

Part-time e compenso per lavoro straordinario. Il Bag chiede alla Corte di giustizia di valutare se la disparità di trattamento sia sorretta da una adeguata giustificazione

Description

Case note – BAG's submission to the CJEU on equal treatment for part-time workers

Con la sentenza in commento, il Bag sottopone alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: anzitutto, si chiede se sia compatibile con il principio di non discriminazione riconosciuto dalla direttiva sul part-time una disposizione normativa nazionale che consenta di subordinare in modo uniforme una remunerazione aggiuntiva per i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno al superamento dello stesso numero di ore di lavoro, consentendo in tal modo di prendere come base la retribuzione complessiva e non l'elemento della retribuzione relativo alla retribuzione aggiuntiva. In caso di soluzione affermativa della questione sub 1), il Tribunale federale chiede alla Corte se sia compatibile con il diritto dell'Ue il trattamento meno favorevole introdotto da una simile disposizione di legge nazionale, se lo scopo della retribuzione aggiuntiva è quello di compensare un determinato carico di lavoro.

By the ruling in question, Bag submits to the CJEU two preliminary questions: the first one arose as to the compatibility with the principle of non-discrimination recognised by the directive on part-time work (97/81/CE) of a national statutory provision which permits additional remuneration for part-time and full-time workers to be uniformly contingent on the same number of working hours having been exceeded, and therefore allows account to be taken of the overall remuneration, and not of the component of the remuneration that comprises the additional remuneration. Secondly, if this question is answered in the affirmative, Bag asks if the less favourable treatment of part-time workers introduced by the national statutory provision is compatible with the European law, if the purpose of the additional remuneration is to compensate for a particular workload.

[Leggi il provvedimento](#)

1. Il problema

La tematica delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time è stata oggetto di un'ampia elaborazione giurisprudenziale della Cge. Con una recente pronuncia di rinvio pregiudiziale, dell'11 novembre 2020 (10 AZR 185/20), il Tribunale federale del lavoro tedesco (Bag) ha affrontato la questione, ormai classica, relativa ai criteri di calcolo della retribuzione prevista per il lavoro eccedente. Nel caso di specie il ricorrente lavorava a tempo parziale, come pilota della compagnia aerea Lufthansa (con un orario di lavoro ridotto al 90% dell'orario di lavoro a tempo pieno) e lamentava di aver ricevuto un trattamento meno favorevole rispetto ai piloti a tempo pieno giacché il contratto collettivo del personale tecnico di bordo della Lufthansa (*Vergütungsstarifvertrag* del luglio 2014)

subordina l'erogazione del compenso per lo straordinario al superamento di una soglia oraria unica, senza fare alcuna distinzione tra dipendenti part-time e dipendenti a tempo pieno. Per cui, per le ore di volo "straordinarie" prestate, che superano la soglia dell'orario individuale di lavoro, il ricorrente percepisce la tariffa oraria determinata sulla base della retribuzione di base, ricevendo invece una retribuzione maggiorata solo quando il suo periodo di servizio di volo superi le soglie applicabili ai lavoratori a tempo pieno.

Il Bag sottopone alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali: anzitutto, si domanda se sia ammissibile una disposizione normativa nazionale che consenta di applicare la stessa soglia di ore di lavoro per i dipendenti a tempo pieno e per quelli a tempo parziale, utilizzando quindi come parametro per calcolare il diritto alla remunerazione maggiorata non la componente singola della maggiorazione bensì la retribuzione complessiva. In secondo luogo, in caso di risposta affermativa, la Cge viene chiamata a pronunciarsi su una questione, a quanto consta inedita, ossia quella di stabilire se il trattamento meno favorevole introdotto da tale normativa sia compatibile con il § 4 n. 1 e con il principio *pro rata-temporis* di cui al § 4 n. 2 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato della direttiva 97/81/ CE, e dunque possa essere giustificato qualora lo scopo della retribuzione aggiuntiva sia quello di compensare un carico speciale di lavoro^[1].

1. L'impatto della giurisprudenza comunitaria su quella tedesca

In passato la Corte di giustizia si è occupata più volte di discriminazioni tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori a tempo pieno per quanto riguarda la retribuzione delle ore straordinarie. Nelle tre pronunce successive alla dir. 97/81 si può cogliere un'interessante evoluzione nell'approccio del giudice di Lussemburgo.

In *Helmig*^[2] la Corte aveva argomentato che una disparità di trattamento sussiste solo ed esclusivamente se i lavoratori a tempo pieno ricevono, a parità di ore effettuate, una retribuzione superiore a quella percepita dai lavoratori a tempo parziale (punti 26-30). La Corte aveva ritenuto necessario confrontare la retribuzione complessiva e accertare che i lavoratori a tempo parziale, a parità di ore effettuate, avessero ricevuto nel complesso la stessa retribuzione di quella percepita dai lavoratori a tempo pieno, e ciò sia quando l'orario normale di lavoro come stabilito dai contratti collettivi non è superato sia quando sono effettuate ore ulteriori rispetto a tale orario, le maggiorazioni per ore straordinarie essendo a favore, in questa seconda ipotesi, di tutte le categorie di lavoratori. In conseguenza di ciò, la Cge aveva escluso la disparità di trattamento allorquando la normativa nazionale riconosce un aumento retributivo per le ore di straordinario solo in caso di superamento della durata normale di lavoro, come fissata da un contratto collettivo, e non nell'ipotesi di superamento dell'orario individuale di lavoro.

Senonché, la successiva pronuncia *Elsner-Lakeberg*^[3] segna un punto di svolta. Conformandosi al parere dell'Ag Jacob, la Corte di giustizia accerta il contrasto tra il divieto di discriminazione sulla base del sesso (art. 141 TCE) e la normativa nazionale tedesca "ai sensi della quale gli insegnanti a tempo parziale non ricevono — così come quelli a tempo pieno — alcuna retribuzione per le ore di straordinario qualora questo non superi le tre ore per mese solare". Quel che interessa rimarcare è che il giudice europeo privilegia stavolta un'impostazione più rigorosa, giungendo a ritenere che la valutazione della sussistenza della disparità debba essere effettuata considerando isolatamente le componenti della retribuzione, e non dunque la retribuzione nel suo complesso. Secondo la Corte nella specie sussiste una discriminazione indiretta in ragione del fatto che il numero delle ore aggiuntive da

cui deriva il diritto allo straordinario non viene ridotto per i dipendenti part-time in proporzione all'orario di lavoro.

Nel solco tracciato da tale pronuncia si inserisce anche *Voß*^[4] ove la Corte ritiene contraria al principio di parità retributiva sulla base del sesso (art. 141 TCE) una normativa nazionale che consente che i dipendenti a tempo parziale ricevano un trattamento retributivo meno vantaggioso dei dipendenti a tempo pieno per quanto riguarda le ore che effettuano oltre il loro orario individuale e nei limiti del numero di ore cui è tenuto un dipendente a tempo pieno nell'ambito del suo orario, là dove i dipendenti che usufruiscono del tempo parziale sono soprattutto donne.

La normativa in questione, da un lato, definiva le ore straordinarie effettuate sia dai dipendenti occupati a tempo pieno sia da quelli occupati a tempo parziale come ore svolte oltre il loro orario individuale di lavoro e, dall'altro lato, prevedeva per tali ore una retribuzione inferiore a quella prevista per le ore effettuate nel limite dell'orario individuale di lavoro. In sostanza la sentenza *Voß* impedisce di considerare straordinario, anche nel part-time, il lavoro che supera l'orario individuale, quando questo tipo di lavoro è retribuito in misura inferiore rispetto alla prestazione svolta entro quell'orario^[5].

Gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria hanno influenzato anche il Tribunale federale del lavoro (Bag): e infatti per lungo tempo il Bag si era allineato alla posizione assunta dalla Cge in *Helmig*: in particolare, in un'ipotesi in cui il contratto collettivo prevedeva il pagamento di una maggiorazione del 20% solo in caso di svolgimento dell'intera differenza di ore oltre l'orario individuale di lavoro fino all'orario normale dei lavoratori a tempo pieno (dunque per i soli straordinari eccedenti il limite dell'orario di lavoro dei dipendenti a tempo pieno), il Bag aveva escluso una disparità di trattamento, deducendo che in tal caso era stato previsto lo stesso compenso per i dipendenti a tempo pieno e part-time per lo stesso numero di ore di lavoro^[6].

Con una importante pronuncia del 2018 il Bag ha poi mutato significativamente il proprio indirizzo, ritenendo che i lavoratori a tempo parziale sarebbero svantaggiati qualora il loro diritto al compenso per lo straordinario dipendesse dal superamento dell'orario di lavoro dei dipendenti a tempo pieno^[7]. Accogliendo l'impostazione più rigorosa *Elsner-Lakeberg* e ritenendo discriminatorio il confronto della (sola) retribuzione complessiva, il Tribunale ha sostenuto che un trattamento formalmente uguale in relazione al calcolo sulla retribuzione totale possa essere di fatto svantaggioso per i *part-timers*^[8].

Questa seconda impostazione, pur avendo suscitato qualche perplessità nella giurisprudenza di merito^[9] e in una parte seppur minoritaria della dottrina^[10], si pone certamente in linea con l'orientamento più recente della Cge^[11], la quale, peraltro, potrebbe essere indotta ad avallare, a sua volta, il cambio di rotta del Bag.

Certamente non osta al riconoscimento di una disparità di trattamento il fatto che le disposizioni da sottoporre al vaglio siano contenute in contratti collettivi. E infatti il potere normativo esercitato dalle parti sociali mediante la contrattazione collettiva non si sottrae affatto ad uno scrutinio da parte del giudice volto a valutare la legittimità delle clausole in relazione ai divieti di discriminazione^[12]. Come in passato ha ribadito la Cge, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi garantito dall'articolo 28 della Carta dei diritti fondamentali, nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere esercitato conformemente a quest'ultimo; e l'esclusione della competenza in tema di salario dell'art. 153, par. 5, TFUE non può essere una valida ragione per disattendere il diritto dell'Unione europea giacché, come ben noto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, tale regola dovrebbe essere interpretata in modo restrittivo.

3. Principio *pro rata temporis* cause di giustificazione

In linea di principio, la pronuncia potrebbe portare ad una modifica della normativa tedesca volta a consentire che, per i lavoratori a tempo parziale, la soglia a partire dalla quale sorge il diritto allo straordinario sia ridotta in proporzione al loro orario individuale di lavoro e dunque sia differenziata rispetto a quella dei lavoratori a tempo pieno. Peraltro, poiché, come notoriamente accade, in molte aziende, la stragrande maggioranza dei lavoratori part-time sono donne, ciò potrebbe contribuire a ridurre il c.d. "divario retributivo di genere".

Sennonché, qualora la Cge dovesse rispondere al primo quesito in senso affermativo e accertare che i lavoratori a tempo parziale hanno ricevuto un trattamento retributivo meno favorevole in base alle clausole del contratto collettivo di lavoro relative alla remunerazione delle ore straordinarie di servizio in volo, si aprirebbe un secondo interrogativo: in tal caso la Corte, come anticipato, deve chiarire se la disparità di trattamento si a sorretta da una adeguata giustificazione che consenta di derogare al principio *pro rata temporis* (art. 4, par. 1, prima frase, del TzBfG). Questione, questa, finora mai affrontata dalla Corte in un simile contesto.

A questo riguardo, va considerato che a differenza che nella normativa italiana dove il d. 81/2015 (art. 7) si limita a prevedere che il trattamento deve essere riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa^[13], nel TzBfG tedesco il divieto di discriminazione non è formulato in termini assoluti; in presenza di una ragione obiettiva, infatti, si consente espressamente la possibilità di deroga al principio del *pro rata temporis*, anche a svantaggio dei lavoratori a tempo parziale. Secondo la giurisprudenza del Bag, la ridotta entità della prestazione di lavoro non può giustificare di per sé una deroga, dovendosi guardare piuttosto alla finalità perseguita dai contratti collettivi e allo scopo della prestazione fissata a livello collettivo. Scopo, questo, che peraltro, le parti del contratto collettivo, in virtù del proprio autonomo potere di autoregolamentazione costituzionalmente tutelato, sono in linea di principio libere di determinare^[14].

In linea generale, la Cge ha riconosciuto che la nozione di ragioni oggettive debba essere interpretata nel senso che il trattamento meno favorevole deve rispondere ad una reale necessità ed essere idoneo e necessario al conseguimento dell'obiettivo perseguito^[15]. E' tuttavia dubbio se ciò possa affermarsi con riguardo ad una previsione che subordina la maggiorazione della remunerazione al superamento della stessa soglia di ore di lavoro per i dipendenti a tempo pieno e per quelli a tempo parziale. La gran parte degli autori tedeschi è orientata nel senso di ritenere che una simile previsione possa essere giustificata sulla base di un contemperamento dei sacrifici (*Belastungsausgleichs*)^[16]. Altri hanno invece ritenuto che essa si potrebbe porre in contrasto con l'obiettivo di tutela dell'integrità

psico-fisica^[17].

In realtà, nella giurisprudenza del Bag non emerge una chiara distinzione del ruolo che il compenso assume nelle diverse categorie di lavoro eccedente (straordinario e supplementare), né pare vi sia sufficiente consapevolezza sulla natura degli interessi tutelati. In alcune pronunce il Bag ritiene che nel lavoro eccedente il compenso sia rivolto a premiare la limitazione alla disponibilità del tempo di non lavoro (e che vada corrisposto indipendentemente dal fatto che le ore siano svolte da un dipendente a tempo pieno o part-time)^[18]; al contrario, nella pronuncia in esame la remunerazione suppletiva prevista per le ore aggiuntive di servizio in volo sembra concepita con la finalità di compensare, non una rinuncia al tempo libero, bensì la maggiore gravosità del lavoro prestato: si argomenta che l'indennità per le ore straordinarie di servizio in volo è dovuta solo per una determinata attività, è corrisposta solo per i periodi di servizio di volo determinati dal contratto collettivo, che sono effettuati in una determinata misura, senza alcuna fissazione di un tempo di lavoro massimo per tutte le attività rientranti nel contratto collettivo (punto 71).

Ora, per poter stabilire se il trattamento meno favorevole sia fondato su una adeguata giustificazione dei lavoratori part-time occorre tenere presente la natura degli interessi tutelati nell'ipotesi di lavoro straordinario e di lavoro supplementare: in questo secondo caso, come si è fatto notare in passato, la tutela del tempo di non lavoro da dedicare alla famiglia o ad altre occupazioni si aggiunge ai tradizionali interessi da salvaguardare nel caso di una prestazione eccedente l'orario normale^[19]. La particolare natura che l'emolumento assume nelle due ipotesi potrebbe giustificare la disparità di trattamento, e indurre a ritenere che le maggiorazioni corrisposte per le ore di volo aggiuntive siano sottratte all'applicazione del principio del "pro rata temporis" e dunque al riproporzionamento, contrariamente a quanto accade per altri trattamenti commisurati all'orario di lavoro. In ogni caso, anche a prescindere da tale distinzione, si potrebbe giungere alla medesima conclusione ove si consideri che la corresponsione di tali emolumenti è volta ad impedire al datore di lavoro di imporre orari di lavoro eccessivamente lunghi e dunque si rivela necessaria per tutelare gli stessi interessi che vengono in gioco nel lavoro straordinario, interessi riguardanti certamente l'integrità psico-fisica del lavoratore.

Raffaello Santagata de Castro, prof. associato dell'Università degli Studi della Campania, Luigi Vanvitelli

^[1] Secondo il § 4, c. 1, del TzBfG (*Teilzeit- und Befristungsgesetz*) «[u]n lavoratore a tempo parziale non deve essere trattato in modo meno favorevole rispetto a un lavoratore a tempo pieno comparabile per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che esistano ragioni obiettive atte a giustificare un trattamento differente».

^[2] 15 dicembre 1994, C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, EU:C:1994:415.

^[3] 27 maggio 2004, C-285/02, 15, 17; 26 giugno 2001 – C-381/99 – [Brunnhöfer] 35; 17 maggio 1990 – C-262/88 – [Barber] 34 f.)

^[4] Sentenze del 6 dicembre 2007, C-300/06, EU:C:2007:757.

[5] Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, p. 48

[6] Si tratta del terzo, quinto e parte anche del sesto e decimo Senato: per es. cfr. BAG 26 aprile 2017 – 10 AZR 589/15 – Rn. 33; 16 giugno 2004 – 5 AZR 448/03; 5. novembre 2003 – 5 AZR 8/03; 23 aprile 1998 – 6 AZR 558/96.

[7] BAG 19 dicembre 2018 – 10 AZR 231/18 – Rn. 58 ss., BAGE 165, 1, secondo cui i compensi per lo straordinario devono essere corrisposti per le ore di lavoro aggiuntive che vanno oltre l'orario concordato nel contratto.

[8] BAG 23 marzo 2017 – 6 AZR 161/16 – Rn. 53, BAGE 158, 360

[9] LAG Norimberga 13 giugno 2019 – 3 Sa 348/18;

[10] Günther S. (2020) in Sponer W.D., Steinherr F. (a cura di), *Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L)*, Gesamtausgabe § 7 TVöD, R. v. Decker, Rn. 105.2; cfr. anche Bayer S. (2019), *Mehrarbeitszuschläge bei Teilzeitarbeit*, in GWR, p. 200.

[11] Aderiscono alla prima impostazione LAG Norimberga 18 febbraio 2020 – 7 Sa 202/19; Hessisches LAG 19 dicembre 2019 – 5 Sa 435/19 – zu B II 2 a bb (1) der Gründe; 22 maggio 2019 – 6 Sa 393/18 - ; Bayreuther F. (2020), in Beck'sher Online-Kommentar. Arbeitsrecht, Stand 1. TzBfG § 4 Rn. 14; Preis U. (2020), in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, TzBfG § 4 Rn. 32; Baumgarten B. (2019), *Zuschläge bei Teilzeitarbeit*, in *Der Personalrat* 7-8/2019, S. 36-38; di contrario avviso: Fink M. (2019), *Überstundenzuschläge bei Teilzeitarbeit*, in *Der Arbeits-Rechtsberater (ArbRB)*, p. 218, 219; Bayreuther F. (2019), *Überstunden- und Nachtzuschläge: Die Bindung der Tarifvertragsparteien an Gleichheitsgrundsätze* in *NZA* 2019, p. 1684, 1685

[12] Borelli S., Guarisio A., Lazzeroni L. (2019), *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in Barbera M., Guarisio A., *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, p. 266.

[13] Alessi C., Borelli S. (2020), *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in Barbera M., Guarisio A., op. cit., p. 289

[14] BAG 19 dicembre 2018 – 10 AZR 231/18 – Rn. 34 mwN, BAGE 165, 1

[15] Sentenza del 1 marzo 2012, O'Brien, C-393/10, EU:C:2012:110; punto 64

[16] Däubler W., Hjort J.P., Schubert M., Wolmerath M., Wolmerath M., Ahrendt M., Tillmanns A. (2019), *Arbeitsrecht*, TzBfG § 4 Rn. 28; Bayreuther F. (2020), in Beck'sher Online-Kommentar Rn. 34; Fink M. (2019), op. cit., p. 218, 220; Cfr. anche Kössel A. (2021), *Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter bei der Vergütung*, in <https://www.lutzabel.com/> (18.5.2021)

[17] Cfr. Schüren P. (2017), nota a BAG v. 23.03.2017 – 6 AZR 161/16, jurisPR-ArbR 37/2017.

[18] BAG 19 dicembre 2018 – 10 AZR 231/18

[19] Su questo argomento cfr. Delfino M. (2008), cit., p. 203; Alessi C. (2001), *La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario*, in Brollo M. (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. n. 61/2000*

, Ipsoa, p. 90.

Category

1. News
2. Contratti atipici / Non-standard employment
3. Occupazione e condizioni di lavoro / Employment and working conditions

Date Created

Dicembre 26, 2021

Author

raffaello-santagata-de-castro