CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE F.G. JACOBS

presentate il 16 dicembre 1999 *

1. Nel presente procedimento, l'Arbetsdomstol (Tribunale del lavoro), Svezia, ha in sostanza sollevato la questione se, nel comparare la retribuzione di un uomo e di una donna che svolgono un lavoro di valore equivalente ai fini dell'art. 119 del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136 CE-143 CE) e della direttiva sulla parità delle retribuzioni [1], si debba tenere conto del fatto che coloro che lavorano durante orari disagiati percepiscono un'indennità supplementare (in prosieguo: «indennità») e lavorano per un numero inferiore di ore.

I fatti ed il procedimento principale

2. Nel procedimento a quo, il Jämställdhetsombudsmannen (mediatore per l'uguaglianza tra i sessi, in prosieguo: l'«Ombudsman») chiede di condannare l'Örebro Läns Landsting (consiglio generale del dipartimento di Örebro, in prosieguo: il «consiglio generale») al risarcimento dei danni a favore di due ostetriche, Kristina Ellmén e Kia Wetterberg, sostenendo che il consiglio generale le abbia discriminate retribuendole, per un certo periodo, con uno stipendio mensile di base inferiore a quello di un tecnico ospedaliero, benché svolgessero un lavoro di valore equivalente.

3. Lo stipendio mensile di base delle due ostetriche è, rispettivamente, di 17 400 SEK e di 16 600 SEK, mentre lo stipendio mensile di base del tecnico è di 19 650 SEK. Sia le ostetriche che il tecnico lavorano presso l'ospedale regionale di Örebro e sono dipendenti del consiglio generale. Tutte le ostetriche che lavorano in quell'ospedale sono donne; circa il 90% dei tecnici ospedalieri che vi lavorano sono uomini.

4. Le ostetriche in questione lavorano generalmente secondo un sistema a turni continui di tre squadre nel corso delle 24 ore, ma talvolta capita che esse lavorino su basi diverse, in particolare secondo un sistema a turni di due squadre (giorno e sera), lavoro notturno o lavoro diurno. Durante il periodo in questione, le ostetriche hanno lavorato prevalentemente

* Lingua originale: l'inglese.

1 — Direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19).

secondo un sistema a due o tre turni; a volte hanno svolto il turno di notte.

5. Le ostetriche ed il tecnico sono contemplati dal medesimo contratto collettivo [2]. Esso prevede che una settimana lavorativa a tempo pieno è in media di 40 ore, salve le ipotesi di (a) lavoro prestato di domenica e/o in giorni festivi, nel qual caso la settimana è in media di 38 ore e 15 minuti (in prosieguo: «settimana di 38 ore») e (b) di regimi concordati come il suddetto sistema a turni, nel qual caso la settimana è di 34 ore e 20 minuti (in prosieguo: «settimana di 34 ore») [3].

6. La retribuzione mensile di base non muta a seconda che una data persona lavori per settimane di 40 ore, di 38 ore o di 34 ore. Pertanto, le ostetriche percepiscono il medesimo stipendio mensile di base indipendentemente dal fatto che effettuino una settimana di 38 ore o di 34 ore (o, come potrebbe capitare, una settimana di 40 ore).

7. Il contratto collettivo che disciplina il rapporto di lavoro delle ostetriche e del tecnico dispone, inoltre, che i dipendenti che lavorano in orari disagiati (nei fine settimana, nei giorni festivi, di notte o su tre turni) senza straordinari hanno diritto all'indennità per orario di lavoro disagiato [4]. Quest'indennità corrisponde ad un importo orario fisso; prescinde dal resto della retribuzione del dipendente, ma varia a seconda del momento del giorno in cui sono state prestate le ore di lavoro (è, ad esempio, più elevata per il lavoro notturno rispetto a quello svolto di sera) e a seconda del fatto che il dipendente abbia lavorato durante un fine settimana o in un giorno festivo. Il contratto collettivo di riferimento determina il tasso di retribuzione oraria e gli orari ritenuti disagiati [5].

8. In base al contratto collettivo, la retribuzione è determinata dallo stipendio come definito agli artt. da 14 a 18 dello stesso, da alcune indennità per congedi retribuiti e da un certo altro numero di importi tra cui l'indennità per orario di lavoro disagiato [6]. Dalle questioni sollevate dal giudice di rinvio risulta che il contratto prevede anche che tale indennità e certi altri importi siano da computare nel determinare l'indennità di malattia, la pensione, il risarcimento dei danni [7] e altri importi legati alla retribuzione.

9. Le prestazioni lavorative del tecnico si estendono su una normale settimana di 40 ore a tempo pieno, dal lunedì al venerdì, senza orari di lavoro disagiati. Se, tuttavia,

2 — Allmänna Bestämmelser 95 (Disposizioni generali 95).
3 — Articolo 8.
4 — Articolo 32.
5 — Allegato A.
6 — Articolo 13.
7 — Presumibilmente nel quadro di dimissioni o licenziamenti.

le sue condizioni di impiego dovessero richiedergli di lavorare su tre turni, egli avrebbe diritto all'indennità per orario di lavoro disagiato sulla medesima base delle ostetriche e il suo orario a tempo pieno sarebbe solo di 34 ore e 20 minuti, fermo restando il suo stipendio mensile di base. In caso di necessità, il contratto collettivo richiede ai dipendenti di modificare il proprio piano di lavoro, di cambiare il proprio orario di lavoro, di lavorare oltre le normali ore di lavoro e di effettuare turni di guardia [8].

10. Pur ammettendo che le ostetriche ricevono uno stipendio mensile di base inferiore a quello del tecnico, il consiglio generale sostiene che l'indennità per orario di lavoro disagiato e il corrispettivo della riduzione dell'orario debbano essere inclusi nella base per la comparazione delle retribuzioni e che su tali presupposti non sussiste alcuna discriminazione nei confronti delle ostetriche.

11. Dall'ordinanza di rinvio si evince che le parti sono inoltre in disaccordo sul fatto che il lavoro prestato dal tecnico ospedaliero sia o meno di valore equivalente a quello svolto dalle ostetriche e, in tal caso, sul fatto che eventuali differenze retributive abbiano o meno qualche collegamento diretto o indiretto con il sesso del dipendente. L'Ombudsman, tuttavia, ha chiesto di dichiarare con una decisione interlocutoria che il consiglio generale ha fissato per le ostetriche una retribuzione inferiore rispetto a quella del tecnico ospedaliero, e sembra che, con il consenso delle parti, l'Arbetsdomstolen abbia deciso di concentrarsi in primo luogo sulla questione a sé stante se sussiste una differenza retributiva. Al fine di procedere a tale accertamento, è chiaramente essenziale per l'Arbetsdomstolen determinare la retribuzione da comparare. Di conseguenza esso chiede alla Corte un chiarimento sulle seguenti questioni:

«1. Se un'indennità per orario di lavoro disagiato rientri, ai sensi dell'art. 119 del Trattato di Roma e della direttiva del Consiglio 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, nella base di calcolo per il raffronto delle retribuzioni quando viene fatta valere una discriminazione salariale. Quale sia l'importanza del fatto che l'indennità per orario disagiato varia da un mese all'altro a seconda del piano di lavoro fissato.

2. Se, ai fini della soluzione della prima questione, rilevi la circostanza che le ostetriche debbono regolarmente lavorare secondo orari di lavoro che danno diritto all'indennità per orario disagiato, mentre il tecnico ospedaliero non effettua regolarmente prestazioni lavorative in base ad orari che diano diritto a tale indennità.

3. Se il fatto che, in forza del diritto nazionale, un'indennità per orario di

8 — Articolo 6.

lavoro disagiato formi parte integrante della retribuzione base ai fini della determinazione della pensione, dell'indennità di malattia, del risarcimento danni e di altre indennità collegate alla retribuzione abbia rilevanza ai fini della soluzione della questione se un'indennità per orario di lavoro disagiato faccia parte della base di calcolo per il raffronto delle retribuzioni quando viene fatta valere una discriminazione salariale.

4. Se una riduzione dell'orario di lavoro — corrispondente alla differenza fra il tempo di lavoro riconosciuto per l'orario normale diurno e quello riconosciuto per l'orario secondo il sistema dei tre turni — ai sensi dell'art. 119 del Trattato di Roma e della direttiva del Consiglio 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, debba essere presa in considerazione in un raffronto di retribuzioni quando viene fatta valere una discriminazione salariale. In caso di soluzione affermativa: quale importanza abbia il fatto che il lavoro a orario ridotto prestato secondo il sistema sopra descritto configuri, in base al contratto collettivo, un lavoro a tempo pieno. Qualora la riduzione dell'orario di lavoro debba essere considerata un valore a sé, se in tal caso tale valore faccia parte della retribuzione mensile fissa in contanti o costituisca un'indennità speciale, che deve essere presa in considerazione nel raffronto fra le retribuzioni.

5. Se, ai fini della soluzione della quarta questione, debba darsi importanza al fatto che le ostetriche, contrariamente al tecnico ospedaliero, prestano un'attività lavorativa a turni che dà contrattualmente diritto ad una riduzione dell'orario di lavoro».

12. Tali questioni possono essere ricondotte a quella se e, in tal caso, come, l'indennità per orario di lavoro disagiato e la riduzione dell'orario di lavoro debbano essere prese in considerazione nel raffronto tra le retribuzioni.

13. Sono state presentate osservazioni scritte dall'Ombudsman, dal consiglio generale, dalla Commissione e dal governo finlandese, tutti presenti all'udienza.

Il diritto comunitario applicabile

14. L'art. 119 del Trattato CE stabilisce il principio per cui un uomo e una donna debbono ricevere pari retribuzione per un lavoro di pari valore. Il secondo comma definisce la «retribuzione» come «il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo».

15. L'art. 1, n. 1, della direttiva sulla parità delle retribuzioni dispone:

«Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del trattato, denominato in appresso "principio della parità delle retribuzioni", implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.»

16. Una lavoratrice (per considerare il caso tipico) che voglia far accertare una violazione del principio della parità delle retribuzioni per prestazioni a cui è riconosciuto valore equivalente deve affrontare due questioni distinte e, probabilmente, anche una terza. Nell'ipotesi in cui, come in questo caso, è invocata una discriminazione indiretta, tali questioni possono configurarsi nel modo seguente. In primo luogo, la lavoratrice in questione deve fare parte di un gruppo di lavoratori di sesso prevalentemente femminile che svolgono prestazioni di pari valore a quelle svolte da un gruppo di lavoratori di sesso prevalentemente maschile. In secondo luogo, il primo gruppo deve percepire una retribuzione inferiore rispetto a quella del gruppo scelto come parametro di raffronto. Se entrambi questi elementi risultano provati dalla dipendente, ricorre, prima facie, un caso di discriminazione. In terzo luogo, tuttavia, il datore di lavoro potrebbe fornire la prova contraria rispetto alla presunzione, dimostrando che la disparità tra le retribuzioni è giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso [9].

17. Sebbene, a mio avviso, sia normalmente corretto rispondere a tali tre questioni nella sequenza testé definita, sussistono casi in cui, per un motivo o per un altro, appare utile considerarle in un ordine diverso. In tali circostanze, il giudice nazionale potrebbe auspicare di ricevere un'indicazione dalla Corte, ad esempio, sulla seconda e la terza questione prima di risolvere la prima. Così è stato nella causa *Enderby* [10], in cui la Court of Appeal dell'Inghilterra e del Galles sollevò tre questioni relative in sostanza al terzo punto menzionato, in particolare relativamente alla portata della giustificazione, sulla base dell'esplicita ipotesi ai fini del procedimento che le due prestazioni lavorative, le cui retribuzioni costituivano oggetto di raffronto, fossero di pari valore. Il governo tedesco sostenne, in tale caso, che la Corte non poteva statuire su tali questioni senza prima stabilire che le attività lavorative in causa erano di valore equivalente. La Corte affermò che spetta esclusivamente al giudice nazionale adito valutare, alla luce delle peculiarità di ciascuna causa, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale ai fini del giudizio, quanto la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte. Quando, come in tale caso, la Corte riceve una domanda d'interpretazione del diritto

9 — V. sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka (Racc. pag. 1607, punto 36); sentenza 27 ottobre 1993, causa C-127/92, Enderby (Racc. pag. I-5535, punto 19); e v. ora la direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/80/CE, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso (GU 1998, L 14, pag. 6).

10 — Citata alla nota 9.

comunitario che non è manifestamente priva di qualsiasi rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale, essa deve pronunciarsi in proposito, mentre non è tenuta ad accertare essa stessa la validità di un'ipotesi che, se necessario, dovrà essere successivamente verificata dal giudice nazionale [11].

18. L'avvocato generale Lenz osservò che i dubbi del governo tedesco sulla possibilità di presumere che le attività da comparare fossero equivalenti erano probabilmente dovuti al fatto che dimostrare che si tratti di uno stesso lavoro, o di un lavoro al quale è attribuito uguale valore, costituisce una parte essenziale dell'onere della prova che incombe alla persona che sostenga di aver subito una discriminazione in materia di retribuzione. Tuttavia, l'avvocato generale chiarì che il fatto che il giudice a quo, come gli altri giudici ai quali la causa era stata sottoposta nelle precedenti istanze, fosse partito dall'ipotesi dell'equivalenza delle attività da raffrontare derivava dalle possibilità procedurali offerte dall'ordinamento giuridico nazionale. L'accertamento del valore equivalente di due attività può, in certi casi, richiedere una perizia lunga e costosa. All'istruttoria relativa a tale questione di fatto era possibile soprassedere, secondo il diritto processuale dello Stato membro interessato, per passare all'esame delle questioni di diritto [12].

19. Nel presente procedimento, le osservazioni scritte ed orali presentate dal consiglio generale vertono fondamentalmente sulla questione se le ostetriche ed il tecnico ospedaliero svolgano un lavoro di pari valore ai fini del principio della parità delle retribuzioni; il consiglio generale chiaramente ritiene che il lavoro svolto dalle ostetriche, da una parte, e quello svolto dai tecnici ospedalieri, dall'altra, non siano di valore equivalente. Nonostante anche il governo finlandese e la Commissione nutrano dubbi sull'equivalenza delle prestazioni svolte, entrambi ritengono che il giudice nazionale abbia il diritto di sollevare quesiti interpretativi sulla questione della parità delle retribuzioni in base alla presunzione dell'equivalenza del valore. Poiché, come ho già evidenziato, appare chiaramente dall'ordinanza di rinvio (ed è comunque implicito nelle questioni sollevate) che il giudice nazionale presuma il valore equivalente allo scopo di procedere ad un rinvio pregiudiziale, e poiché risulta in modo altrettanto chiaro dalla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa *Enderby* che si tratta di un approccio accettabile, propongo di non affrontare la questione del pari valore.

20. La presunzione, ai fini del presente procedimento, che il lavoro svolto dai due gruppi in questione sia di «pari valore» deve essere intesa nel senso che 40 ore di lavoro delle ostetriche siano di valore equivalente a 40 ore di lavoro del tecnico, piuttosto che, ad esempio, nel senso che 34 ore dell'uno equivalgano a 40 ore dell'altro. È solo sulla base di tale presunzione che può essere sollevata la questione se sia possibile tenere conto della settimana lavorativa più corta delle ostetriche. (Dovremmo pertanto prescindere dal fatto che il contratto collettivo sembra attribuire «pari valore» alle diverse durate della settimana lavorativa.)

11 — Punti 10 e 12.

12 — Paragrafi 6 e 7 delle conclusioni.

La rilevanza del quadro della contrattazione collettiva

21. All'udienza, l'Ombudsman ha dichiarato che in Svezia gli accordi frutto della contrattazione collettiva sono ritenuti sottratti al diritto comunitario, nel senso, presumibilmente, che il fatto che gli stipendi siano stati convenuti attraverso la contrattazione collettiva è considerato come uno strumento di difesa contro ricorsi che invocano disparità retributive. Un simile punto di vista è evidentemente non conforme al diritto comunitario: la Corte ha chiarito che il principio della parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile è applicabile anche nel caso in cui le singole voci della retribuzione siano determinate mediante trattative a livello collettivo oppure a livello locale, ma che il giudice nazionale può prendere in considerazione detta circostanza per accertare se talune disparità tra le retribuzioni medie di due gruppi di lavoratori siano dovute a fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso [13].

L'indennità per orario di lavoro disagiato

La portata della nozione di «retribuzione»

22. Vorrei in primo luogo rilevare che l'indennità rientra chiaramente nella nozione di retribuzione come definita dall'art. 119, e dunque ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di discriminazione se, per esempio, ad un gruppo di dipendenti di sesso prevalentemente maschile che effettuano prestazioni lavorative di valore equivalente a quello delle ostetriche fosse negata l'indennità, qualora lavorassero durante orari di lavoro disagiati. Ciò non appare comunque risolutivo rispetto alla questione di cui è stata investita la Corte in questa occasione: se occorra tenere conto dell'indennità, al fine di attribuire efficacia al principio della parità delle retribuzioni nelle circostanze di cui al caso di specie.

23. Alla luce di quanto sopra, propongo di non esaminare alcuni argomenti prospettati dal consiglio generale e intesi a dimostrare che, trattandosi di «retribuzione», l'indennità per orario di lavoro disagiato dev'essere considerata parte dello stipendio mensile di base ai fini del raffronto.

La portata della dichiarazione formulata nella sentenza Barber

24. Nella sentenza *Barber* [14] la Corte ha dichiarato quanto segue:

«(...) il giudice nazionale vuole in sostanza sapere se la parità di retribuzione debba

13 — V. ad esempio la sentenza 31 maggio 1995, causa C-400/93, Royal Copenhagen (Racc. pag. I-1275, punto 47).

14 — Sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889).

essere garantita per ogni elemento costitutivo della retribuzione o solo con riferimento ad una valutazione globale dei vantaggi concessi ai lavoratori.

(...)

Per quanto riguarda il metodo da adottare per verificare l'osservanza del principio della parità delle retribuzioni, si deve rilevare che qualora i giudici nazionali fossero obbligati a procedere ad una valutazione e ad una comparazione di tutti i vantaggi di varia natura concessi a seconda dei casi ai lavoratori di sesso maschile o femminile, il controllo giurisdizionale sarebbe di difficile attuazione e l'effetto utile dell'art. 119 verrebbe ad essere in pari misura ridotto. Ne consegue che una vera trasparenza, che consenta un controllo efficace, è garantita solo applicando il principio della parità delle retribuzioni a ciascun elemento della retribuzione corrisposta ai lavoratori» [15].

25. L'Ombudsman e la Commissione invocano principalmente tale affermazione a sostegno della loro tesi, in base alla quale occorre garantire la parità nello stipendio mensile di base senza tenere conto dell'indennità per orario di lavoro disagiato.

26. L'Ombudsman ritiene che sarebbe violato il principio di trasparenza se fosse richiesto ai giudici nazionali di effettuare una complessa analisi dell'indennità concessa ad ogni dipendente. Le ostetriche lavorano in orari disagiati e percepiscono un'indennità per tale ragione; il tecnico non lavora in orari disagiati e pertanto non percepisce alcun'indennità. Il buon senso e la logica avvalorano la tesi che un equo raffronto debba riguardare solo lo stipendio mensile di base.

27. Secondo la Commissione l'indennità può essere paragonata solo con l'indennità alla quale il tecnico avrebbe avuto diritto nell'ipotesi in cui le sue ore di lavoro fossero state le stesse delle ostetriche, e di conseguenza il raffronto corretto va effettuato solo tra gli stipendi mensili di base.

28. Il consiglio generale, d'altra parte, sostiene che la statuizione della Corte nella sentenza *Barber* è irrilevante per la causa a qua. La sentenza *Barber* riguardava essenzialmente la trasparenza e la retribuzione a cui i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile avevano tutti diritto, benché ad età differenti; la Corte statuì, infatti, che la circostanza che il signor Barber, licenziato all'età di 52 anni, avesse diritto ad un'indennità di licenziamento di importo superiore a quello spettante a una lavoratrice licenziata alla medesima età, non poneva rimedio alla discriminazione che risiedeva nel fatto che una lavoratrice della sua età avrebbe, in aggiunta, avuto

15 — Punti 31 e 34.

diritto ad un trattamento pensionistico immediato, mentre egli aveva solo diritto a percepire una pensione a pagamento differito. Nel caso di specie, invece, le ostetriche che lavorano su tre turni hanno diritto all'indennità per orario di lavoro disagiato, mentre il tecnico, che presta la sua attività lavorativa in orari normali, non vi ha titolo.

29. Anche il governo finlandese invoca l'affermazione di cui alla sentenza *Barber*. Esso osserva che, ove i due lavoratori in questione (il primo che invoca la discriminazione, il secondo che funge da parametro di raffronto) svolgano lo stesso lavoro o un lavoro analogo nelle stesse condizioni e in orari analoghi, è agevole paragonare ciascun elemento delle rispettive retribuzioni sulla base di tale presupposto. Ma il principio della parità delle retribuzioni deve essere garantito anche quando il lavoro non sia il medesimo, ma sia dello stesso valore. Tuttavia, quanto più le mansioni svolte sono diverse, tanto più è difficile non solo raffrontare i vari elementi che compongono le retribuzioni, ma anche valutare se il lavoro sia equivalente. Se il lavoro è ritenuto di pari valore grazie ad una valutazione di quanto sia impegnativo o complesso, è impossibile, nel raffrontare le retribuzioni, ignorare gli elementi sottostanti una simile valutazione. Pertanto, se le condizioni di impiego (come l'obbligo di lavorare in orari disagiati) sono state prese in considerazione allo scopo di stabilire se il lavoro sia di valore pari a quello del gruppo che funge da parametro di raffronto, la retribuzione che compensa tali condizioni va inclusa nel raffronto tra le retribuzioni. Occorre dunque decidere caso per caso quali elementi della retribuzione siano da paragonare, allo scopo di assicurare il rispetto del principio di uguaglianza.

30. Condivido la posizione del governo finlandese secondo cui non è possibile stabilire una regola invariabile in base alla quale, nell'effettuare il raffronto tra le retribuzioni, si debba o non si debba tenere conto dei diversi elementi che le compongono. Tuttavia, mentre il governo finlandese ritiene che la regola possa mutare in funzione di fattori derivanti dalla valutazione dell'equivalenza del valore, a mio avviso è piuttosto la natura della struttura della retribuzione in questione a determinare come debba essere valutata la parità delle retribuzioni.

31. In generale, trattare ogni elemento della retribuzione in modo a sé stante, al fine di verificare la parità delle retribuzioni, è l'unica via idonea a realizzare l'uguaglianza. E' inoltre l'unico modo per garantire la trasparenza ed assicurare un effettivo controllo giurisdizionale: come la Corte ha confermato nella sentenza *Danfoss* [16] e ha ribadito nella sentenza *Barber* [17], una carenza di trasparenza impedirebbe qualsiasi forma di controllo da parte dei giudici nazionali. Dunque, come norma generale, ritengo che, in accordo con l'affermazione della Corte nella sentenza *Barber*, il principio della parità delle retribuzioni debba applicarsi a ciascun elemento della retribuzione garantito a lavoratori e lavoratrici.

32. Quando, tuttavia, per ragioni storiche o per altri motivi, le strutture delle retribu-

16 — Sentenza 17 ottobre 1989, causa 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening, per conto di Danfoss (Racc. pag. 3199, punto 12).

17 — Punto 34, citata *supra* al punto 24.

zioni sono complesse, sicché sono difficili o impossibili da distinguere i singoli elementi o i presupposti in base ai quali essi sono attribuiti, potrebbe essere poco realistico e vano esaminare in modo separato le singole componenti della retribuzione complessiva. Inoltre, agire in tal modo potrebbe comportare una discriminazione nei confronti dell'altro sesso. In tali casi, una valutazione globale potrebbe costituire l'unico metodo valido - o fattibile - in attesa di una riorganizzazione del sistema. Sono indubbiamente circostanze del genere quelle che la Corte aveva in mente quando affermò, nella sentenza *Royal Copenhagen* [18], che alcuni sistemi retributivi erano strutturati in modo tale da rendere possibile solo una «valutazione globale» per verificare l'esistenza di una violazione dell'art. 119 [19].

33. Ciò non significa, tuttavia, che un elemento della retribuzione globale possa essere necessariamente compensato da un altro. Così, nella stessa causa *Barber*, nella quale gli uomini licenziati avevano titolo ad una pensione immediata qualora avessero compiuto 55 anni, mentre le donne licenziate avevano diritto alla pensione immediata una volta compiuti i 50 anni, è comprensibile che la Corte non abbia ritenuto corretto tentare di compensare i diritti pensionistici discriminatori, tenendo conto delle possibili differenze nel pagamento delle indennità di licenziamento.

34. Qual è allora la situazione nella causa a qua? Si ricorderà [20] che una lavoratrice può far valere la presunzione che sia violato il principio della parità delle retribuzioni, in primo luogo, dimostrando di far parte di un gruppo di lavoratori di sesso prevalentemente femminile che svolgono prestazioni lavorative di valore equivalente a quelle svolte da un gruppo di lavoratori di sesso prevalentemente maschile, e, in secondo luogo, provando che il primo gruppo percepisce una retribuzione inferiore a quella del gruppo che funge da parametro di raffronto. Resta quindi al datore di lavoro la possibilità di confutare tale presunzione, provando che le differenze retributive sono giustificate da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

35. In questo caso è possibile distinguere lo stipendio mensile di base delle ostetriche dall'indennità e quindi confrontare il loro stipendio di base con quello del gruppo di riferimento. A mio avviso, l'approccio corretto rispetto a questo e ad altri casi analoghi consiste nell'ammettere che il gruppo che percepisce una retribuzione di base inferiore, nel caso di specie le ostetriche, è pagato di meno, di modo che la seconda questione summenzionata, vale a dire se la retribuzione dei due gruppi sia diversa, deve ritenersi risolta in termini affermativi. Vorrei aggiungere che quest'approccio assicurerebbe maggiore trasparenza in questo ed in casi analoghi: il fatto che l'indennità vari di mese in mese a seconda dell'orario e del giorno in cui sono

18 — Citata alla nota 13, punto 43.

19 — Punto 18 della sentenza.

20 — V. *supra* il paragrafo 16.

stati svolti i turni, renderebbe difficile effettuare un raffronto ragionevole tra l'aggregato dello stipendio e dell'indennità delle ostetriche, da una parte, e lo stipendio di base del gruppo che funge da parametro di raffronto, dall'altra.

36. Ritengo, di conseguenza, che dipendenti come le ostetriche nella causa a qua possano invocare la presunzione che sia violato il principio della parità delle retribuzioni. Non credo, tuttavia, che ciò risolva necessariamente la questione: come ho già evidenziato, una volta che un dipendente abbia stabilito prima facie un caso di disparità retributiva, incombe al datore di lavoro l'onere di dimostrare, in base al terzo criterio, che la differenza tra le retribuzioni è giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso. Se il datore di lavoro è in grado di fornire una simile giustificazione, non risulterà violato il principio della parità delle retribuzioni.

37. L'impostazione da me suggerita è coerente con la posizione assunta dalla Corte nella causa *Royal Copenhagen* [21], causa in cui fu domandato alla Corte quale significato occorresse attribuire, nell'accertare se fosse stato osservato il principio della parità delle retribuzioni, alle differenze, tra l'altro, tra il lavoro dei due gruppi, avuto riguardo alle pause retribuite, alla libertà di organizzare il proprio lavoro e ai disagi legati al lavoro [22], inclusi il rumore, la temperatura e il lavoro intenso, ripetitivo o monotono [23] (la causa riguardava tornitori e verniciatori che lavoravano in una fabbrica di ceramiche). La Corte affermò che spetta al giudice nazionale accertare se, tenuto conto degli elementi di fatto concernenti la natura dei lavori effettuati e le condizioni in cui essi sono svolti, si possa loro attribuire un valore uguale oppure se detti elementi possano essere ritenuti fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, tali da giustificare eventuali disparità di retribuzione [24].

38. Nel caso di specie, sembra dubbio che il datore di lavoro possa fondarsi sull'indennità per orario di lavoro disagiato allo scopo di giustificare le differenze nello stipendio di base, perché l'indennità pare avere lo scopo di compensare gli inconvenienti ed i disagi causati alla vita familiare e sociale e ai ritmi del sonno dal fluttuare dei diversi turni di lavoro che danno diritto all'indennità. Il consiglio generale ha affermato, nelle sue osservazioni scritte, che il livello salariale contrattato per le infermiere e le ostetriche è stato definito tenendo conto del fatto che in tali settori professionali si lavorava secondo turnazioni, sicché esse percepivano l'indennità per orario di lavoro disagiato. Se così fosse, ciò negherebbe l'effetto compensativo dell'indennità. Qualora, tuttavia, così fosse, il consiglio generale potrebbe fornire la prova contraria rispetto alla presunzione di violazione del principio di parità delle retribuzioni che discende dalle disparità negli

21 — Citata alla nota 13.

22 — Punto 39.

23 — Cfr. la questione 4(i) menzionata al punto 10 della motivazione.

24 — Punto 42.

stipendi di base. Compete al giudice nazionale stabilire se e, se rilevante, fino a che punto l'indennità soddisfi una tale funzione compensativa.

39. Ne consegue, a mio parere, che se la struttura della retribuzione è tale da rendere in linea di principio possibile estrapolare e raffrontare elementi specifici, occorre procedere in tal senso, lasciando al datore di lavoro la possibilità di provare che la disparità non è fondata sul sesso. Se invece la struttura della retribuzione è meno scomponibile, l'unica cosa possibile sarà una valutazione globale. Compete al giudice nazionale stabilire se sia possibile, in un determinato caso, effettuare una valutazione elemento per elemento o se l'unica valutazione possibile sia quella globale.

40. In quest'ultimo tipo di casi, il mero fatto che la struttura non sia (per ipotesi) trasparente comporta che al datore di lavoro incombe l'onere della prova contraria rispetto alla presunta discriminazione. Tale conclusione discende dalla sentenza resa dalla Corte nella causa *Danfoss*[25], in cui essa affermò che qualora un'impresa applichi un sistema retributivo caratterizzato da una mancanza totale di trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove la lavoratrice dimostri, su un numero relativamente elevato di dipendenti, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile. Ritengo tale principio applicabile anche all'ipotesi in cui un lavoratore invochi una discriminazione dovuta ad un sistema non trasparente di indennità o di altre componenti della retribuzione, anche se non è possibile dimostrare una differenza nella retribuzione media.

Gli effetti della riduzione dell'orario di lavoro

41. Il giudice di rinvio ha anche chiesto se, nell'effettuare il raffronto tra le retribuzioni, occorra tenere conto della riduzione del numero di ore lavorative richieste alle ostetriche che lavorano su tre turni allo scopo di completare una settimana lavorativa a tempo pieno ai fini dello stipendio. La conseguenza di ciò sarebbe chiaramente che, ai fini di un raffronto con un gruppo di riferimento che lavora una settimana normale di 40 ore, lo stipendio mensile di base delle ostetriche sarebbe moltiplicato per 40/34,33 e dunque incrementato. Il medesimo effetto si avrebbe paragonando non lo stipendio mensile di base, ma la retribuzione per ogni ora effettivamente lavorata.

42. Il consiglio generale sostiene che il raffronto tra le retribuzioni deve essere effettuato sulla base della retribuzione per ogni ora effettivamente lavorata. Esso

25 — Citata alla nota 16. V. anche la sentenza 30 giugno 1988, causa 318/86, Commissione c Francia (Racc. pag. 3559).

dichiara che se, come la Corte ha dichiarato nella sentenza *Garland*[26], il trasporto gratuito accordato dal datore di lavoro costituisce «retribuzione» ai fini dell'art. 119, anche il riconoscimento di una riduzione dell'orario di lavoro dovrebbe essere considerato come tale. Il valore della riduzione dell'orario di lavoro va dunque quantificato ed incluso nella retribuzione mensile complessiva ai fini del raffronto. A mio avviso, comunque, casi come quelli di cui alla sentenza *Garland* non sono pertinenti: la questione in tale causa era se il trasporto concesso fosse da qualificare come retribuzione, ipotesi in cui sarebbe stato chiaramente discriminatorio concederlo agli uomini e non alle donne, mentre la questione nel caso di specie è ovviamente diversa.

43. L'Ombudsman fa riferimento ad alcune cause sulle quali si sarebbe fondato il consiglio generale in uno stadio precedente della procedura dinanzi al giudice nazionale[27]: tali cause indicherebbero che, per valutare se v'è la parità delle retribuzioni, occorre fare riferimento alla retribuzione percepita ogni settimana per ciascuna ora di lavoro. L'Ombudsman ribatte che le cause citate, tutte concernenti ipotesi di presunta discriminazione tra dipendenti a tempo pieno e a tempo parziale, non rilevano ai fini del caso di specie, dove non sarebbe equo un raffronto tra i tassi di retribuzione oraria. Ciò in quanto un'ostetrica che lavori una settimana di 40 ore riceverebbe il medesimo stipendio di un'ostetrica che lavori una settimana di 34 ore. Una riduzione dell'orario potrebbe in linea di principio costituire un fattore oggettivo per giustificare retribuzioni diverse, benché nel caso di specie non sia atta a giustificare la differenza.

44. A mio parere, la regola generale deve essere di tenere naturalmente conto del numero delle ore di lavoro prestate da due dipendenti la cui retribuzione costituisce oggetto di raffronto e che una differenza in merito giustificherà una differenza retributiva, sicché, per considerare esempi estremi, sarebbe ovviamente non discriminatorio retribuire un uomo che lavori a tempo pieno il doppio di una donna che svolga il medesimo lavoro a metà tempo, o un uomo che presta lavoro straordinario in misura superiore rispetto ad una lavoratrice che non svolga prestazioni di lavoro straordinario. Le cause a cui si riferisce l'Ombudsman, che militano chiaramente a sostegno di questa tesi, non sembrano tuttavia rilevanti ai fini della questione di cui è chiamata ad occuparsi la Corte, poiché esse riguardano in generale la questione dei diversi tassi della retribuzione oraria o dei vantaggi pagati in natura a dipendenti a tempo pieno o parziale. In questo caso, però, non mi sembra seriamente sostenibile che le ostetriche, evidentemente trattate dal loro datore di lavoro come se lavorassero una settimana a tempo pieno, non debbano essere considerate come se lavorassero una settimana a tempo pieno. I documenti depositati dinanzi alla Corte suggeriscono, e la presunzione dovrebbe di conseguenza essere in tal senso, che la riduzione dell'o-

26 — Sentenza 9 febbraio 1982, causa 12/81, Garland (Racc. pag. 359).

27 — V. le sentenze 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska (Racc. pag. I-2591, punti 19 e 20, 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka, citata alla nota 9, punto 27; e 15 dicembre 1994, cause riunite C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, Helmig e a. (Racc. pag. I-5727, punti 26 e 27).

rario di lavoro compensa del fatto di lavorare secondo un sistema che si articola su tre turni; la mia opinione è che di essa non occorra tenere conto al momento del raffronto. L'approccio corretto è di conseguenza quello di paragonare lo stipendio di base percepito dalle ostetriche con quello percepito dal gruppo che funge da parametro di raffronto senza correggere lo stipendio delle ostetriche in modo da riflettere la riduzione dell'orario di lavoro.

45. La Commissione ritiene che la riduzione dell'orario di lavoro costituisca una condizione d'impiego ai sensi della direttiva sulla parità di trattamento [28]. Tale posizione mi sembra corretta: si veda ad esempio la sentenza *Stoeckel* [29], nella quale si riconobbe che un sistema lavorativo a turni continui, che comportava il lavoro notturno, rappresentava una condizione di impiego ai sensi della direttiva.

46. La Commissione aggiunge che il fatto che la riduzione dell'orario di lavoro possa avere delle conseguenze di carattere pecuniario non basta per ricondurre tale fattispecie nel quadro della normativa sulla parità delle retribuzioni [30]. Benché tale posizione sia corretta, essa comporta solo che l'art. 119 non possa essere interpretato come una norma che prescrive, oltre alla parità delle retribuzioni, anche la parità delle altre condizioni di lavoro [31]; ciò non significa che le condizioni di lavoro non possano in alcun modo ritenersi rilevanti ai fini della questione generale della parità delle retribuzioni.

47. In particolare, discende chiaramente dalla sentenza *Royal Copenhagen* [32] che le condizioni di impiego possono assumere rilevanza al fine di verificare tanto se il lavoro sia di pari valore quanto se sussista una giustificazione oggettiva per qualsivoglia disparità nella retribuzione per lavori di pari valore [33].

48. Spetta quindi al datore di lavoro, come nel caso dell'indennità per orario di lavoro disagiato, dimostrare — se così è effettivamente — che la riduzione dell'orario di lavoro non è correttamente considerata come compensativa degli inconvenienti e dei disagi cagionati dal sistema articolato su tre turni, ma che la differenza che ne consegue in termini di retribuzione oraria era giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

28 — Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40).

29 — Sentenza 25 luglio 1991, causa C-345/89, Stoeckel (Racc. pag. I-4047).

30 — Sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, Defrenne (Racc. pag. 1365, punto 21).

31 — V. il punto 24 della sentenza Defrenne.

32 — Citata alla nota 13.

33 — V. il punto 42 della sentenza e *supra* il paragrafo 39.

Conclusioni

49. Alla luce di quanto precede, propongo di risolvere le questioni sollevate dall'Arbetsdomstol nei termini seguenti:

«1) Qualora la retribuzione si componga di una pluralità di elementi, ad esempio dello stipendio di base e di un'indennità per orario di lavoro disagiato, ciascun elemento deve essere trattato, in linea di principio, in modo autonomo ai fini di un raffronto delle retribuzioni sotto il profilo della parità. Se siffatto raffronto svela prima facie un caso di violazione del principio della parità delle retribuzioni, non sussisterà alcuna violazione ove il datore di lavoro provi che la differenza retributiva è fondata su fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.

2) Qualora sia difficile o impossibile distinguere i diversi elementi della retribuzione, è necessario procedere ad una valutazione complessiva ai fini del raffronto delle retribuzioni sotto il profilo della parità. In tale caso, il mero fatto che la struttura non sia trasparente comporta che incombe al datore di lavoro l'onere di fornire la prova contraria rispetto alla presunta discriminazione.

3) Qualora il dipendente che invoca la discriminazione lavori per un numero di ore settimanali inferiore rispetto al gruppo che funge da parametro di raffronto, ma tali ore siano considerate dal datore di lavoro come una settimana lavorativa equivalente, l'approccio corretto, alla luce del principio della parità delle retribuzioni, consiste nel raffrontare lo stipendio di base dei due dipendenti senza correggere lo stipendio del primo dipendente perché rifletta la riduzione dell'orario di lavoro. Qualora una simile comparazione mostri prima facie un caso di violazione del principio della parità delle retribuzioni, non sussisterà alcuna violazione ove il datore di lavoro provi che la differenza retributiva è fondata su fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso».