

## Conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed del 15 marzo 2001

Susanna Brunnhofer contro Bank der österreichischen Postsparkasse AG

Domanda di pronuncia pregiudiziale: Oberlandesgericht Wien – Austria

**Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Presupposti per l'applicazione - Differenza di retribuzione - Nozioni di "stesso lavoro" e di "lavoro di valore uguale" - Inquadramento nella stessa categoria professionale in base ad un contratto collettivo - Onere della prova - Giustificazione obiettiva di una disparità di retribuzioni - Qualità del lavoro prestato da un determinato lavoratore**

Causa C-381/99

*raccolta della giurisprudenza 2001 pagina I-04961*

## Conclusioni dell'avvocato generale

### I – Introduzione

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, formulata in virtù dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), l'Oberlandesgericht Wien (Corte di appello di Vienna) (Austria) ha posto alla Corte sei questioni pregiudiziali riguardanti l'interpretazione dell'art. 119 del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono ora sostituiti dagli artt. 136-143 CE) e della 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. In sostanza, l'Oberlandesgericht Wien vorrebbe sapere se sia sufficiente, per poter parlare di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore, un identico inquadramento con contratto collettivo, a quale delle due parti incomba l'onere della prova della discriminazione allegata in causa, ed inoltre in quale misura una differenza di rendimento nel lavoro, dimostrabile soltanto a posteriori, ovvero la mancanza di rendimento, possa costituire un criterio per una differente retribuzione per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

### II - Disposizioni applicabili

#### A - Disposizioni di diritto comunitario

2. L'art. 141 CE (ex art. 119 del Trattato), n. 1, così dispone:

«Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra [i] lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

3. L'art. 141, n. 2, CE contiene il seguente disposto:

«La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura,

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro».

4. L'art. 1 della direttiva 75/117 stabilisce quanto segue:

«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.

In particolare, qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ed essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso»

5. L'art. 4 della direttiva 75/117 stabilisce:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché le disposizioni contrarie al principio della parità delle retribuzioni e contenute in contratti collettivi, tabelle o accordi salariali o contratti individuali di lavoro siano nulle, possano essere dichiarate nulle, o possano essere modificate».

## B - Disposizioni nazionali

6. Secondo quanto contenuto nell'ordinanza di rinvio, nel diritto del lavoro austriaco la retribuzione in linea di principio viene stabilita dalle parti, nell'ambito del contratto di lavoro. Tuttavia, in diversi settori sono stati fissati salari minimi mediante contratti collettivi. Il carattere obbligatorio di questi contratti collettivi dipende dall'appartenenza o meno del datore di lavoro all'organizzazione dei datori di lavoro che è stata parte nella conclusione dell'accordo collettivo. Generalmente tali contratti collettivi vengono conclusi, da parte dei lavoratori, da organizzazioni collettive di categoria volontarie - sindacati - e, da parte dei datori di lavoro, da organizzazioni di settore per la rappresentanza legale degli interessi dei datori di lavoro, ma anche da associazioni volontarie o da persone giuridiche di diritto pubblico (v. artt. 4 e ss. dell'Arbeitsverfassungsgesetz, legge quadro austriaca sui rapporti di lavoro, BGBl 22/1974).

In linea generale, nei contratti collettivi le retribuzioni minime vengono fissate sulla base delle concrete attività, ovvero quelle che il lavoratore realmente svolge, e viene fissata per queste attività (in particolare riguardo al personale con inquadramento superiore) una retribuzione minima che tenga conto dell'anzianità di servizio del lavoratore maturata rispetto a quell'attività. L'interpretazione dei contratti collettivi a tale riguardo avviene conformemente a quella delle leggi ordinarie.

In virtù del «principio della condizione più favorevole», di cui all'art. 3 dell'Arbeitsverfassungsgesetz, le parti di un contratto individuale di lavoro sono tuttavia libere di discostarsi dalle retribuzioni minime, e di stipulare un salario più alto o indennità più alte.

Generalmente la retribuzione del personale di inquadramento superiore viene determinata in riferimento al normale orario di lavoro (40 ore settimanali) o ad un orario di lavoro settimanale diverso, stabilito dal contratto collettivo e calcolato su un intero mese.

7. La nozione di «indennità forfettaria per le ore di lavoro straordinario» fa riferimento alla retribuzione per il lavoro svolto al di fuori del normale orario di lavoro. Questa indennità non deve essere mediamente inferiore alla retribuzione per le ore di lavoro straordinario realmente svolte.

L'obbligazione di effettuare ore di lavoro straordinario può, tra l'altro, discendere dal contratto di lavoro concluso in concreto.

Nel caso in cui sia stata concordata un'indennità forfettaria irrevocabile per le ore di lavoro straordinario, si deve presumere che il lavoratore è realmente obbligato a svolgere le ore di lavoro in tal senso fissate, quando il datore di lavoro glielo richiede, ma si deve anche presumere che tali ore vengano effettivamente remunerate. Il datore di lavoro non può, però, rifiutarsi di pagare l'indennità - ossia la remunerazione concordata - derogando unilateralmente al contratto. Egli ha invece la possibilità, in ogni momento, di non usufruire del lavoro straordinario, ad esempio quando non sia necessario ai fini dell'impresa. In ogni caso non sussiste, nella maggior parte dei casi, un vero e proprio diritto allo svolgimento del lavoro straordinario.

8. Per quanto riguarda la determinazione della retribuzione, l'art. 2 del contratto collettivo per i dipendenti di banche e banchieri, applicabile al caso di specie, effettua un inquadramento per categorie professionali.

Nel V livello vengono inclusi tra gli altri i dipendenti «con una formazione professionale bancaria, che gestiscono affari bancari qualificati in modo indipendente». L'orario di lavoro viene fissato in 38,5 ore, ai sensi dell'art. 6 del contratto collettivo, mentre l'art. 7 dello stesso contratto stabilisce le regole applicabili per la determinazione della retribuzione delle ore di lavoro straordinario. L'art. 8 I del contratto collettivo dispone in ordine all'inquadramento che questo deve avvenire per ogni singolo nuovo lavoratore assunto, e che bisogna tentare di raggiungere un accordo tra la commissione interna e l'ufficio di gestione del personale sull'inquadramento, tra gli altri per il V livello. L'art. 8 II stabilisce inoltre che, ai fini dell'inquadramento, il criterio da seguire deve essere sempre l'attività (principale) realmente svolta.

## III – Fatti

9. La controversia nella causa principale tra le parti, la sig.ra Brunnhofer e la Bank der Österreichischen Postsparkasse (in prosieguo: la «Banca»), verte sulla differenza nella retribuzione di lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

10. E' pacifico tra le parti che la sig.ra Brunnhofer è stata dipendente della Banca dal 1° luglio 1993 al 31 luglio 1997, e che la sua retribuzione iniziale, compresa l'indennità forfettaria irrevocabile per le ore di lavoro straordinario, ammontava a ATS 40 520. E' inoltre pacifico tra le parti che il suo collega di sesso maschile, il quale lavora come dipendente presso la Banca dal 1° agosto 1994, è stato assunto con un salario di ATS 43 871 lordi, compresa l'indennità revocabile per le ore di lavoro straordinario. E' anche pacifico tra le parti che la retribuzione base della sig.ra Brunnhofer, comprese le indennità previste dal contratto collettivo, è identica a quella del suo collega di sesso maschile, e che l'indennità per le ore di lavoro straordinario è stata calcolata, per entrambi, in conformità a quanto previsto dall'art. 7 del contratto collettivo per banche e banchieri, e che né la sig.ra Brunnhofer, né il suo collega di sesso maschile, hanno ricevuto indennità straordinarie oltre alle indennità previste dal contratto collettivo.

11. La sig.ra Brunnhofer sostiene di essere vittima di un trattamento retributivo discriminatorio basato sul sesso. Sebbene la retribuzione base, comprese le indennità previste dal contratto collettivo, fosse identica per entrambi i lavoratori, esisteva ciò non di meno una differenza nella retribuzione, dato che il suo collega di sesso maschile riceveva un'indennità mensile, per cui quest'ultimo percepiva circa ATS 2000 in più rispetto alla sig.ra Brunnhofer. E' pacifico che, sin dal momento della loro assunzione, entrambi i lavoratori sono stati inquadrati nella stessa scala salariale del contratto collettivo applicabile.

**12.** La sig.ra Brunnhofer sostiene di avere svolto lo stesso lavoro, o per lo meno un lavoro di pari valore, rispetto al suo collega di sesso maschile. Essa lavorava all'ufficio esteri della Banca, ed aveva come compito il controllo dei crediti. Dopo un periodo di formazione non meglio specificato nel contratto individuale, la sig.ra Brunnhofer avrebbe dovuto assumere la direzione dell'ufficio stesso. Tuttavia, per problemi sul lavoro e nella vita privata, essa non è stata nominata a tale impiego. Successivamente, la sig.ra Brunnhofer è stata assegnata ad un posto, creato per lei appositamente, nel servizio giuridico. Anche in tale posto essa non ha soddisfatto le aspettative, per cui è stata licenziata.

**13.** La Banca contesta l'esistenza di un trattamento retributivo discriminatorio, e sostiene che fattori obiettivi spiegano la differenza nella retribuzione. A sostegno di tale affermazione essa adduce che, sebbene le funzioni esercitate dai lavoratori in questione fossero state classificate di pari valore, in linea di principio, il collega maschile della sig.ra Brunnhofer esercitava una funzione di consulenza per i clienti più importanti e doveva pertanto assumere impegni vincolanti verso l'esterno, per i quali era necessaria una procura. Era questo il motivo dell'indennità superiore ricevuta dal collega di sesso maschile, secondo la Banca. Nel caso della sig.ra Brunnhofer, il contatto con i clienti era di importanza minore. Un'ulteriore giustificazione per la retribuzione lievemente maggiore sono, a parere della Banca, le qualificazioni professionali del collega di sesso maschile. Egli aveva ricevuto una formazione commerciale nell'ambito dei suoi studi, ed aveva maturato un'esperienza lavorativa all'estero, per cui era più qualificato nel campo della consulenza ai clienti. Pertanto, a parere della Banca, la qualità del lavoro differiva.

**14.** Secondo il giudizio della commissione per la parità di trattamento del Bundeskanzleramt (cancelleria federale), avanti alla quale la sig.ra Brunnhofer ha sollevato la questione, non si può escludere l'esistenza di una discriminazione, ai sensi della legge austriaca sulla parità di trattamento, nella determinazione della retribuzione. Successivamente, la sig.ra Brunnhofer ha intentato un'azione volta alla condanna della Banca al pagamento di ATS 160 000 per trattamento retributivo discriminatorio basato sul sesso. Dopo che il giudice di primo grado aveva rigettato la richiesta, la sig.ra Brunnhofer ha proposto appello davanti all'Oberlandesgericht Wien.

#### **IV - Questioni pregiudiziali**

**15.** L'Oberlandesgericht Wien, ritenendo l'interpretazione di alcune disposizioni di diritto comunitario necessaria per la risoluzione della controversia, ha posto alla Corte le seguenti questioni:

«1) a) Se, per risolvere la questione se sussista uno "stesso lavoro" od uno "stesso posto di lavoro" ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE) o se vi sia uno stesso lavoro o un lavoro al quale è attribuito un valore uguale ai sensi della direttiva 75/117/CEE, in relazione alla pattuizione con contratto individuale di supplementi alla retribuzione stabilita secondo un contratto collettivo, sia sufficiente accertare se nel contratto collettivo entrambi i lavoratori posti a confronto siano inquadrati nella stessa categoria.

1) b) In caso di soluzione negativa della questione sub 1), lett. a):

se nel caso esposto sub 1), lett. a), lo stesso inquadramento nel contratto collettivo costituisca un indizio dell'esistenza di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore ai sensi dell'art. 119 (divenuto art. 141) del Trattato e della direttiva 75/117/CEE, per cui il datore di lavoro deve dimostrare la diversità dell'attività.

1) c) Se il datore di lavoro, per giustificare la diversa retribuzione, possa far valere circostanze non previste nei contratti collettivi.

1) d) In caso di soluzione affermativa delle questioni sub 1), lett. a), o sub 1), lett. b): se questo valga anche qualora l'inquadramento in una categoria nel contratto collettivo si basi su una descrizione molto generica.

2) a) Se alla base dell'art. 119 (divenuto art. 141) del Trattato e della direttiva 75/117/CEE vi sia una nozione unitaria di lavoratore almeno nel senso che gli obblighi del lavoratore in base al contratto di lavoro sono disciplinati non solo secondo modelli definiti in generale, ma al riguardo si deve tener conto anche della personale capacità lavorativa individuale del lavoratore.

2) b) Se l'art. 119 (divenuto art. 141) del Trattato CE o l'art. 1 della direttiva 75/117/CEE vadano interpretati nel senso che una giustificazione obiettiva per la determinazione di una retribuzione differente può essere fornita anche da circostanze dimostrabili solo a posteriori, in particolare dal rendimento sul lavoro di un determinato lavoratore».

#### **V - Esame delle questioni pregiudiziali**

##### **A - Questioni sub 1) a) e 1) b)**

**16.** Esaminerò congiuntamente le prime due parti della prima questione. In sostanza, si riducono a due aspetti, che si possono formulare nel seguente modo:

1) Se, in considerazione dei fatti così come esposti nell'ordinanza di rinvio, si sia in presenza di uno stesso lavoro,

e

2) Su quale parte incomba il relativo onere della prova.

**17.** Siamo di fronte a due lavoratori, un uomo ed una donna, entrambi inquadrati nella stessa categoria professionale di un contratto collettivo di lavoro. In base al diritto del lavoro austriaco, come prima illustrato nel paragrafo 6, il regime di trattamento minimo viene stabilito con contratto di lavoro collettivo. E' possibile stabilire

condizioni più favorevoli mediante contratti di lavoro individuali. Sia la sig.ra Brunnhofer che il suo collega di sesso maschile al quale fa riferimento ricevono lo stesso salario di base. In aggiunta ricevono entrambi un'indennità per le ore di lavoro straordinario, indennità che nel caso della sig.ra Brunnhofer è irrevocabile e nel caso del suo collega maschile no. Inoltre percepiscono entrambi un'ulteriore indennità mensile, che risulta essere più bassa per la sig.ra Brunnhofer rispetto al suo collega maschile.

Prima facie, si tratta dunque di un trattamento retributivo discriminatorio basato sul sesso, poiché la sig.ra Brunnhofer percepisce ATS 2 000 in meno a titolo di indennità mensile rispetto al suo collega maschile. Per la soluzione della questione, se sussista una discriminazione basata sul sesso in relazione alla retribuzione, è determinante accertare se si tratti di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore. La risposta a tale domanda dipende dalla valutazione dei fatti. Se il giudice di rinvio dovesse concludere per la sussistenza di uno stesso lavoro, allora risulterebbe evidente che siamo qui di fronte ad una discriminazione proibita ai sensi dell'art. 141 CE.

**18.** Il fatto che entrambi i soggetti siano stati inquadrati nella stessa categoria professionale del contratto collettivo di lavoro costituisce un indizio per la sussistenza di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore. Tuttavia, il fatto di un identico inquadramento nella stessa categoria professionale di cui a un determinato contratto collettivo di lavoro non è di per sé sufficiente per poter parlare di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore, sebbene l'art. 8, II, del contratto collettivo per i dipendenti delle banche ed i banchieri, applicabile al caso di specie, preveda che per l'inquadramento nel V livello debba valere il criterio dell'attività realmente svolta a titolo principale. Le attività possono cioè non di meno differire all'interno di una determinata categoria professionale. Il contratto collettivo di lavoro in oggetto è un accordo quadro, con categorie o gruppi professionali definiti in modo ampio. All'interno di ciascuno di essi possono essere determinate delle condizioni di lavoro particolari. Ed è ciò che è avvenuto nel caso di specie, come già rilevato supra. La questione è quindi di stabilire se ad una diversa retribuzione corrisponda una differenza nel lavoro. Se vi è una diversa retribuzione, questa dovrà corrispondere, in linea di principio, ad una diversità nelle attività svolte. Se, invece, non si può rilevare una differenza nelle attività svolte, allora anche la retribuzione deve essere uguale, a meno che il datore di lavoro non renda plausibile l'esistenza di una giustificazione obiettiva per la diversa retribuzione.

**19.** Come emerge dalla giurisprudenza della Corte, la nozione di uno stesso lavoro è una nozione qualitativa, nel senso che si riferisce esclusivamente alla natura delle attività lavorative interessate. L'unico criterio per stabilire se si tratti di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore riposa quindi nell'attività realmente svolta dal lavoratore. Per stabilire se determinati lavoratori svolgano uno stesso lavoro, bisogna accertare se tali lavoratori, in considerazione di una serie di elementi, quali la natura dell'attività lavorativa, i requisiti professionali e le condizioni di lavoro, si trovino in una situazione da considerare equiparabile. Pertanto, il giudice di rinvio dovrà attenersi a tale principio per giudicare se il lavoro della sig.ra Brunnhofer (il controllo dei crediti) sia uguale o di pari valore rispetto al lavoro del suo collega di sesso maschile (la gestione di clienti importanti). Spetta ancora al giudice nazionale determinare l'importanza da attribuire al fatto che al collega della sig.ra Brunnhofer è stata conferita una procura. Esso dovrà, pertanto, accertare se tali fatti implicino una diversità nell'attività tale da giustificare una diversa retribuzione.

**20.** In seguito va esaminata la questione della ripartizione dell'onere della prova. Stante a quanto rilevato finora, nel caso di specie trattasi di una discriminazione diretta. In una precedente giurisprudenza, la Corte ha stabilito che, nel caso di una discriminazione diretta, l'onere della prova incombe sulla parte che allega un trattamento retributivo discriminatorio basato sul sesso. Soltanto nel caso di una discriminazione indiretta, che generalmente è più difficile da provare da parte delle vittime della presunta discriminazione, l'onere della prova può essere invertito. Nel caso in questione si tratta però di una discriminazione diretta, per cui l'onere della prova incombe sulla sig.ra Brunnhofer. Spetta pertanto alla sig.ra Brunnhofer dimostrare che siamo in presenza di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore per il quale viene corrisposta una retribuzione disuguale. Il fatto che l'inquadramento in una stessa categoria professionale possa costituire un indizio per la sussistenza di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore non solleva la parte che allega di essere vittima di un trattamento retributivo discriminatorio dall'obbligo di fornire ulteriori fatti e circostanze a riprova della sussistenza di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore. Spetta dopo al datore di lavoro dimostrare l'esistenza di motivi che giustifichino la differenza nella retribuzione. Come risulta dall'ordinanza di rinvio dell'Oberlandesgericht, gli elementi forniti in ordine alla retribuzione stessa sono talmente trasparenti che la dimostrazione di una differenza nella retribuzione non comporta alcun problema tecnico di prova. Sembra che la sig.ra Brunnhofer abbia fornito prove sufficienti su questo punto. Per quanto riguarda invece la sua affermazione in ordine alla sussistenza di una retribuzione disuguale vietata dal diritto comunitario applicabile, la sig.ra Brunnhofer dovrà primariamente dimostrare che si tratti di uno stesso lavoro o di un lavoro di pari valore. Sulla base dei fatti e delle circostanze allegare da quest'ultima, il giudice di rinvio dovrà in definitiva decidere se sussista una differenza nella retribuzione non giustificata da differenze obiettive nelle attività realmente svolte dalla sig.ra Brunnhofer e dal collega di sesso maschile, al quale essa fa riferimento.

#### **B - Questione sub 1) d)**

**21.** La quarta parte della prima questione è formulata a condizione che le questioni sub 1) a) o 1) b) ricevano una risposta affermativa. Dal momento che non è questo il caso, non occorre risolvere tale questione.

#### **C - Le rimanenti questioni**

**22.** Le questioni sub 1) c), 2) a) e 2) b) hanno in comune il fatto che il giudice di rinvio ricerca in esse ulteriori ausili per la soluzione della questione se, e a quali condizioni, un'accertata differenza nella retribuzione possa essere giustificata alla luce dell'art. 141 CE e della direttiva 75/117.

**23.** La risposta alla questione sub 1) c) può essere dedotta da quanto osservato in ordine alle questioni sub 1) a) e 1) b). Lì ho evidenziato che secondo il diritto del lavoro austriaco i contratti collettivi di lavoro dettano le condizioni fondamentali del rapporto di lavoro e fissano un quadro, molto spesso dagli ampi contorni, all'interno del quale debbono essere concordate le condizioni di lavoro individuali con i lavoratori interessati. In un siffatto quadro giuridico e contrattuale, le condizioni di lavoro dei singoli lavoratori che pure appartengono ad una stessa categoria professionale o retributiva, possono differire tra loro. Queste differenze possono essere giustificabili anche alla luce del diritto comunitario rilevante nel caso di specie, a condizione che esse si fondino su criteri obiettivi quali l'anzianità, la formazione professionale e l'esperienza lavorativa dei lavoratori interessati, e che tali criteri vengano applicati in maniera analoga in casi analoghi.

Deduco da quanto contenuto nella succitata sentenza Bilka che le motivazioni addotte per una giustificazione obiettiva di tali differenze retributive devono prestarsi ad una applicazione trasparente, ovvero devono essere riconducibili a reali motivi economici e rivelarsi adeguate agli obiettivi perseguiti dall'impresa.

**24.** Con la questione sub 2) a), il giudice di rinvio chiede se le nozioni di lavoratore sulle quali si fondano l'art. 141 CE e la direttiva 75/117 siano equiparabili, e se le obbligazioni del lavoratore che scaturiscono dal contratto di lavoro siano disciplinate soltanto da disposizioni con una formulazione generica o se invece, accanto a queste, si debba tenere conto anche dell'attitudine lavorativa personale e individuale del lavoratore. La risposta alla prima parte di tale domanda non richiede argomentazioni molto estese. Dalla giurisprudenza succitata di cui alla sentenza Jenkins, ed ancora dalle sentenze Kowalska e Newstead, può essere dedotto che la direttiva 75/117 è destinata, in sostanza, alla realizzazione del principio di parità delle retribuzioni tra uomini e donne contenuto nell'art. 141 CE, attraverso la promozione della sua applicazione in concreto. In considerazione della portata della direttiva in tal modo delimitata (mirante alla concreta attuazione dell'art. 141 CE), non si può che concludere per una sostanziale identità delle nozioni fondamentali contenute rispettivamente nell'art. 141 CE e nella direttiva, e pertanto anche della nozione di «lavoratore».

**25.** Più ardua è la soluzione della seconda parte della questione in esame, poiché l'ordinanza di rinvio non permette di determinare con certezza quali siano gli elementi di fatto ai quali la domanda fa riferimento. In linea puramente ipotetica, il giudice di rinvio potrebbe riferirsi ad una situazione in cui venga accertato che i lavoratori posti a confronto svolgono effettivamente uno «stesso lavoro», ma che vi sono differenze nel rendimento lavorativo. Come osservato anche dalla Commissione, nell'ordinanza di rinvio mancano un accertamento ed una qualificazione dei fatti, sulla base dei quali la questione avrebbe potuto essere intesa come non puramente ipotetica. Pertanto, in mancanza di ulteriori riferimenti fattuali, bisogna rimandare all'art. 141, n. 2, CE, per rispondere alla domanda se differenze individuali nell'attitudine al lavoro possano giustificare differenze nella retribuzione. Tale disposizione prevede che la retribuzione può essere pagata a cottimo o a tempo. L'art. 141, n. 2, lett. a), CE dispone che nel primo caso la retribuzione deve essere fissata in base ad una stessa unità di misura. In base all'operato ed al rendimento individuale dei lavoratori confrontati, vi possono essere quindi differenze nella retribuzione, a seconda dei risultati, oggettivamente verificabili, dell'impegno individuale dimostrato. Nel secondo caso la situazione è diversa. L'art. 141, n. 2, lett. b), CE dispone che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a tempo deve essere uguale per uno stesso posto di lavoro. Visto che nel caso di specie si tratta di un lavoro pagato a tempo, eventuali differenze nel rendimento lavorativo individuale non dovrebbero determinare differenze nella retribuzione, poiché viene svolto uno stesso lavoro in uno stesso posto di lavoro. Come già rilevato nella risposta alle questioni sub 1) a) e 1) b), la soluzione della questione se, nel caso in oggetto, si tratti effettivamente di uno stesso lavoro, dovrà fondarsi su fatti e circostanze che determinino l'attività svolta dai lavoratori messi a confronto.

**26.** La questione sub 2) b) richiede, a mio parere, una risposta negativa. Nel caso in cui per uno stesso lavoro venga corrisposta una retribuzione diversa, in base ad elementi di fatto, quali la particolare capacità di un determinato lavoratore, che, in tutta evidenza, possono essere accertati soltanto dopo la conclusione del contratto di lavoro, all'atto dell'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, allora siamo di fronte ad un trattamento disuguale. Eventuali aspettative non possono giustificare differenze retributive per un lavoro ancora da svolgere, che sia per il resto uguale o di pari valore. Qualora, successivamente, in relazione ad un lavoro già svolto vengano accertate differenze obiettive nel rendimento individuale, ciò può costituire motivo per un diverso sviluppo delle carriere. In tal caso però non si tratta più di lavoro uguale.

## VI – Conclusione

**27.** In considerazione di quanto esposto finora, propongo alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali, poste dall'Oberlandesgericht Wien, nel seguente modo:

«1) a) Per la soluzione della questione se si sia in presenza di un lavoro uguale o di uno stesso posto di lavoro, ai sensi dell'art. 141 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE), ovvero di uno stesso lavoro o di un lavoro di valore uguale, ai sensi della 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, in relazione a indennità accordate individualmente in aggiunta alla retribuzione determinata con contratto collettivo, non è sufficiente accertare se entrambi i lavoratori posti a confronto siano stati inquadrati nella stessa categoria professionale di un contratto collettivo.

1) b) L'inquadramento nella stessa categoria professionale di un contratto collettivo, sebbene costituisca un indizio che si tratti di uno stesso lavoro od un lavoro di pari valore ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE) e della direttiva 75/117, non implica che, in caso di discriminazione diretta, incomba al datore di lavoro l'onere di provare la diversità delle attività lavorative.

1) c) A giustificazione di una differenza nella retribuzione, il datore di lavoro può allegare elementi che non sono presi in considerazione nel contratto di lavoro collettivo, purché essi si fondino su basi oggettive.

1) d) Tale questione viene posta soltanto in caso di soluzione affermativa delle questioni sub 1) a) o 1) b), e pertanto non necessita di una risposta.

2) a) L'art. 119 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE) e la direttiva 75/117 si fondano su una nozione unitaria di lavoratore. Se dalla valutazione delle attività svolte risulta che si tratta di uno stesso lavoro o di un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, non è ammessa, in virtù del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, alcuna differenza nella retribuzione, neanche qualora vi siano differenze nel rendimento lavorativo tra i dipendenti posti a confronto.

2) b) L'art. 119 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE), come anche l'art. 1 della direttiva 75/117 devono essere interpretati nel senso che una differenza nella retribuzione non può essere giustificata in base a motivi la cui esistenza è dimostrabile soltanto a posteriori».