est justifié et non contesté que M. Simon A... a toujours appartenu à l'effectif de la société BNP PARIBAS durant son détachement dans les succursales de cette dernière, à Londres puis à New-York, ainsi qu'il ressort de ses différents avenants d'affectation à l'étranger, le premier en date du 23 avril 2008 et le second en date du 06 juillet 2009 stipulant que "les termes et conditions de [son] contrat avec BNP Paribas S.A. continueront à s'appliquer pendant la durée de [son] détachement" sous réserve de la politique d'"expatriation" en vigueur au sein du groupe BNP PARIBAS et des conditions particulières desdits avenants ; qu'il importe peu dans ces conditions que M. Simon A... ait exécuté son contrat de travail à l'étranger dans une succursale qui le rémunérait directement et que sa rémunération n'ait le cas échéant pas été prise en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation - étant observé à cet égard que selon le document relatif au périmètre de consolidation du groupe BNP PARIBAS constituant la pièce n° 17 de l'intimé les résultats des succursales de la société BNP PARIBAS à Londres et à New-York sont entièrement intégrés au périmètre des comptes consolidés de l'entreprise - ou encore que cette rémunération n'ait pas été intégralement assujettie aux contributions et cotisations du régime de sécurité sociale français ; que s'agissant du dispositif d'intéressement, il ressort des accords conclus au sein du groupe BNP les 29 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 (pièces n° 11, 13 et 15 de l'appelante) qu'ils prévoient exactement la même exclusion au détriment des salariés détachés auprès d'une entité non signataire et non rémunérés par une entité signataire ; que s'il est exact que l'instauration par accord collectif d'un dispositif d'intéressement est facultative, il n'en reste pas moins que celui-ci lorsqu'il est instauré doit impérativement revêtir un caractère collectif ; que s'il n'est pas interdit d'en exclure certains groupes de salariés, une telle exclusion ne peut reposer que sur des critères objectifs et pertinents, de façon à ce que le principe d'égalité de traitement des salariés soit respecté au plan collectif ; qu'au cas présent, la seule circonstance que le salarié détaché dans une succursale de son employeur basée à l'étranger soit rémunéré par celle-ci et non par celui-là ne constitue pas un critère pertinent de différenciation de nature à justifier son exclusion du dispositif d'intéressement ; que dès lors, la disposition litigieuse des accords dont se prévaut la société BNP PARIBAS contrevient au caractère collectif du dispositif d'intéressement qu'ils instaurent et ne peut qu'être réputée non écrite ; qu'il s'ensuit que durant sa période de détachement du 1er juillet 2008 au 31 mars 2012, M. Simon A... était éligible aux

dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de la société BNP PARIBAS ainsi que les premiers juges l'ont pertinemment retenu ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE s'agissant de la participation, s'il est constant que des aménagements au régime légal peuvent être apportés par voie d'accord collectif, il n'est nullement permis de déroger aux principes légaux de la participation, notamment à son caractère collectif et aléatoire ; qu'ainsi, le seul fait d'être titulaire d'un contrat de travail et de remplir les conditions d'ancienneté suffit pour bénéficier de la participation mise en place dans l'entreprise, sans qu'il soit possible d'en exclure les salariés travaillant à l'étranger ; que de même, s'agissant de l'intéressement, l'employeur qui fait le choix de mettre en place, au sein de son entreprise, l'intéressement au profit de ses employés ne peut écarter de son bénéfice un salarié pour un autre motif que celui de l'ancienneté ; qu'en l'espèce, la société BNP PARIBAS a mis en place une participation des salariés aux résultats d'exploitation de l'entreprise, plusieurs accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2000, 29 juin 2005, 20 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que de même, elle a mis en place l'intéressement des salariés aux résultats, des accords collectifs ayant été régularisés les 30 juin 2003, 20 juin 2006, 30 juin 2009 et 30 juin 2010 ; que ces accords, qu'il s'agisse de la participation ou de l'intéressement, stipulent qu'ils ne s'appliquent "pas à compter de la date de leur détachement, aux salariés de l'une des entités signataires ou adhérentes au présent accord détachés auprès d'une entité non partie à l'accord dès lors que leur contrat de travail avec l'une de ces entités signataires ou adhérentes est suspendu et qu'ils sont rémunérés par une autre entité non partie au présent accord" ; qu'autrement dit, aux termes de ces accords, le bénéfice de la participation et de l'intéressement est réservé aux salariés rémunérés en France ; que cependant, en application des dispositions légales précitées, BNP PARIBAS ne pouvait, même après négociations collectives avec les organisations syndicales, décider d'exclure du bénéfice de ces accords les salariés en détachement ; que Monsieur A... bénéficiant d'un contrat de travail au sein de BNP PARIBAS qui n'a été ni rompu ni suspendu, faisant partie de son effectif et travaillant sous le régime du détachement dans une succursale londonienne puis newyorkaise de la banque pendant toute la période considérée, ne pouvait être exclu du bénéfice de ces dispositions sous couvert d'une condition de territorialité non prévue par les textes ; qu'il est indifférent que son salaire n'ait pas été éventuellement pris en compte pour le calcul de la réserve spéciale de participation ;

ALORS QU'un accord d'intéressement peut prévoir que le salarié d'une entreprise française, dont le travail s'exécute à l'étranger et dont la rémunération est versée directement par l'entité d'accueil située à l'étranger, ne bénéficie pas du régime d'intéressement ; qu'en retenant que la clause excluant du bénéfice des accords d'intéressement les salariés détachés dans une entité située à l'étranger et rémunérés directement par cette entité d'accueil était illicite, la cour d'appel a violé les articles L. 3312-1, L. 3312-2 et L. 3342-1 du code du travail.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription en déclarant recevable l'action intentée par M. A... et condamné la société BNP Paribas à verser à ce dernier diverses sommes à titre de participation et d'intéressement pour les exercices 2008 à 2012 avec intérêts au taux légal à compter du 2 mai 2014, capitalisés

dans les conditions légales ;

AUX MOTIFS QU'en application des dispositions de l'article 2224 du code civil issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'avant le 19 juin 2008, date d'entrée en vigueur de la loi précitée, l'ancien article 2277 du code civil issu de la loi n° 71-586 du 16 juillet 1971 prévoyait également que se prescrivaient par cinq ans « les actions en paiement des salaires (

) et généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts » ; que sous l'empire de la nouvelle loi comme de l'ancienne, la prescription de cinq ans ne s'applique pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui ne sont pas connus du bénéficiaire ; que la société BNP PARIBAS soutient que M. Simon A... a été avisé de son inéligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement à travers les lettres-avenant qu'il a signées et la détermination des éléments composant son salaire d'expatriation détaillés dans les tableaux "U", ainsi qu'au travers d'une information collective provenant de l'application des accords collectifs en vigueur ; qu'en ce qui concerne l'information individuelle, la lettre d'embauche du 26 décembre 2006 tenant lieu de contrat de travail à effet au 08 janvier 2007 stipule que M. Simon A... bénéficiera de la participation et de l'intéressement conformément aux accords applicables aux collaborateurs de la société, tandis que les avenants d'affectation à Londres et à New-York précités précisent uniquement : "Durant votre détachement, ce salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié, et notamment des dispositions relatives à la répartition de la réserve de participation et de l'intéressement » ; qu'une telle formulation peu explicite, qui laisse au contraire à penser que l'intéressé n'est pas exclu des dispositifs de participation et d'intéressement, ne suffit pas à démontrer que M. Simon A... aurait été expressément et clairement informé de son exclusion des dispositifs de participation et d'intéressement en vigueur au sein de l'entreprise pendant la durée de son détachement à l'étranger ; que par ailleurs, il n'est nullement établi que les deux tableaux « U » datés des 22 avril 2008 et 12 mai 2009 mais non signés par les parties (pièces n° 4 et 6 de l'appelante), aient été portés à la connaissance de M. Simon A..., l'attestation de M. Jérémie C..., datée du 18 mai 2016 et présentée pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 31 de l'appelante), étant à cet égard insuffisante dans la mesure où ce témoin est un cadre de direction de la société BNP PARIBAS exerçant ses responsabilités au niveau du groupe, de surcroît depuis seulement septembre 2009, et où il procède par affirmations générales sans avoir personnellement constaté les modalités selon lesquelles ont été expliqués et proposés à M. Simon A... ses salaires d' "expatriation" successifs ; qu'il en est de même du document unilatéral intitulé « PROMPTEUR — ELEMENTS PRIS EN COMPTE DANS LA DETERMINATION DU PACKAGE D'EXPATRIATION « U » », non daté et présenté aussi pour la première fois en cause d'appel (pièce n° 32 de l'appelante) ; qu'en ce qui concerne l'information collective, la société BNP PARIBAS fait essentiellement valoir que les salariés y avaient accès par l'intranet de l'entreprise ou par internet (notamment ses pièces n° 34 à 36) ; que dès lors que les salariés affectés et rémunérés à l'étranger étaient exclus des dispositifs de participation et d'intéressement, il n'est pas établi que M. Simon A... ait eu la possibilité à Londres puis à New-York de se procurer les accords de participation et d'intéressement, étant en outre fait observer qu'il ne pouvait techniquement avoir accès à l'intranet "RH" français ; qu'en tout état de cause, l'information collective par un moyen de communication interne ou par internet ne dispense en aucun cas l'employeur

de son obligation de fournir au salarié l'information individuelle qu'il lui doit en vertu des dispositions de l'article D. 3323-16 relatif à la participation et des articles D. 3313-8 et D. 3313-9 relatifs à l'intéressement ; qu'il ne ressort d'aucun élément au dossier que cette information individuelle ait été transmise ou remise à M. Simon A..., ce qui est logique dès lors que son employeur estimait qu'il était exclu des dispositifs de participation et d'intéressement en raison de sa qualité de salarié affecté et rémunéré à l'étranger ; qu'à cet égard, c'est vainement que la société BNP PARIBAS se prévaut d'un tableau récapitulatif des opérations effectuées en matière d'épargne salariale (ses pièces n° 22 et 39) pour en déduire que M. Simon A... était parfaitement au courant de l'état et de l'évolution de ses droits durant toute la période contractuelle, alors que ce tableau, non daté ni signé, peu exploitable, se rapporte à l'exercice antérieur au premier détachement de l'intéressé et ne fait état que d'une seule opération en août 2007 ; qu'il résulte de l'ensemble de ces développements que M. Simon A... n'a jamais connu les éléments dont dépendait sa créance périodique de participation et d'intéressement et que la prescription quinquennale, renouvelée à chaque exercice en fonction des résultats annuels de l'entreprise, n'est par conséquent pas applicable, comme l'ont retenu à juste titre les premiers juges, sans toutefois écarter cette fin de non-recevoir dans le dispositif de leur jugement ; qu'en conséquence, la cour confirmera la décision implicite des premiers juges mais rejettera expressément la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'article 2224 du code civil dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ; qu'il sera rappelé qu'aux termes de l'article 26 de la loi du 17 juin 2008 n° 2008-561, les dispositions de ladite loi qui réduisent la prescription, comme c'est le cas en matière de créance mobilière puisque la prescription trentenaire a été remplacée par la prescription quinquennale, s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi, sans que la durée totale ne puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ; qu'il convient dès lors de déterminer à quelle date Monsieur A... disposait des éléments nécessaires pour introduire sa demande, constituant, conformément aux dispositions de l'article 2224 du code civil, le point de départ de la prescription ; qu'en l'espèce, Monsieur A... a régularisé le 23 avril 2008, une lettre avenant organisant les modalités de son détachement à Londres au sein de BNP PARIBAS LONDON BRANCH ; qu'aux termes de cette lettre, il est indiqué : « Durant votre détachement, ce salaire d'expropriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié, et notamment des dispositions relatives à la répartition de la Réserve de Participation et de l'Intéressement » ; que la lettre avenant du 6 juillet 2009 organisant les modalités de son détachement à New York au sein de BNP PARIBAS Succursale de New York reconduit les dispositions précitées en ces termes : « Durant votre détachement, ce salaire d'expatriation se substituera aux rémunérations fixes de toutes natures qui vous étaient versées par votre entité d'origine. Il a été déterminé en tenant compte de votre situation d'expatrié et notamment des dispositions relatives à la répartition de la réserve de participation et de l'intéressement » ; qu'il ne peut se déduire de ces deux lettres avenants que Monsieur A... a été informé pleinement de son exclusion de tout droit à l'intéressement et à la participation ; que l'établissement employeur, à travers une formulation non dénuée d'équivoque, laisse plutôt entendre que ces droits seraient en réalité indirectement intégrés à la rémunération globale, sous la forme d'une compensation forfaitaire ; que dès lors, BNP PARIBAS ne peut soutenir que Monsieur A... était, dès la signature de son premier avenant, pleinement informé de son exclusion de ces droits et en mesure d'introduire une instance ; que le délai de prescription ne saurait

commencer à courir à compter de cette date ; que BNP PARIBAS n'est pas davantage fondée à invoquer les « tableaux de détermination du salaire d'expatriation » de 2008 et 2009 (tableau U), qui ne comportent ni en-tête, ni date précise, ni signature et se trouvent ainsi dépourvus de valeur probante ; que de fait, si le droit de Monsieur A... à l'intéressement et à la participation est né exercice après exercice en fonction des résultats de la banque, il devait, pour contester valablement la nature et/ou le quantum des sommes versées, disposer des éléments comptables, et notamment des bilans sociaux et résultats annuels consolidés, lui permettant d'opérer un contrôle sur la régularité de sa rémunération et de chiffrer sa demande ; qu'en effet, en droit, la prescription ne court pas lorsque la créance, même périodique, dépend d'éléments qui, comme en l'espèce pour la participation ou l'intéressement, ne sont pas connus du créancier et doivent résulter de déclarations que le débiteur est tenu de faire ; que l'établissement bancaire reconnaît ne pas avoir transmis au salarié, à échéances régulières, les résultats d'exploitation et les montants affectés aux différentes réserves ; que BNP PARIBAS ne peut invoquer la disponibilité de ces informations sur internet comme étant diffusées au grand public ou par le biais de l'intranet dès lors qu'elle est débitrice d'une obligation d'information à l'égard du salarié qui y a droit, étant tenue de le mettre en possession de ces éléments ; que la prescription n'avait donc pas commencé à courir avant le 2 mai 2014, date de l'assignation, étant observé qu'avant le 19 juin 2008, date de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, l'action en paiement de Monsieur A... n'était pas prescrite car soumise à la prescription trentenaire de l'ancien article 2262 du code civil ; que la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil n'était donc pas acquise au jour de l'acte introductif d'instance ;

1/ ALORS QUE le point de départ de la prescription se situe au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action ; qu'en l'espèce la cour d'appel a retenu que le salarié avait connaissance des dispositifs de participation et d'intéressement mis en place au profit des salariés de BNP Paribas et pensait en bénéficiaire, ce dont il résultait qu'il disposait, dès la première année de son détachement, des éléments de connaissance nécessaires à l'exercice de son action ; qu'en retenant néanmoins que le délai de prescription n'avait pas commencé à courir, la cour d'appel a violé les articles 2224 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 et l'article 2262 du code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

2/ ALORS, à tout le moins, QUE la preuve d'un fait juridique pouvant être rapportée par tous moyens, notamment par voie de présomptions graves, précises et concordantes, il appartient au juge, devant lequel l'employeur invoque plusieurs éléments pour établir la connaissance qu'avait le salarié des dispositifs d'intéressement et de participation en vigueur dans l'entreprise, et de ce qu'il n'en bénéficiait pas pendant la durée de son détachement, de procéder à une appréciation de tous ces éléments, pris dans leur ensemble ; qu'en l'espèce, pour établir que le salarié avait connaissance, à la date de son détachement, des accords de participation et d'intéressement et de son exclusion des dispositifs, l'employeur produisait notamment les avenants de détachement signés par le salarié se référant aux accords de participation et d'intéressement, à la situation spécifique des salariés expatriés au regard de ces accords, et stipulant que la rémunération d'expatrié se substituait aux rémunérations de toutes natures précédemment versées, ainsi que les tableaux « U » déterminant le salaire d'expatriation du salarié et l'attestation du responsable rémunération et avantage sociaux de l'entreprise relative à l'information donnée aux salariés préalablement à la conclusion d'un avenant de détachement ; que

dès lors, en examinant séparément les avenants, tableaux et attestation et en pointant leurs insuffisances respectives sans rechercher si l'ensemble des éléments produits, envisagés et appréciés dans leur globalité n'étaient pas de nature à établir la connaissance, par le salarié, de son absence d'éligibilité aux dispositifs de participation et d'intéressement, la cour d'appel a violé les articles 1348 et 1353 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. **Publication :**

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 8 décembre 2016