

## Pénurie des candidats, quelle marge de manœuvre pour l'employeur ?

06/06/2023



AvoSial (\*) publie des chroniques pour actuEL-RH. Aujourd'hui, Elissaveta Petkova, avocate directrice du département en droit social au sein du cabinet Lexymore, souligne les points de vigilance pour l'employeur lorsqu'il négocie un contrat de travail avec un salarié embauché sur un poste en tension. Les difficultés de recrutement ne doivent pas entraîner des inégalités de traitement entre salariés.

# AvoSial

AVOCATS D'ENTREPRISE  
EN DROIT SOCIAL

Compte tenu des difficultés de recrutement, les RH

sont confrontés depuis plusieurs mois à une nouvelle tendance, assez rare par le passé : la négociation du contrat de travail. Bien que soumis à l'accord des deux parties, il était jusqu'à présent un acte assez déséquilibré, les conditions contractuelles proposées par l'employeur étant à prendre ou à laisser. Ce n'est plus le cas, les candidats étant en position de force et imposant de plus en plus leurs exigences.

L'employeur peut être tenté de tout accepter pour pourvoir le poste de travail. Cependant quelle est la marge de manœuvre dont il dispose sans s'exposer à une inégalité de traitement ?

## **Négociation du salaire et égalité de traitement**

Le principe "à travail égal, salaire égal" signifie que si rien ne distingue objectivement deux salariés - même travail, même ancienneté, même formation, même qualification - ils doivent percevoir le même salaire (arrêt du 20 juin 2001).

Cela vaut également pour les accessoires de rémunération : primes, avantages en nature, etc.

L'employeur ne peut pas, par le biais d'une structure de rémunération différente, rompre l'égalité de traitement à laquelle il est tenu entre les salariés placés dans une situation équivalente et s'il lui est permis d'individualiser les rémunérations de ses salariés, c'est sur le fondement d'éléments objectifs justifiant cette différence. (cour d'appel de Versailles 24 avril 2007 n° 05-3125, 11e ch., B. c/ Conforama Orgeval)

Le fait que, lors de son embauche, un salarié ait été en position de force pour négocier peut-il justifier un écart de salaire ?

La situation du marché de l'emploi, notamment une pénurie de candidats à une fonction, peut constituer une raison économique objective justifiant une disparité de traitement entre salariés (arrêt du 16 mars 2011). Dans cet arrêt, était visée la situation d'une crèche qui risquait de fermer faute de recruter immédiatement une directrice de crèche.

La CJCE [*CJUE désormais*] s'est également prononcée sur cette situation, en retenant qu'il appartient à la juridiction nationale de déterminer, en appliquant si nécessaire le principe de proportionnalité, si et dans quelle mesure la pénurie de candidats à une fonction et la nécessité de les attirer par des salaires plus élevés constituent une raison économique objectivement justifiée de la différence de rémunération entre les fonctions en cause (CJCE 27-10-1993 aff. 127/92, Enderby)

Cependant, il est nécessaire que l'employeur apporte des éléments de nature à prouver ses difficultés de recrutement et la nécessité d'attirer des salariés par des rémunérations plus élevées. Il aura donc tout intérêt à garder une trace des tentatives infructueuses pour recruter, de l'urgence dans laquelle il se trouve pour pourvoir le poste de travail ou des exigences du candidat.

Une cour d'appel, ayant relevé que l'employeur ne produisait aucun élément circonstancié démontrant les difficultés matérielles de recrutement qu'il avait rencontrées (durée de vacance des postes, nombre de candidats, situation des infirmiers éventuellement embauchés à la même époque), a pu décider que la disparité de traitement entre un salarié infirmier et trois de ses collègues embauchés

postérieurement, titulaires des mêmes diplômes et exerçant les mêmes fonctions, n'était pas justifiée par des éléments objectifs (arrêt du 16 mars 2011).

Si l'employeur est en mesure de prouver qu'un candidat est en position de pouvoir imposer son salaire lors de son embauche, les autres salariés de l'entreprise ne pourront donc pas exiger un alignement de leur rémunération au nom du principe "à travail égal, salaire égal".

## **Négociation des avantages contractuels**

Un salaire plus élevé n'est pas la seule exigence des candidats actuels qui s'attachent de plus en plus au télétravail, à la semaine de quatre jours ou à la prise en charge des frais de déplacement.

L'employeur peut-il accepter leurs demandes sans devoir l'étendre au reste des salariés ?

S'agissant du télétravail, tout dépend des dispositions déjà applicables dans l'entreprise. De très nombreuses entreprises ont mis en place des accords ou des chartes de télétravail. Si ces documents prévoient un champ d'application particulier (ancienneté minimale, éligibilité de certains postes seulement), ce cadre devra être respecté ou il devra évoluer pour prendre en compte cette nouvelle situation.

Concernant des frais de transport domicile-travail, mis à part la prise en charge obligatoire des frais d'abonnement au transport collectif, les autres dispositifs sont facultatifs. Cependant, l'article R 3261-11 du code du travail - s'agissant de la prime transport - et l'article R 3261-13-2 alinéa 1 du code du travail - s'agissant du forfait mobilités durables - prévoient que, si ces dispositifs sont mis en place, ils doivent profiter à l'ensemble des salariés qui en remplissent les conditions. Cet avantage ne pourra donc être ouvert à un seul salarié et il devra être nécessairement généralisé à l'ensemble du personnel.

Le salarié embauché à temps partiel ou à temps complet pourra avoir des horaires individualisés qui lui seront propres. Il pourrait exiger que ses horaires soient contractualisés, pour éviter que l'employeur revienne dessus sans son accord.

Si le salarié n'est pas soumis à l'horaire collectif, il ne faudra pas oublier de mettre en place le système de contrôle du temps de travail propre aux horaires individualisés.

La semaine de quatre jours peut être mise en place sur la base du volontariat, ou en fonction de l'éloignement entre le domicile et le lieu de travail. Dans ce cas, il faudra clarifier les conditions permettant d'y accéder. Il est possible d'en faire bénéficier un salarié, à condition d'accepter les demandes des autres salariés qui seraient volontaires et dont le poste permettrait cet aménagement du temps de travail dans les mêmes conditions.

Le salarié en forfait annuel en heures ou en jours pourra aussi exiger que son travail

soit réparti entre quatre jours de la semaine, sans que cela ne pose de difficultés.

L'employeur qui accède aux exigences du salarié devra se montrer vigilant et bien garder des traces des éléments objectifs justifiant des différences de traitement.

Elissaveta Petkova

---

**Source URL:** <https://www.actuel-rh.fr/content/penurie-des-candidats-quelle-marge-de-manoeuvre-pour-lemployeur>