

La Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sulla parità di retribuzione: sono contrarie al diritto dell'Unione modifiche retroattive dell'età normale di pensione verso il basso

di Milena Anna Impicciatore

Title: The Court of Justice returns to rule on equal pay: retroactive changes to the normal retirement age are contrary to EU law

Keywords: Art 119 TEC; Equal pay; Normal retirement age.

1. – La Corte di Giustizia viene chiamata ancora una volta a pronunciarsi sulla parità di retribuzione tra uomo e donna che, fin dal Trattato di Roma, ha visto la sua disciplina nell'articolo 119, divenuto in seguito a modifica articolo 141 TCE e oggi rubricato all'articolo 157 del TFUE (v. E. Marziani, V. Zeppilli, *Art. 157 TFUE ex art. 141 TCE*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di) *Commentario Breve alle leggi sul lavoro*, sesta edizione, Milano, 2018).

Al fine di meglio inquadrare il caso in esame, posto all'attenzione dei giudici di Lussemburgo, è bene delineare sinteticamente i tratti salienti del percorso interpretativo della giurisprudenza che nel tempo hanno permesso di ampliare l'ambito di applicazione dell'articolo 119 e dare maggiore efficacia al principio della parità di trattamento retributiva, fino alla portata attuale.

In origine, la tutela paritaria dettata dall'articolo 119 del Trattato era circoscritta al solo aspetto retributivo proprio in funzione degli obiettivi economici perseguiti dalla Comunità economica europea, dunque la previsione di una eguale retribuzione tra lavoratrici e lavoratori per uno stesso lavoro era finalizzata ad eliminare eventuali distorsioni della concorrenza nel mercato comune, poiché senza la definizione di tale obiettivo di parità si sarebbe potuto generare un maggiore utilizzo di manodopera femminile sottopagata e di conseguenza alterare gli equilibri di mercato tra i diversi Stati membri (sulle ragioni storiche ed economiche della parità retributiva tra i sessi v. M. Barbera, *L'evoluzione storica e normativa del principio della parità retributiva fra uomo e donna*, in *LD*, 1989, 593 ss.).

La Corte di Lussemburgo, grazie alla intensa attività interpretativa elaborata nel tempo, ha ampliato i termini di applicazione dell'articolo 119 del Trattato istitutivo. Già con la celebre sentenza *Defrenne II* (CGCe, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena - Defrenne II*, in *Racc.*, 1976, p. 455) oltre a ribadire l'importanza che il principio enunciato rivestiva all'interno dell'allora ordinamento comunitario per la salvaguardia della concorrenza intracomunitaria, ha posto le basi per la costruzione di una dimensione sociale europea, sancendo che «l'art. 119 rientra, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune,

il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei» (Cfr. O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, 35).

Il ruolo fondamentale che ha avuto la storica sentenza *Defrenne II* è stato l'attribuzione di un'efficacia diretta all'articolo 119, che pur se rivolto esplicitamente agli Stati membri, secondo la Corte può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali dai singoli cittadini (cui attribuisce una situazione giuridica attiva e giustiziabile davanti alla magistratura) nel caso di discriminazioni originate da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, oppure nel caso di retribuzione diversa tra lavoratrici e lavoratori per lo stesso lavoro svolto (M. Roccella, T. Treu, M. Aimo, D. Izzi, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano, 2019, 271).

In seguito, la Corte di Giustizia ha fatto ulteriori passi avanti nella interpretazione della norma facendo registrare un'autentica modificazione delle finalità da essa perseguite, fino a giungere al riconoscimento di un diritto fondamentale della persona a non subire discriminazioni in ragione del sesso che deve essere oggetto di tutela alla stregua di un principio generale del diritto comunitario (In questo senso v. sentenza 20 marzo 1984, cause riunite 75/82 e 117/82, *Razzouk e Beydoun c. Commissione*, in Racc., 1984, p. 1509; sentenza 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne c. Sabena - Defrenne III*, in Racc., 1978, 1365). Dunque, il primario interesse alla eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese dei diversi Stati membri, perseguito attraverso il principio di parità retributiva sancito dall'articolo 119, è divenuto secondario rispetto alla finalità sociale perseguita mediante la stessa norma e ritenuta prevalente (sentenza 10 febbraio 2000, causa 50/96, *Deutsche Telekom v. Schröder*, in Racc., 2000, 743).

L'elaborazione giurisprudenziale dei giudici di Strasburgo (poi recepita e trasposta in diverse altre fonti normative dell'Unione, per approfondimento v. V. Piccone, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT - 127/2016*, 6 ss.), oltre ad affermare l'eliminazione di ogni discriminazione basata sul sesso, ha avuto un ruolo significativo anche nel definire l'attuazione del principio di parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale (v. A. Caligiuri, *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, in *RDSS*, 1, aprile 2008, 213 ss.) sebbene nell'articolo 119 non si facesse espressamente riferimento a tale questione.

La Corte, di fatto, ha riconosciuto natura retributiva (v. M.V. Ballestrero, *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, *LD*, 2, 2009, 165-166) a prestazioni e contributi versati dal datore di lavoro nel caso di fondi pensionistici che siano sostitutivi della previdenza pubblica obbligatoria oppure siano di carattere complementare ed integrativo (sentenza 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne c. Belgio - Defrenne I*, Racc. 1971, 445; sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus*, Racc., 1986, p. 1607).

L'elemento fondante di tale orientamento giurisprudenziale sta nella natura contrattuale, e non legale, della pensione o contribuzione che di fatto provengono dal datore di lavoro, seppure attraverso un fondo pensionistico. Sulla scorta di queste considerazioni si è ritenuto, pertanto, che per le pensioni versate nel contesto di un regime privato che sostituisce, anche solo in parte, il regime legale, la fissazione di una età differenziata in base al sesso sia da ritenere in contrasto con il diritto comunitario poiché discriminante dal punto di vista retributivo (sentenza 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in Racc., 1990, p. 1889), perfino nel caso in cui la differenza di età dovesse essere la medesima stabilita dal regime legale nazionale.

Gli effetti della sentenza *Barber*, che potevano avere un impatto rilevante sui diversi sistemi pensionistici europei, sono stati limitati dalla stessa Corte di Strasburgo attraverso l'attribuzione al giudicato di una efficacia *ex nunc*. Inoltre, nel vertice di Maastricht del 1991, fu definito uno specifico Protocollo per stabilire che le prestazioni

pensionistiche integrative sarebbero state considerate come retribuzione, e dunque soggette al principio di parità fissato dall'articolo 119, ma solo a far data dal 17 maggio 1990. Certo è che a partire dalla pronuncia *Barber* ogni regime pensionistico sostitutivo o integrativo che applichi una età differenziata tra uomo e donna pone in essere una discriminazione retributiva e il datore di lavoro deve attivarsi per rimuovere tempestivamente la discriminazione, pena l'applicazione del trattamento vantaggioso nei riguardi delle persone precedentemente svantaggiate.

2. – Il caso, oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale in esame, trae origine da una controversia che vede la Safeway Ltd contro Andrew Richard Newton e la Safeway Pension Trustees Ltd. La disputa riguarda la uniformizzazione delle prestazioni pensionistiche per gli affiliati di ambo i sessi al regime pensionistico gestito dalla Safeway Pension Trustees a seguito della sentenza *Barber* del 1990.

Secondo la ricostruzione fatta dalla Corte e dall'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale E. Tanchev del 28 marzo 2019, causa 171/18 Safeway Ltd contro Andrew Richard Newton, Safeway Pension Trustees Ltd) la Società Safeway, nel 1978, con un atto di trust ha costituito il regime pensionistico che prevedeva un'età normale di pensionamento differenziata per uomini e donne, rispettivamente pari a 65 e 60 anni. In seguito alla pronuncia della sentenza *Barber*, e dunque alla rilevanza della natura discriminatoria di una differenza di età in un regime pensionistico privato, la Safeway e la Safeway Pension Trustees decidono di modificare il regime pensionistico equiparando l'età degli affiliati e portandola per tutti a 65 anni, ma le modalità con le quali vengono introdotte le modifiche e la loro efficacia hanno sollevato il disaccordo tra le parti in causa.

L'Atto costitutivo del regime pensionistico conteneva una clausola di modifica che prevedeva la possibilità per la Società, in accordo con gli amministratori, di modificare, in ogni momento, lo stesso Atto costitutivo, e anche tutti gli allegati allo stesso, mediante un Atto supplementare che stabiliva anche la data di decorrenza degli effetti modificativi. Secondo quanto disposto dalla clausola, la data di decorrenza dell'efficacia poteva essere quella dello stesso Atto supplementare, oppure la data di qualsiasi avviso scritto che informasse gli affiliati della modifica e che fosse precedente o successivo alla data dell'Atto stesso «in modo da conferire alla modifica o all'aggiunta un effetto retroattivo o futuro, a seconda dei casi».

In applicazione della clausola di modifica appena descritta, la Società attraverso avvisi rispettivamente del 1° settembre e del 1° dicembre 1991 ha informato per iscritto gli affiliati al regime pensionistico che quest'ultimo sarebbe stato modificato con Atto fiduciario successivo, con efficacia a decorrere dal 1° dicembre 1991, volto ad introdurre una età normale di pensionamento uniforme per uomini e donne di 65 anni. L'Atto fiduciario è stato adottato il 2 maggio del 1996.

Nel 2009, a seguito della questione sulla conformità o meno della modifica retroattiva del regime pensionistico al diritto dell'Unione, la Safeway ha intentato un'azione giudiziale dinanzi alla *High Court of Justice* del Regno Unito per far constatare che un'età normale di pensione uniforme di 65 anni era stata validamente fissata a partire dal 1° dicembre 1991. Nel giudizio, il signor Newton è stato designato per agire come rappresentante degli affiliati che sostengono la violazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro di cui all'articolo 119 (poi 141 TCE ora 157 TFUE), come interpretato dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa *Barber*.

L'Alta Corte di Giustizia del Regno Unito con sentenza del 29 febbraio 2016 ha dichiarato che la modifica retroattiva del regime pensionistico era contraria all'articolo 119 del Trattato CE e che, pertanto, i diritti a pensione degli affiliati avrebbero dovuto essere calcolati sulla base di un'età normale di pensione uniforme di 60 anni per il periodo dal 1° dicembre 1991 al 2 maggio 1996.

La decisione è stata impugnata dalla Safeway dinanzi alla sezione civile della *Court of Appeal*, la quale, prima di sospendere il giudizio, riconosce che in applicazione del diritto nazionale l'unico atto valido a modificare il regime pensionistico con equiparazione dell'età fosse l'atto fiduciario del 2 maggio 1996, ma rileva come gli avvisi del 1991, pur non avendo valore modificativo del trust, hanno avuto l'effetto di conferire ai diritti acquisiti dagli affiliati, per il periodo compreso tra il 1° dicembre 1991 e il 2 maggio 1996, un carattere «revocabile», cioè dal momento degli avvisi tali diritti potevano essere successivamente ridotti in via retroattiva in qualsiasi momento.

Dunque, la Corte d'Appello di Inghilterra e Galles adisce la Corte di Giustizia con la seguente questione pregiudiziale:

«Laddove le regole di un regime pensionistico conferiscano una facoltà, riconosciuta dal diritto nazionale, previo emendamento del suo atto costitutivo, di ridurre retroattivamente il valore dei diritti pensionistici maturati da lavoratori tanto di sesso maschile quanto di sesso femminile per un periodo decorrente tra la data di un avviso scritto delle modifiche del regime previste e la data in cui l'atto costitutivo è effettivamente emendato, se l'articolo 157 [TFUE] (in precedenza e alla data dei fatti l'articolo 119 del [TCE]) imponga che i diritti pensionistici maturati dai lavoratori sia di sesso maschile che di sesso femminile siano considerati inderogabili, nel senso che i loro diritti pensionistici sono tutelati da una riduzione retroattiva mediante l'esercizio della facoltà riconosciuta dal diritto nazionale».

Il giudice del rinvio, in buona sostanza, chiede se l'articolo 119 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un regime pensionistico, per porre fine ad una discriminazione contraria al diritto dell'Unione fondata su un'età di pensionamento differenziata per sesso, adotti una misura che uniforma retroattivamente l'età degli affiliati al livello delle persone della categoria precedentemente svantaggiata (verso il basso), qualora la legislazione nazionale e l'atto costitutivo del regime pensionistico lo consentano, per un periodo che intercorre tra un annuncio di modifica e la modifica stessa del regime pensionistico.

3. – La Corte, di fronte alla questione pregiudiziale posta alla sua attenzione, avvia una approfondita ricostruzione ermeneutica partendo proprio dalla sentenza *Barber* e ribadendo come: per i periodi antecedenti la data della pronuncia, i regimi pensionistici di tipo sostitutivo e integrativi o complementari, non sono tenuti ad applicare una età uniforme tra uomo e donna; per i periodi successivi alla data della sentenza e fino all'intervento di ripristino della parità di trattamento, alle persone della categoria svantaggiata devono essere accordati gli stessi vantaggi di cui godono le persone della categoria privilegiata; per i periodi successivi alle misure di ripristino della parità di trattamento, la condizione delle persone precedentemente privilegiate può essere parificata a quella delle persone precedentemente svantaggiate, poiché il principio dettato dall'articolo 119 del Trattato CE è finalizzato alla sola parità di trattamento retributiva tra uomo e donna.

Secondo i giudici di Lussemburgo, la questione portata all'attenzione del giudice di rinvio si colloca esattamente nella seconda delle posizioni richiamate in riferimento alla causa *Barber*, ovvero si è di fronte ad un caso in cui la rimozione della discriminazione nel contesto del regime pensionistico avviene con atto del maggio 1996, di conseguenza per il periodo che intercorre tra gli avvisi del 1991 e l'atto modificativo, la sola possibilità di dare attuazione al principio di parità retributiva è quella di ridurre l'età di pensionamento degli uomini al pari dell'età prevista per le donne, ovvero 60 anni.

La Corte richiamando la sua costante giurisprudenza ritiene che, per via dell'effetto diretto dell'articolo 119 del Trattato CE, il datore di lavoro nel momento in cui constata l'esistenza di una discriminazione deve procedere a porre in essere le

misure volte a rimuoverla. La non applicazione di misure risolutive della discriminazione, anche se temporaneamente, comporta la conservazione della discriminazione e quindi la violazione del diritto dell'Unione. Inoltre, la Corte ha ribadito come già nel caso *Avdel Systems* aveva stabilito che l'eliminazione, da parte di un regime pensionistico, di una discriminazione in contrasto con l'articolo 119 del Trattato CE procedendo, per il passato, alla soppressione dei vantaggi delle persone della categoria privilegiata, non è conforme al diritto dell'Unione.

Nel motivare la sua linea interpretativa la Corte pone l'attenzione su due aspetti in particolare: in primo luogo rileva, in linea con l'Avvocato Generale, come il problema dell'esistenza della effettiva retroattività, connessa all'efficacia giuridica attribuita o meno agli avvisi di modifica del regime pensionistico del 1991, sia questione di competenza del giudice del rinvio, che in virtù della conoscenza diretta della controversia, oggetto del procedimento principale, è l'unico a poter interpretare il diritto interno e determinare la data in cui sono state adottate le misure di ripristino della parità di trattamento; sebbene tali misure devono essere in grado di soddisfare le esigenze del diritto dell'Unione. A tal proposito, viene evidenziato come uno dei principi da rispettare è la certezza del diritto, che esige che i diritti conferiti ad ogni cittadino dell'Unione vengano attuati «in modo sufficientemente preciso, chiaro e prevedibile da consentire agli interessati di conoscere esattamente i loro diritti e obblighi e di prendere i provvedimenti del caso e di avvalersene, eventualmente, dinanzi ai giudici nazionali», soprattutto in presenza di una normativa che può avere ripercussioni di tipo finanziario. Con questa premessa, ripercorrendo l'analisi svolta dal giudice del rinvio, la Corte accerta che secondo il diritto nazionale l'unico effetto giuridico della clausola di modifica, prevista dall'atto costitutivo del regime pensionistico, e degli annunci del 1991 era quello di riservare il potere di uniformare, con effetto retroattivo, l'età normale di pensionamento degli affiliati a 65 anni, mediante l'adozione di un atto fiduciario in qualsiasi momento successivo. La conclusione cui pervengono i giudici della Grande Sezione è che la previsione di una facoltà che può essere esercitata in un qualsiasi momento a discrezione dei responsabili del trust non possa né porre fine alla discriminazione, né soddisfare il principio della certezza del diritto. Pertanto, nell'ambito del regime pensionistico oggetto del procedimento principale, le misure che soddisfano i requisiti del diritto dell'Unione (punti 24 e 25 della sentenza) sono state adottate mediante l'atto fiduciario del 2 maggio 1996.

In secondo luogo, la Corte si sofferma su un altro punto sollevato dal giudice del rinvio chiarendo che, sebbene non sia mai intervenuta in situazioni in cui i diritti a pensione sono revocabili in forza del diritto nazionale e dell'atto costitutivo di un regime pensionistico, certamente la facoltà, in tali situazioni, di uniformare retroattivamente le condizioni riguardanti i diritti degli affiliati a un regime pensionistico non può trovare alcun sostegno nella giurisprudenza, anzi se si riconoscesse tale possibilità, la stessa giurisprudenza verrebbe privata della sua portata, poiché potrebbe intervenire solo nel caso in cui una uniformazione retroattiva fosse già vietata dal diritto nazionale o dall'atto costitutivo del regime pensionistico. Inoltre, secondo giurisprudenza costante, il principio della certezza del diritto osta in generale a che un atto di esecuzione del diritto dell'Unione abbia effetto retroattivo, questo può essere applicabile solo in casi eccezionali: quando lo richieda un'esigenza imperativa di interesse generale; quando il legittimo affidamento delle persone interessate sia debitamente rispettato. Secondo una giurisprudenza costante, un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del regime pensionistico può costituire una siffatta esigenza imperativa di interesse generale, ma la Corte ritiene che il giudice del rinvio, pur sottolineando l'importanza dell'importo finanziario del procedimento principale, non abbia evidenziato che l'armonizzazione retroattiva dell'età normale di pensionamento degli affiliati al regime pensionistico fosse necessaria per evitare una grave violazione dell'equilibrio finanziario del regime stesso.

Alla fine del suo processo interpretativo, la Grande Sezione della Corte di Strasburgo, come già desumibile, stabilisce che, in mancanza di una giustificazione obiettiva, l'articolo 119 del Trattato CE deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un regime pensionistico, per porre fine a una discriminazione retributiva basata sull'età, adotti una misura che uniformenta retroattivamente l'età di pensionamento degli affiliati a quella delle persone della categoria precedentemente svantaggiata (adeguamento verso il basso), per il periodo che intercorre tra l'annuncio e l'adozione della misura stessa, anche qualora fosse autorizzata dal diritto nazionale e dall'atto costitutivo del regime pensionistico.

4. – Dalla rapida ricostruzione dell'evoluzione del principio di parità retributiva e dall'analisi della sentenza della Corte di Giustizia sia però consentito qui rilevare almeno che, di certo, il condivisibile orientamento della Corte, nel caso in esame, si muove lungo il solco della decisione assunta nella sentenza *Barber* e nella costante giurisprudenza che, nel tempo, ha permesso un importante ampliamento dell'ambito di applicazione dell'articolo 119 del Trattato. Quello che però si evince dalla lettura della sentenza, che fu palese ad esempio nel richiamato caso *Smith v. Avdel Systems* (su cui v. S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Spiros Simitis e Silvana Sciarra (cur.), Oxford, 1993; C. Barnard, S. Deakin, *Il diritto del lavoro della Corte di giustizia e le Corti britanniche*, in *LD*, 3-4, 1998, 517), è che la primitiva natura economica dell'articolo 119 TCE non è stata del tutto superata, dal momento che sono consentite anche parificazioni verso il basso delle condizioni retributive tra uomo e donna, poiché ancora oggi si afferma che la norma non preclude misure che consentono il raggiungimento della parità attraverso la riduzione dei vantaggi per le persone previamente favorite. La norma, bensì, semplicemente richiede che uomini e donne ricevano il medesimo trattamento retributivo.