



[\[Home\]](#) [\[Banche dati\]](#) [\[Diritto mondiale\]](#) [\[Ricerca in più banche dati\]](#) [\[Guida\]](#) [\[Feedback\]](#)

Decisioni della Corte d'Appello di Inghilterra e Galles (Divisione Civile)

Sei qui: [BAILII](#) >> [Banche dati](#) >> [Decisioni della Corte d'Appello di Inghilterra e Galles \(Divisione civile\)](#) >> East of England
Ambulance Service NHS Trust v Flowers & Ors [2019] EWCA Civ 947 (10 giugno 2019)
URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/947.html>
Citare come: [2020] 1 All ER 972, [2019] IRLR 798, [2019] WLR(D) 320, [2019] ICR 1454, [2019] EWCA Civ 947

[\[Nuova ricerca\]](#) [\[Versione stampabile in PDF\]](#) [Visualizza la sintesi dell'ICLR: [\[2019\] WLR\(D\) 320](#)]
[Acquista il rapporto ICLR: [\[2019\] ICR 1454](#)] [\[Aiuto\]](#)

Numero di citazione neutrale: [2019] EWCA Civ
947

Caso n: A2/2018/1173/EATRF

**IN CORTE D'APPELLO (DIVISIONE CIVILE)
IN APPELLO DAL TRIBUNALE D'APPELLO PER
L'OCCUPAZIONE L'ONOREVOLE GIUDICE SOOLE
UKEAT/0398/17/JOJ**

Royal Courts of
Justice Strand, Londra,
WC2A 2LL
10/06/2019

Before:

**LORD JUSTICE BEAN
LADY JUSTICE ASPLIN**

e

LADY JUSTICE NICOLA DAVIES

Tra:

**SERVIZIO DI AMBULANZA DELL'EST DELL'INGHILTERRA
FIDUCIA DEL SSN**

Ricorrente

- e -

NEIL FLOWERS E ALTRI

**Gli intervistati
(Rivendicat**

Paul Nicholls QC (avvocato Mills & Reeve LLP, Cambridge) per il Trust Sean Jones QC (avvocato UNISON Legal Services) per i Ricorrenti



Data dell'udienza: 15 maggio 2019

VERSIONE HTML DELLA SENTENZA

Copyright ©

Lord Justice Bean:

1. I ricorrenti sono tutti impiegati presso il Trust ricorrente in una serie di ruoli legati alla fornitura di servizi di ambulanza. Hanno presentato un ricorso dinanzi a un tribunale del lavoro di Bury St Edmunds (giudice del lavoro Laidler, giudice unico) sostenendo di aver subito detrazioni illegittime dalla loro retribuzione per le ferie. La loro tesi è che il calcolo della retribuzione delle ferie dovrebbe tenere conto delle ore di lavoro straordinario in due categorie, note come ore di lavoro straordinario non garantite e ore di lavoro straordinario volontarie. La richiesta viene avanzata in base ai termini dei contratti dei ricorrenti e, in alternativa, in base all'articolo 7 della direttiva sull'orario di lavoro. Poiché si ammette che il Trust è un'emanazione dello Stato, la richiesta di risarcimento non contrattuale è stata presentata ai sensi della direttiva piuttosto che ai sensi delle disposizioni nazionali del Working Time Regulations 1998.
2. Gli straordinari non garantiti si verificano quando un dipendente del Trust svolge un compito che deve essere completato dopo la fine del turno. Ad esempio, quando si occupa di pazienti a cui è stata inviata un'ambulanza o si occupa di una chiamata ai servizi di emergenza. In tali circostanze, l'obbligo di portare a termine il compito continua oltre la fine del turno. In cambio, il dipendente ha diritto al pagamento di questo superamento del turno.
3. Ai dipendenti possono essere offerti anche straordinari volontari. Nella dichiarazione dei fatti concordati si legge che:

"21. Nessuno dei ricorrenti è o è mai stato obbligato o si aspetta che si offra volontario per i turni di lavoro straordinario e tutti i ricorrenti sono e sono sempre stati completamente liberi di scegliere se fare o meno turni di lavoro straordinario volontario."
4. L'ET ha ritenuto che i termini e le condizioni contrattuali dei ricorrenti li autorizzassero a tenere conto delle ore di lavoro straordinario non garantite nel calcolo dell'indennità di ferie, ma non a tenere conto delle ore di lavoro straordinario volontario. Per quanto riguarda la richiesta di risarcimento ai sensi della direttiva sull'orario di lavoro, il Trust ha ammesso che si trattava di ore di lavoro straordinario non garantite, ma non di ore di lavoro straordinario volontario. L'ET ha accettato l'argomentazione del Trust secondo cui le ore di lavoro straordinario volontario rientravano in una categoria diversa per quanto riguarda la rivendicazione legale e quella contrattuale.
5. I ricorrenti hanno presentato appello all'Employment Appeal Tribunal, sostenendo che il lavoro straordinario volontario avrebbe dovuto essere preso in considerazione (sia ai sensi del contratto che della direttiva) nel calcolo dell'indennità di ferie. Il Trust ha presentato appello incidentale contro la conclusione che gli straordinari non garantiti avrebbero dovuto essere presi in considerazione ai sensi del contratto.
6. Il caso è stato discusso da Soole J., che si è riunito da solo. Egli ha accolto il ricorso dei ricorrenti in merito alle rivendicazioni contrattuali. Ha inoltre ritenuto, seguendo Simler P nella precedente decisione EAT *Dudley MBC v Willetts* [2018] ICR 31, che gli straordinari volontari avrebbero dovuto essere presi in considerazione ai sensi della direttiva. Ha respinto l'appello incidentale del Trust contro la conclusione che gli straordinari non garantiti avrebbero dovuto essere presi in

considerazione ai sensi del contratto.

7. Soole J ha pronunciato una sentenza orale extempore. Non è stata presentata alcuna richiesta di autorizzazione all'appello a questa Corte, né al termine della sentenza né entro i sette giorni successivi, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lettera a), del regolamento.



paragrafo 25.1 della Practice Direction dell'EAT. Il Trust ha tuttavia richiesto a questo tribunale l'autorizzazione a presentare ricorso. Il 28 novembre 2018 ho concesso l'autorizzazione in base al fatto che la questione se il calcolo dell'indennità per le ferie debba tenere conto del lavoro straordinario volontario era una questione di una certa importanza generale che giustificava l'esame da parte della Corte d'appello.

Il reclamo contrattuale

8. I termini contrattuali dei ricorrenti si trovano nel NHS Terms and Conditions of Service Handbook, un accordo collettivo noto come "Agenda for Change". Ci sono stati mostrati alcuni estratti. La sezione 3 riguarda l'ammissibilità e il calcolo del pagamento degli straordinari: è preceduta da una frase nella clausola 2.9 che afferma che "qualsiasi tempo extra lavorato in una settimana al di sopra delle ore standard sarà trattato come straordinario e si applicherà la sezione 3". La sezione 4 introduce il concetto di supplemento per le aree ad alto costo. La sezione 5 tratta un tipo di pagamento supplementare noto come premio di assunzione e di mantenimento: tali premi sono suddivisi in due categorie, a breve e a lungo termine, ciascuna delle quali è espressa in somme di denaro identificabili separatamente dalla retribuzione di base. L'allegato 5 contiene le disposizioni relative alle indennità per le ore di lavoro non socialmente utili per il personale delle ambulanze: tali maggiorazioni retributive devono essere corrisposte in percentuale fissa in aggiunta alla retribuzione di base in ogni periodo di paga.

9. La sezione 13, intitolata "Ferie annuali e festività generali", contiene il paragrafo cruciale:-

"13.9 La retribuzione durante il congedo annuale comprenderà i supplementi regolarmente pagati, compresi eventuali premi per l'assunzione e il mantenimento, il pagamento per il lavoro al di fuori dell'orario normale e i supplementi per le aree ad alto costo. La retribuzione è calcolata sulla base di quanto l'individuo avrebbe percepito se fosse stato al lavoro. La retribuzione si basa sui tre mesi precedenti di lavoro o su qualsiasi altro periodo di riferimento concordato a livello locale".

10. Soole J, accettando la costruzione dei ricorrenti, ha dichiarato:-

"30.....In primo luogo, ritengo che lo scopo della prima frase della clausola 13.9 sia quello di fornire che la retribuzione delle ferie comprende i "supplementi regolarmente retribuiti". Non definisce espressamente le altre componenti della "retribuzione".

31. In secondo luogo, non vedo alcuna buona ragione per interpretare i riferimenti alla "retribuzione" in modo da limitarla alla retribuzione di base ed escludere gli straordinari. L'interpretazione naturale secondo cui gli straordinari fanno parte della retribuzione e della struttura retributiva è confermata dalla clausola 2.9 dell'articolo 1, che fornisce il collegamento con le disposizioni sugli straordinari dell'articolo 3.

32. In terzo luogo, tale interpretazione di "paga" è ulteriormente supportata dalla seconda frase della clausola 13.9. La clausola deve essere letta nel suo complesso. La clausola deve essere letta nel suo complesso. La sua intenzione oggettiva è quella di mantenere il livello complessivo di retribuzione che il dipendente avrebbe percepito se avesse lavorato. Non accetto che la seconda frase si limiti a fornire un meccanismo di calcolo per la prima frase. Tuttavia, anche se si limita a questo, il calcolo riguarda la retribuzione che include il lavoro straordinario.

33. In quarto luogo, questa interpretazione è conforme al contesto del WTD. Mi è stato detto che la clausola 13.9 è apparsa nella sua forma attuale nel 2009. Come dimostra

l'analisi di Simler P nella causa *Dudley*, la Corte europea aveva stabilito almeno nel 2006 il principio che, per la durata delle ferie annuali ai sensi della direttiva, la retribuzione deve essere mantenuta: paragrafo 60 della sentenza. È ovvio che il contratto deve essere il più possibile in linea con il WTD.

34. In quinto luogo, non accetto che il caso delle ricorrenti implichi una riscrittura del contratto.



Si tratta di una questione di interpretazione. A mio avviso, non esiste una base valida per interpretare la clausola 13.9 in modo da escludere le ore di lavoro straordinario dal calcolo delle ferie.

35. In conseguenza di questa costruzione e contrariamente alla conclusione del Tribunale, non vedo alcuna base per distinguere tra lavoro straordinario non garantito e volontario. In questo caso, il calcolo si baserà sul periodo di tre mesi individuato nella frase finale della clausola 13.9".

11. Per il Trust, Paul Nicholls QC ha ammesso che in un caso come questo, in cui i fatti sono stati concordati e la questione riguarda l'interpretazione di un contratto (o di una disposizione di legge, sia europea che nazionale), non c'è alcun primato da attribuire alla decisione dell'ET: in effetti, non ci è stato quasi mai fatto riferimento. Egli ha sostenuto, tuttavia, che Soole J. nell'EAT ha raggiunto una conclusione errata per quanto riguarda l'interpretazione del contratto.
12. Il primo punto di Nicholls è che l'interpretazione favorita da Soole J, a suo dire, priverebbe di significato la prima frase della clausola 13.9. Se la retribuzione delle ferie dovesse essere calcolata semplicemente sulla base di quanto l'individuo avrebbe percepito se fosse stato al lavoro sulla base dei precedenti tre mesi di lavoro, la seconda e la terza frase della clausola 13.9 raggiungerebbero questo obiettivo.
13. Non sono d'accordo. È giusto dire che la prima frase potrebbe essere più naturalmente collocata dopo la seconda e la terza frase piuttosto che prima di esse. Tuttavia, mi sembra chiaro che il riferimento della prima frase ad alcuni tipi specifici di pagamento è a scanso di equivoci. Alcuni elementi, come (ad esempio) i premi di assunzione e di mantenimento, che sono espressi come somme in denaro, potrebbero essere oggetto di una controversia sul fatto che debbano essere presi in considerazione se fossero stati pagati, ad esempio, 11 settimane prima del periodo di ferie. La loro esplicita inclusione nella clausola 13.9 pone la questione al di là di ogni dubbio.
14. L'argomentazione schematica del signor Nicholls afferma quindi: -

"Il [Trust] sostiene che il paragrafo 13.9 significa che i dipendenti avranno diritto alla retribuzione durante le ferie e poi stabilisce gli elementi aggiuntivi della retribuzione che saranno presi in considerazione. Pertanto, quando il paragrafo dice "la retribuzione durante le ferie annuali comprenderà...", stabilisce gli elementi che devono essere presi in considerazione oltre alla retribuzione di base".
15. Le ultime cinque parole di questa argomentazione mettono a nudo la debolezza della tesi della ricorrente. Se l'intenzione di coloro che hanno negoziato il contratto collettivo fosse stata quella di tracciare una distinzione nella clausola 13.9 tra la retribuzione di base e il pagamento degli straordinari, sarebbe stato facile farlo. La clausola avrebbe potuto dire che durante le ferie annuali il dipendente avrebbe ricevuto la retribuzione di base più alcuni supplementi specificati, ma non lo ha fatto. La parola "base" non viene utilizzata. E nemmeno la parola "straordinario".
16. Il successivo argomento dei ricorrenti si basa sull'uso dell'espressione "supplementi regolarmente pagati". Il sig. Nicholls sostiene che:

"Era opinione comune che il lavoro straordinario non fosse un supplemento regolarmente retribuito. Il [Trust] sostiene che ne consegue che, non essendo un supplemento regolarmente retribuito, gli straordinari non devono essere presi in considerazione nel calcolo delle ferie".

17. Non può essere giusto: è come se, invece di iniziare la clausola "la retribuzione durante le ferie annuali *comprenderà i supplementi regolarmente retribuiti*", si fosse iniziato con "la retribuzione durante le ferie annuali *comprenderà i supplementi regolarmente retribuiti*". Ciò porterebbe all'assurdo che né la retribuzione di base né le ore di straordinario costituiscono la base di calcolo, ma solo i supplementi.



18. Il modo successivo di porre il punto è contenuto nel paragrafo 38 dell'argomentazione schematica del Trust:

"... si sostiene che l'aspetto ancora più convincente è che le parti hanno espressamente incluso alcuni tipi di pagamento e, nonostante il fatto che il lavoro straordinario sia identificato nel contratto come una forma di pagamento, è stato omissso dal paragrafo 13.9. Pertanto, i redattori del contratto hanno esaminato a ritroso il contratto e hanno identificato i tipi di pagamento che rientrano nelle sezioni 2, 4 e 5 come da prendere in considerazione nel calcolo dell'indennità per le ferie, ma hanno clamorosamente sorvolato e non hanno menzionato la sezione 3 - gli straordinari - come un tipo di pagamento che dovrebbe essere preso in considerazione. L'argomentazione dei ricorrenti secondo cui il paragrafo 13.9 significa che gli straordinari dovrebbero essere presi in considerazione nel calcolo delle ferie è un tipo di pagamento che non è stato deliberatamente menzionato".

19. Come Soole J, respingo l'argomentazione secondo cui l'omissione nella clausola di un riferimento esplicito alle ore di lavoro straordinario debba essere considerata come una decisione deliberata delle parti di escluderle dal calcolo delle ferie. In molti casi, infatti, il pagamento delle ferie annuali sarebbe ben lontano dall'essere un calcolo della retribuzione "sulla base di quanto l'individuo avrebbe percepito se fosse stato al lavoro". Sono d'accordo con Soole J. che l'interpretazione naturale della clausola è che le ore di straordinario fanno parte della retribuzione. La clausola deve essere letta nel suo complesso. La seconda frase non si limita, come suggeriscono le argomentazioni del Trust, a fornire un meccanismo di calcolo per integrare la prima frase.

20. Pertanto, confermerei la decisione di Soole J che, ai sensi della clausola 13.9 di "Agenda for Change", i ricorrenti hanno il diritto contrattuale di veder preso in considerazione il lavoro straordinario volontario ai fini del calcolo delle ferie. Concordo inoltre con Soole J sul fatto che non vi è alcuna base per distinguere tra le ore di straordinario volontarie e quelle non garantite a tal fine.

La direttiva sull'orario di lavoro

21. In senso stretto, ciò rende superfluo considerare la posizione ai sensi del WTD. Tuttavia, poiché parte del motivo per cui ho concesso l'autorizzazione all'appello a questa corte è stato quello di consentire al Trust di sostenere che la decisione di Simler P nella causa *Dudley MBC contro Willetts* era sbagliata, e poiché tale questione (a differenza di quella contrattuale) ha implicazioni per i dipendenti di tutta la forza lavoro, non solo per l'NHS, ritengo che dovremmo affrontare anche tale questione. Poiché la questione è stata sollevata nel presente caso, e argomentata con grande abilità dall'avvocato Jones per i ricorrenti e dall'avvocato Nicholls per il Trust, sarebbe sbagliato lasciare che venga sollevata in un futuro ricorso che potrebbe non arrivare a questa Corte prima di qualche tempo. I datori di lavoro hanno bisogno di sapere se la decisione di *Willetts* era corretta.

22. L'articolo 7 della direttiva prevede un periodo minimo di almeno quattro settimane di ferie annuali retribuite e stabilisce espressamente che non possono essere sostituite da un'indennità sostitutiva. La direttiva, tuttavia, non specifica l'importo della retribuzione da percepire durante il periodo di ferie annuali. La questione è stata esaminata dalla Corte di giustizia europea ("CGUE") in tre ricorsi presentati da tribunali britannici tra il 2006 e il 2014. Nella causa *Robinson-Steele contro RD Retail Services Ltd* [2006] ICR 932, la CGUE ha affermato che "per la durata delle ferie annuali ai sensi della direttiva, la retribuzione deve essere mantenuta". Nella causa *British Airways PLC -v Williams* [2012] ICR 847 l'avvocato generale Trstenjak ha riassunto l'effetto di *Robinson-Steele* nel senso che "il livello di retribuzione delle ferie deve corrispondere esattamente a quello della retribuzione normale".

23. Nella causa *Williams* i pagamenti in questione erano il supplemento di paga per il volo e l'indennità per il tempo trascorso fuori dalla base, entrambi derivanti da mansioni che i piloti ricorrenti potevano essere tenuti a svolgere in base al loro contratto di lavoro e non si riferivano a mansioni volontarie aggiuntive. L'avvocato



Il General ha ritenuto che entrambi i supplementi fossero componenti sostanziali della retribuzione.

24. Nella sentenza la CGUE ha fatto riferimento alla sua conclusione nella causa *Robinson-Steele*, secondo cui per la durata delle ferie annuali la retribuzione deve essere mantenuta e i lavoratori devono ricevere la loro normale retribuzione per tale periodo di riposo. La Corte ha continuato:-

"20. Lo scopo dell'obbligo di retribuzione di tali congedi è quello di mettere il lavoratore, durante tali congedi, in una posizione che sia, per quanto riguarda la retribuzione, paragonabile ai periodi di lavoro: si vedano *Robinson-Steele*, par. 58 e *Stringer*, par. 60.

21. Come afferma l'Avvocato generale al punto 90 delle sue conclusioni, da quanto precede risulta che la retribuzione corrisposta per le ferie annuali deve, in linea di principio, essere determinata in modo da corrispondere alla normale retribuzione percepita dal lavoratore. Ne consegue anche che un'indennità il cui importo sia appena sufficiente a garantire che non vi sia un serio rischio che il lavoratore non usufruisca delle ferie, non soddisfa i requisiti del diritto dell'Unione.

...

24. Di conseguenza, qualsiasi aspetto scomodo che sia intrinsecamente legato all'esecuzione dei compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro e per il quale è previsto un importo monetario che rientra nel calcolo della retribuzione totale del lavoratore, come, nel caso dei piloti di linea, il tempo trascorso in volo, deve necessariamente essere preso in considerazione ai fini dell'importo a cui il lavoratore ha diritto durante le ferie annuali.

25. Per contro, le componenti della retribuzione complessiva del lavoratore destinate esclusivamente a coprire i costi occasionali o accessori che si verificano al momento dell'esecuzione dei compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro, come i costi legati al tempo che i piloti devono trascorrere fuori dalla base, non devono essere presi in considerazione nel calcolo del pagamento da effettuare durante le ferie annuali.

26. A tal proposito, spetta al giudice nazionale valutare il nesso intrinseco tra i vari elementi che compongono la retribuzione complessiva del lavoratore e l'esecuzione delle mansioni che questi è tenuto a svolgere in forza del suo contratto di lavoro. Tale valutazione deve essere effettuata sulla base di una media su un periodo di riferimento ritenuto rappresentativo...".

25. Nei paragrafi 24, 25 e 26 della sentenza *Williams*, la Corte utilizza l'espressione "le mansioni che il lavoratore è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro". L'avvocato Nicholls sottolinea la parola "*richiesto*". Egli sostiene che l'uso di questa parola traccia una distinzione tra il lavoro straordinario obbligatorio e quello volontario.
26. Il ricorrente nella causa *Lock contro British Gas Trading Ltd* [2014] ICR 813 era un venditore la cui normale retribuzione consisteva in gran parte in commissioni. Guadagnava uno stipendio base di 1222,50 sterline al mese più una provvigione variabile che dipendeva non dalla quantità di tempo lavorato ma dal risultato di tale lavoro, vale a dire il numero e il tipo di nuovi contratti conclusi. La sua commissione media mensile nel 2011 è stata di 1912,67 sterline (cioè sostanzialmente superiore all'elemento salariale di base della sua retribuzione). L'avvocato generale Bot ha ritenuto che la commissione facesse parte della "normale retribuzione" del signor Lock. Ha dichiarato al paragrafo

32:-



"Sebbene l'importo della provvigione possa fluttuare da un mese all'altro [...], tale provvigione è tuttavia abbastanza permanente da poter essere considerata parte della normale retribuzione del lavoratore. In altre parole, costituisce una componente costante della sua retribuzione. ...

A mio avviso esiste quindi un legame intrinseco tra la provvigione percepita ogni mese da un lavoratore come il signor Lock e l'esecuzione dei compiti che è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro".

27. Questo approccio è stato espressamente approvato dalla CGUE. La Corte ha dichiarato:-

"26 A questo proposito, occorre osservare fin da subito che la retribuzione corrisposta per le ferie annuali deve, in linea di principio, essere determinata in modo da corrispondere alla normale retribuzione percepita dal lavoratore (cfr. *Williams e altri* [EU:C:2011:588](#), paragrafo 21).

27 Quando la retribuzione percepita dal lavoratore è composta da più elementi, la determinazione della retribuzione normale a cui il lavoratore in questione ha diritto durante le ferie annuali richiede un'analisi specifica (cfr. *Williams e altri*, [EU:C:2011:588](#), paragrafo 22).

28 Come indicato al paragrafo 7, questo è il caso della retribuzione del sig. Lock. In qualità di consulente di vendita alle dipendenze di una società commerciale, egli riceve una retribuzione composta da uno stipendio fisso mensile e da una commissione variabile legata ai contratti stipulati dal datore di lavoro e derivanti dalle vendite da lui realizzate.

29 In ogni specifica analisi, ai fini della giurisprudenza citata, è stabilito che qualsiasi aspetto disagiata che sia intrinsecamente legato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto a svolgere in forza del suo contratto di lavoro e per il quale è previsto un importo monetario che rientra nel calcolo della retribuzione complessiva del lavoratore deve necessariamente essere preso in considerazione ai fini del calcolo dell'importo cui il lavoratore ha diritto durante le ferie annuali (cfr. *Williams e a.* [EU:C:2011:588](#), punto 24).

30 Inoltre, la Corte ha affermato che tutte le componenti della retribuzione complessiva relative allo status professionale e personale del lavoratore devono continuare a essere versate durante le ferie annuali retribuite. Pertanto, tutte le indennità relative all'anzianità, all'anzianità di servizio e alle qualifiche professionali devono essere mantenute (si vedano, in tal senso, le sentenze *Parviainen*, C-471/08, [EU:C:2010:391](#), punto 73, e *Williams e altri*, [EU:C:2011:588](#), punto 27).

31 Per contro, secondo questo stesso orientamento giurisprudenziale, le componenti della retribuzione complessiva del lavoratore destinate esclusivamente a coprire le spese occasionali o accessorie che si verificano al momento dell'esecuzione dei compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere in forza del suo contratto di lavoro non devono essere prese in considerazione nel calcolo del pagamento da effettuare durante le ferie annuali (cfr. *Williams e altri*, [EU:C:2011:588](#), punto 25).

32 Nella causa principale, come ha osservato l'Avvocato generale ai punti 31-33 delle sue conclusioni, la provvigione percepita dal sig. Lock è direttamente collegata al suo lavoro all'interno della società. Di conseguenza, esiste un legame intrinseco tra la provvigione percepita ogni mese dal sig. Lock e l'esecuzione dei compiti che egli

svolge.



di svolgere in base al suo contratto di lavoro.

33 Ne consegue che tale commissione deve essere presa in considerazione nel calcolo della retribuzione totale a cui un lavoratore, come il ricorrente nella causa principale, ha diritto per le sue ferie annuali".

28. Ancora una volta il sig. Nicholls fa riferimento all'uso, nei paragrafi 29 e 32 della sentenza, dell'ormai familiare espressione "le mansioni che è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro", e sottolinea la parola "tenuto", ma i fatti del caso *Lock*, e la conclusione a cui è giunta la CGUE, mi sembrano indicare il contrario. Il signor Lock non era obbligato dal suo contratto a raggiungere un particolare livello di vendite. È vero che l'elemento provvigionale della sua retribuzione non dipendeva dal numero di ore lavorate. Ma senza dubbio dipendeva (ad esempio) dal numero di chiamate effettuate in un giorno o in una settimana. Se era fondamentale per il ragionamento della corte fare una distinzione tra le vendite realizzate al di fuori del normale orario di lavoro e le vendite realizzate durante il normale orario di lavoro, è molto sorprendente che non l'abbiano detto.
29. Entrambe le parti si sono basate su *Bear Scotland Ltd -v- Fulton* [2015] ICR 221. Si trattava di lavoro straordinario non garantito: come nel caso in esame, si trattava di lavoro che il datore di lavoro non era obbligato a fornire ma che il dipendente era obbligato a svolgere su richiesta. Langstaff P, in sede di EAT, ha dichiarato: -

"44. Nonostante la sottigliezza di molte argomentazioni, i punti essenziali mi sembrano relativamente semplici. La "retribuzione normale" è quella che viene normalmente percepita. Come ha osservato l'Avvocato generale Trstenjak nella causa *Williams*, vi è una componente temporale in ciò che è normale: il pagamento deve essere effettuato per un periodo di tempo sufficiente a giustificare tale etichetta. In casi come il presente, tuttavia, in cui il modello di lavoro è consolidato, non vedo alcuna difficoltà nell'identificare la retribuzione "normale" ai fini del diritto dell'UE e accetto che, in assenza di una retribuzione "normale", sia appropriata una media calcolata su un periodo di riferimento determinato dallo Stato membro.

Di conseguenza, l'approccio adottato nella causa *Williams* non sorprende. Il tribunale di *Lock* ha cercato un legame diretto tra il pagamento richiesto e il lavoro svolto. Nei casi *Hertel* e *Amec*, il lavoro era richiesto dal datore di lavoro. Sulla base delle prove, il tribunale del lavoro era autorizzato a ritenere che fosse così regolarmente richiesto perché i pagamenti effettuati in relazione ad esso fossero una normale retribuzione.

45. Nella misura in cui il test cerca un legame intrinseco o diretto con le mansioni che il lavoratore è tenuto a svolgere (sottolineando le ultime quattro parole), sarebbe perverso ritenere che il lavoro straordinario in questi casi non lo fosse. A mio avviso, quindi, l'articolo 7 impone e richiede che le ore di straordinario non garantite siano pagate durante le ferie annuali. Non vedo alcun margine di incertezza tale da convincermi a fare riferimento alla Corte di giustizia".

30. Il sig. Jones sostiene che il paragrafo 44 avvalora la sua tesi. Il sig. Nicholls, d'altro canto, sostiene che l'enfasi che egli pone sull'uso della parola "required" in *Williams* and *Lock* è supportata dall'enfasi data alla frase "required to carry out" da Langstaff P nel paragrafo 45.
31. Nella causa *Dudley MBC v Willetts* [2018] ICR 31 Simler P doveva valutare se gli straordinari

regolari ma volontari dovessero essere presi in considerazione ai sensi dell'articolo 7. È stata rinviata a *Williams, Lock e Bear Scotland*. Ha ritenuto:-



"36. Non vi è dubbio che il diritto alle ferie annuali retribuite sia un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'UE, sancito dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta. La WTD non prevede alcuna deroga a tale principio. Il considerando 6 della WTD richiede che si tenga conto dei principi della Convenzione dell'OIL per quanto riguarda l'organizzazione dell'orario di lavoro. L'OIL ha adottato il paragrafo C132, da cui deriva il requisito secondo cui l'intero periodo di ferie a cui un lavoratore ha diritto deve essere pagato a un tasso che sia "almeno pari alla sua retribuzione normale o media". Non c'è dubbio, inoltre, che il pagamento degli straordinari (siano essi obbligatori, non garantiti o volontari) costituisca una retribuzione ai sensi del diritto nazionale e comunitario.

37. Il diritto dell'UE richiede che la retribuzione normale (non contrattuale) sia mantenuta per il periodo di quattro settimane di ferie annuali garantito dall'articolo 7. Questo principio generale significa che la retribuzione deve "corrispondere alla normale retribuzione percepita dal lavoratore" durante il lavoro: si veda Williams e Lock. Questo principio generale significa che i pagamenti devono "corrispondere alla normale retribuzione percepita dal lavoratore" durante il lavoro: si veda *Williams e Lock*. Lo scopo di questo requisito è quello di garantire che il lavoratore non subisca uno svantaggio economico nel prendere le ferie, che potrebbe dissuaderlo dall'esercitare questo importante diritto al quale non si può derogare.

38. Ne consegue, a mio avviso, che la CGUE nella causa *Williams*, avendo espressamente avallato la conclusione dell'Avvocato generale al paragrafo 90.2, non ha inteso stabilire un criterio più ristretto al paragrafo 24 della sentenza che avrebbe avuto l'effetto di limitare l'applicazione del principio generale.

39. Dopo aver esposto il principio generale, la CGUE ha chiarito che la suddivisione della retribuzione in diversi elementi non può pregiudicare il diritto del lavoratore a ricevere la "normale retribuzione" per le ferie annuali. In ogni caso, l'elemento rilevante della retribuzione deve essere valutato alla luce del principio e dell'obiettivo generale dell'articolo 7, che è quello di mantenere la normale retribuzione in modo che la retribuzione delle ferie corrisponda (e non sia semplicemente ampiamente comparabile) alla retribuzione durante il lavoro (paragrafi 22 e 23).

40. Inoltre, affinché un pagamento sia considerato "normale", deve essere stato versato per un periodo di tempo sufficiente. Si tratta di una questione di fatto e di grado. Le voci che non vengono pagate abitualmente o che sono eccezionali non contano a questi fini. Ma le voci che vengono pagate abitualmente e che sono regolari nel tempo possono essere considerate tali.

41. Letto in questa luce, il paragrafo 24 di *Williams* non sorprende e riflette semplicemente la valutazione della Corte dei pagamenti specifici in questione in quel caso, esaminati alla luce del principio generale. Ciò è rafforzato dal riferimento agli "aspetti sconvenienti" che erano direttamente rilevanti per i due pagamenti in questione. Il paragrafo 24, tuttavia, non stabilisce un criterio unico o esclusivo di "normale retribuzione" dipendente da un legame tra la retribuzione e l'adempimento dei doveri assunti con l'obbligo del contratto di lavoro. Né limita l'applicazione del principio generale. Se esiste un legame intrinseco tra la retribuzione e l'esecuzione delle mansioni richieste dal contratto, ciò è determinante ai fini del requisito di inclusione nella retribuzione normale. Si tratta di un criterio decisivo, ma non del solo o dell'unico criterio decisivo. L'assenza di tale legame intrinseco non esclude automaticamente il pagamento dal conteggio. Ciò è confermato dal fatto che anche i pagamenti che sono

personali per l'individuo, come quelli relativi all'anzianità, all'anzianità di servizio e alle qualifiche professionali, contano ai fini della normale retribuzione, anche se non sono necessariamente legati all'esecuzione dei compiti che il lavoratore è tenuto a svolgere in base al contratto di lavoro o ad aspetti scomodi di tali compiti.



42. L'argomentazione del sig. Jones [per i datori di lavoro] attribuisce un peso eccessivo al riferimento ai compiti richiesti dal contratto di lavoro. Questo non era un problema né in *Williams* né in *Lock*. Nel caso *Williams*, la corte stava decidendo se i pagamenti fossero intrinsecamente legati al lavoro svolto dai ricorrenti per il datore di lavoro o se rimborsassero le spese da loro sostenute; e non se il lavoro fosse obbligatoriamente richiesto dal contratto o svolto su base volontaria. Inoltre, in particolare al punto 32 di *Lock*, la CGUE sembra considerare il lavoro all'interno dell'azienda come sinonimo di svolgimento di mansioni richieste dal contratto di lavoro.

43. Inoltre, l'esclusione in linea di principio dei pagamenti per il lavoro volontario normalmente svolto equivarrebbe a un'interpretazione eccessivamente restrittiva della retribuzione normale, con il rischio di frammentare la retribuzione in diverse componenti per ridurre al minimo i livelli di retribuzione delle ferie. Si correrebbe il rischio che il lavoratore subisca uno svantaggio economico che potrebbe dissuaderlo dall'esercitare tali diritti, in contrasto con l'obiettivo di fondo dell'articolo 7. Si correrebbe il rischio, identificato dall'Avvocato generale Trstenjak, che i datori di lavoro fissino livelli artificialmente bassi di ore contrattuali di base e classifichino il tempo di lavoro rimanente come "straordinario volontario" che non deve essere conteggiato ai fini delle ferie annuali retribuite. Non si tratta di un'obiezione fantasiosa ma reale alla tesi dei convenuti, come dimostra l'attuale proliferazione dei contratti a zero ore.

44. Mi sembra che, applicando il principio generale stabilito dalla CGUE nelle sentenze *Williams* e *Lock*, in un caso in cui il modello di lavoro, benché volontario, si estende per un periodo di tempo sufficiente su base regolare e/o ricorrente da giustificare la descrizione di "normale", si applichi il principio di *Williams* e spetterà al tribunale di accertamento dei fatti determinare se è sufficientemente regolare e abituale perché i pagamenti effettuati in relazione ad esso ammontino alla normale retribuzione.

45. Di conseguenza, l'Employment Tribunal nel caso di specie non ha commesso alcun errore di diritto nel ritenere che la retribuzione legata al lavoro straordinario svolto su base volontaria potesse essere inclusa nella normale retribuzione per il calcolo delle ferie.

46. Se mi sbaglio e si richiede un legame intrinseco, il legame è tra il pagamento in questione e le mansioni che il lavoratore è tenuto a svolgere in base al suo contratto di lavoro, e ritengo che questo test sia soddisfatto nel caso in esame. In assenza di un contratto di lavoro, l'accordo specifico o l'accordo stipulato per il lavoro straordinario volontario non esisterebbe. Le mansioni o i compiti svolti in entrambi i casi sono gli stessi. Mi sembra che il contratto di lavoro costituisca un contratto quadro in questo senso. A prescindere dalla situazione precedente a un determinato turno, mi sembra che una volta che i ricorrenti hanno iniziato a svolgere un turno di lavoro straordinario volontario o un periodo di reperibilità o di chiamata, stavano svolgendo le mansioni richieste dal loro contratto di lavoro, anche se esisteva un accordo o una convenzione separata. I pagamenti effettuati erano tutti direttamente collegati alle mansioni che erano tenuti a svolgere in base al loro contratto di lavoro e, una volta iniziati i turni o i periodi di reperibilità, non si trovavano in una posizione diversa da quella di un dipendente che, in base al suo contratto, è tenuto a fare gli straordinari o ad essere in reperibilità o a partecipare alle chiamate".

32. Fatta salva la causa *Hein*, a cui sto per fare riferimento, mi sarei accontentato di dire che condivido l'analisi chiara e persuasiva di Simler P e non ho nulla da aggiungere. La giurisprudenza della CGUE stabilisce chiaramente che, in ogni caso, la questione è se il modello di lavoro sia sufficientemente

regolare e stabilita affinché i pagamenti effettuati in relazione ad essa equivalgano alla normale retribuzione. Non vi è alcun requisito separato che le ore di lavoro siano obbligatorie ai sensi del contratto.

33. Dopo la decisione di Simler P nella causa *Willetts* e quella di Soole J nella presente causa, la CGUE si è pronunciata nella causa *Hein/Abert Holzkamm GmbH* (13 dicembre 2018, causa C-385/17) che, secondo l'avvocato Nicholls, dimostra che Simler P e Soole J hanno interpretato erroneamente la giurisprudenza della CGUE. Alla Corte è stato chiesto di stabilire se il diritto dell'Unione osti a una norma nazionale, contenuta in un contratto collettivo, che consente di tenere conto delle riduzioni di retribuzione dovute al lavoro a orario ridotto ai fini del calcolo del diritto del lavoratore alla retribuzione delle ferie annuali.
34. Gran parte della sentenza della CGUE ripete frasi già note alla giurisprudenza. Così, al paragrafo 32 si fa riferimento a *Robinson-Steele* e a *Williams* per stabilire il principio che durante le ferie annuali "la retribuzione deve essere mantenuta e che, in altre parole, i lavoratori devono ricevere la loro normale retribuzione per il periodo di riposo". Nel paragrafo successivo, facendo riferimento alle stesse due decisioni precedenti, affermano che "lo scopo dell'obbligo di retribuzione per tali ferie è quello di porre il lavoratore, durante tali ferie, in una posizione che sia, per quanto riguarda la retribuzione, paragonabile ai periodi di lavoro". Al punto 40 (come fatto apparentemente incontestato nel caso), osservano che "la retribuzione pagata per le ore di lavoro straordinario effettuate dai lavoratori è pienamente presa in considerazione nel calcolo della retribuzione per le ferie annuali". Al paragrafo 44, riferendosi ancora una volta a *Robinson-Steele* e a *Lock*, affermano che

"... lo scopo della normale retribuzione percepita durante il periodo di ferie annuali retribuite è quello di consentire al lavoratore di fruire effettivamente dei giorni di ferie cui ha diritto... quando la retribuzione versata in ragione del diritto alle ferie annuali retribuite previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003-88 è, come nella situazione in esame, nel procedimento principale, inferiore alla normale retribuzione che il lavoratore percepisce durante i periodi effettivamente lavorati, il lavoratore potrebbe ben essere incoraggiato a non fruire delle ferie annuali retribuite, almeno durante i periodi di lavoro effettivo, in quanto ciò comporterebbe una riduzione della sua retribuzione durante tali periodi".

35. Fin qui, si tratta di un noto richiamo alla giurisprudenza consolidata. Ma poi, nei paragrafi 46 e 47, la Corte afferma (sottolineatura aggiunta):-

"46. Infine, per quanto riguarda la regola secondo cui le ore di lavoro straordinario effettuate dal lavoratore devono essere prese in considerazione ai fini del calcolo della retribuzione dovuta per il diritto alle ferie annuali retribuite, va osservato che, *dato il suo carattere eccezionale e imprevedibile*, la retribuzione percepita per le ore di lavoro straordinario non rientra, in linea di principio, nella normale retribuzione che il lavoratore può richiedere per le ferie annuali retribuite previste dall'articolo 7, paragrafo 1, della Direttiva 2003/88.

47. Tuttavia, quando gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro impongono al lavoratore di effettuare ore di lavoro straordinario su base ampiamente regolare e prevedibile, e la retribuzione corrispondente costituisce un elemento significativo della retribuzione complessiva che il lavoratore percepisce per la sua attività professionale, la retribuzione percepita per tale lavoro straordinario dovrebbe essere inclusa nella normale retribuzione dovuta in forza del diritto alle ferie annuali retribuite previsto dall'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88, affinché il lavoratore possa godere, durante tali ferie, di condizioni economiche paragonabili a quelle di cui beneficia quando lavora.

Spetta al giudice del rinvio verificare se ciò avvenga nella causa principale".

36. La formulazione di questi due paragrafi, in particolare la frase che ho messo in corsivo nel paragrafo 46,



Ci è sembrato così sorprendente che abbiamo chiesto ai legali di controllare il testo della sentenza in tedesco (la lingua del caso) per verificare se qualcosa fosse andato perso nella traduzione. Siamo convinti che non sia così. Dobbiamo quindi cercare di capire cosa ha pronunciato la CGUE. Le ore di lavoro straordinario non erano in discussione davanti alla CGUE nella causa *Hein* - infatti, dai paragrafi 62 e 64 delle conclusioni dell'Avvocato generale Bobek risulta chiaramente che le ore di lavoro straordinario *sono state* prese in considerazione nel calcolo dell'indennità di ferie. Pertanto, se si fosse trattato di un caso nazionale, qualsiasi cosa detta in merito alle ore di lavoro straordinario avrebbe potuto essere considerata come *obiter*; ma l'avvocato Nicholls ha ragione a sostenere che il concetto di *obiter* di una parte della sentenza non può essere applicato a una pronuncia della CGUE su una questione di diritto europeo.

37. Il sig. Nicholls si basa sull'affermazione del paragrafo 46 secondo cui "data la sua natura eccezionale e imprevedibile, la retribuzione percepita per le ore di lavoro straordinario non rientra, in linea di principio, nella normale retribuzione che il lavoratore può richiedere a titolo di ... ferie annuali retribuite"; ciò va contrapposto ai casi in cui (paragrafo 47) "gli obblighi derivanti dal contratto di lavoro *impongono* al lavoratore di effettuare ore di lavoro straordinario su base ampiamente regolare e prevedibile". Ciò dimostra, a suo avviso, che il lavoro straordinario non deve essere preso in considerazione per il calcolo delle ferie a meno che non *sia* obbligatorio e "ampiamente regolare e prevedibile". Su questa base, anche le ore di lavoro straordinario non garantite nel caso in esame non sono qualificabili.
38. Il sig. Jones, invece, sostiene che la distinzione tracciata nei paragrafi 46 e 47 della *Hein* è tra pagamenti eccezionali e imprevedibili da un lato e pagamenti ampiamente regolari e prevedibili dall'altro.
39. L'avvocato Jones ha ricordato che la natura delle ferie annuali come diritto fondamentale è stata sottolineata più volte dalla legislazione e dalla giurisprudenza europea. La politica definita nell'articolo 7 della direttiva sull'orario di lavoro è stata ribadita nella Carta europea dei diritti fondamentali (capitolo 31). La CGUE ha ripetutamente affermato che i lavoratori non devono essere disincentivati a prendere il periodo minimo di ferie annuali e che, se non viene mantenuta la normale retribuzione, vi è un disincentivo. Osserva che nella causa *Williams* la CGUE ha chiarito che gli obblighi imposti dalla direttiva non possono essere soddisfatti pagando il minimo indispensabile previsto dal contratto. Ha osservato che nella causa *Williams* l'Avvocato generale ha affermato al punto [77]:-

"In linea di principio, l'ampia definizione di retribuzione di cui all'art. 141, n. 2, CE comprende non solo la retribuzione dovuta in senso stretto come corrispettivo del lavoro svolto, ma anche qualsiasi componente aggiuntiva, come i premi, i supplementi e le indennità, le concessioni accordate dal datore di lavoro e i pagamenti *ex gratia*. La Corte ha certamente riconosciuto come retribuzione, ai sensi di tale disposizione, le indennità basate sul criterio della mobilità, vale a dire le indennità che premiano la disponibilità del lavoratore a lavorare in tempi diversi".

Di conseguenza, sono state considerate rientranti in tale definizione anche le indennità per orari di lavoro disagiati ..., le retribuzioni per lavoro straordinario ... e le retribuzioni per la frequenza di corsi di formazione la cui durata supera l'orario di lavoro individuale ...". Logicamente, quindi, tale categoria dovrebbe necessariamente includere anche i supplementi di retribuzione per le ore di lavoro straordinario, i supplementi per il lavoro nei giorni festivi, le indennità di turno e qualsiasi altro pagamento analogo".

40. L'Avvocato generale ha chiarito ai paragrafi 81 e seguenti delle sue conclusioni che. "

"Il fatto che il diritto alle integrazioni normalmente dovute sia riconosciuto come esigibile nel merito non significa necessariamente che il lavoratore abbia un diritto illimitato a tutte le integrazioni immaginabili. A mio avviso, il tribunale ha imposto un



limite a tale diritto, nella misura in cui la giurisprudenza può anche essere interpretata nel senso che il lavoratore deve avere diritto a non più della sua "normale retribuzione".

Ha poi osservato che la determinazione della retribuzione normale richiede un periodo di riferimento sufficientemente rappresentativo.

41. Al punto 21 della sentenza *Williams*, la CGUE, facendo proprie le conclusioni dell'Avvocato generale, ha stabilito che:-

"La retribuzione corrisposta per le ferie annuali deve, in linea di principio, essere determinata in **m o d o** da corrispondere alla normale retribuzione percepita dal lavoratore. Ne consegue che un'indennità il cui importo sia appena sufficiente a garantire che non vi sia un serio rischio che il lavoratore non usufruisca delle ferie non soddisfa i requisiti del diritto europeo".

42. Il sig. Jones sottolinea correttamente che se il sig. Nicholls ha ragione nella sua interpretazione dei paragrafi 46 e 47 di *Hein*, le dichiarazioni enfatiche fatte in *Williams* sembrano essere contraddette. Anche gli straordinari non garantiti non dovrebbero essere presi in considerazione. Come hanno sottolineato l'Avvocato generale Trstenjak nella causa *Williams* e Simler P nella causa *Willetts*, l'esclusione del lavoro straordinario volontario dal calcolo dell'indennità di ferie rischierebbe di incoraggiare i datori di lavoro a fissare livelli artificialmente bassi di ore contrattuali di base e a classificare il tempo di lavoro rimanente come "straordinario". Concordo con Simler P sul fatto che l'attuale tendenza, almeno nel Regno Unito, verso i contratti a zero ore dimostra che questa non è un'obiezione fantasiosa ma molto reale all'argomentazione del Trust. Un lavoratore con contratto a zero ore, anche se svolgesse una media di 30 o 40 ore di lavoro a settimana durante tutto l'anno, non avrebbe diritto ad alcuna vacanza retribuita.
43. Il sig. Nicholls ha affermato che il caso in questione non è un contratto a zero ore, né si avvicina ad esso, e dovremmo lasciare questo problema ad un altro caso in cui si è verificato. È giusto dire che il caso in questione non riguarda un contratto a zero ore o a orario base molto basso. Ma l'uso diffuso di tali contratti deve essere tenuto presente quando si cerca di decifrare quanto affermato dalla CGUE.
44. La CGUE è nota per le sue dichiarazioni simili a quelle dell'oracolo di Delfi, ma anche per i suoi standard oracolari il paragrafo 46 è difficile da capire. Se il paragrafo 46 avesse detto che "nei casi in cui sia di natura eccezionale e imprevedibile" la retribuzione percepita per le ore di lavoro straordinario non fa parte, in linea di principio, della retribuzione normale, sarebbe stato comprensibile, coerente con la giurisprudenza precedente e con i paragrafi 1-45 della stessa *Hein*. Ma affermare, come una proposizione generale generalizzata, che la natura del lavoro straordinario è quella di essere eccezionale e imprevedibile non ha senso. Inoltre, una cosa è essere oracolari, un'altra è essere autocontraddittori. Non posso credere che la CGUE abbia voluto tirare il freno a mano all'inizio del paragrafo 46 di *Hein*, contraddicendo così tanto di quanto affermato in precedenza.
45. Accetto quindi l'affermazione del sig. Jones secondo cui la distinzione tracciata nei paragrafi 46-47 della *Hein* è tra pagamenti di straordinari eccezionali e imprevedibili da un lato e pagamenti di straordinari ampiamente regolari e prevedibili dall'altro.
46. Ho valutato se questo fosse un caso appropriato per un rinvio alla CGUE. Ma a parte il fatto che il Regno Unito potrebbe ritirarsi dalla giurisdizione della Corte nel prossimo futuro, le parti della presente controversia non sarebbero aiutate da un rinvio. I ricorrenti hanno vinto la loro causa sulla base del contratto. Comprensibilmente desiderano che l'ET proceda a determinare il rimedio e a concedere loro un risarcimento. I diritti e i difetti dell'interpretazione della direttiva non interessano né loro né il Trust ricorrente.

47. Di conseguenza, ritengo che la decisione *Dudley MBC v Willetts* sia stata corretta; che Soole J. abbia fatto bene a seguirla in questo caso; e che il ricorso del Trust sulla questione della direttiva, così come su quella del contratto, debba essere respinto.

Lady Justice Asplin:

48. Concordo con Bean LJ sul fatto che il ricorso debba essere respinto sia per quanto riguarda il contratto sia per quanto riguarda la direttiva, per le ragioni da lui esposte. Inoltre, concordo con le sue conclusioni in relazione al caso di *Hein*. A me sembra, come a lui, che il paragrafo 46 sia incoerente con i paragrafi precedenti della sentenza in quella causa. Inoltre, se deve essere inteso nel modo suggerito dall'onorevole Nicholls, equivarrebbe a un *voltafaccia* del tutto inspiegabile da parte della CGUE. Sembrerebbe contraddire le chiare affermazioni della sentenza *Williams* e minare il principio secondo cui un dipendente non dovrebbe essere dissuaso dal prendere un adeguato riposo a titolo di ferie. Inoltre, lascerebbe la porta aperta agli abusi a cui fanno riferimento Simler P in *Willetts* e Bean LJ.

Lady Justice Nicola Davies:

49. Sono d'accordo con entrambi i giudizi.

BAILII: [Politica sul copyright](#) | [Esclusioni di responsabilità](#) | [Politica sulla privacy](#) | [Feedback](#) | [Donazione a BAILII](#) URL:
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/947.html>



[\[Home\]](#) [\[Databases\]](#) [\[World Law\]](#) [\[Multidatabase Search\]](#) [\[Help\]](#) [\[Feedback\]](#)

England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions

You are here: [BAILII](#) >> [Databases](#) >> [England and Wales Court of Appeal \(Civil Division\) Decisions](#) >> East of England Ambulance Service NHS Trust v Flowers & Ors [2019] EWCA Civ 947 (10 June 2019)
URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/947.html>
Cite as: [2020] 1 All ER 972, [2019] IRLR 798, [2019] WLR(D) 320, [2019] ICR 1454, [2019] EWCA Civ 947

[\[New search\]](#) [\[Printable PDF version\]](#) [View ICLR summary: [\[2019\] WLR\(D\) 320](#)] [Buy ICLR report: [\[2019\] ICR 1454](#)] [\[Help\]](#)

Neutral Citation Number: [2019] EWCA Civ 947

Case No: A2/2018/1173/EATRF

**IN THE COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION)
ON APPEAL FROM THE EMPLOYMENT APPEAL TRIBUNAL
THE HONOURABLE MR JUSTICE SOOLE
UKEAT/0398/17/JOJ**

Royal Courts of Justice
Strand, London, WC2A 2LL
10/06/2019

Before:

**LORD JUSTICE BEAN
LADY JUSTICE ASPLIN
and
LADY JUSTICE NICOLA DAVIES**

Between:

**EAST OF ENGLAND AMBULANCE SERVICE
NHS TRUST**

Appellant

- and -

NEIL FLOWERS AND OTHERS

**Respondents
(Claimants)**

**Paul Nicholls QC (instructed by Mills & Reeve LLP, Cambridge) for the Trust
Sean Jones QC (instructed by UNISON Legal Services) for the Claimants**

Hearing date: 15th May 2019

HTML VERSION OF JUDGMENT

Crown Copyright ©

Lord Justice Bean:

1. The Claimants are all employed by the Appellant Trust in a range of roles concerned with the provision of ambulance services. They brought a claim before an employment tribunal sitting at Bury St Edmunds (Employment Judge Laidler sitting alone) alleging unlawful deductions from their holiday pay. Their case is that the calculation of that holiday pay should take account of overtime in two categories, known as non-guaranteed overtime and voluntary overtime. The claim is made pursuant to the terms of the Claimants' contracts and alternatively under Article 7 of the Working Time Directive. Since it is accepted that the Trust is an emanation of the State, the non-contractual claim has been brought under the Directive rather than under the domestic provisions of the Working Time Regulations 1998.
2. Non-guaranteed overtime occurs where an employee of the Trust is carrying out a task which must be completed after the end of the shift. Examples are when caring for patients to whom an ambulance has been sent or dealing with a call made to emergency services. In such circumstances, the obligation to complete the task continues beyond the end of the shift. In return, the employee is entitled to payment for this shift overrun.
3. Employees may also be offered voluntary overtime. The statement of agreed facts records that:

"21. None of the Claimants are or have ever been required or expected to volunteer for overtime shifts and all of the Claimants are and have always been completely free to choose whether or not to work any voluntary overtime shifts."
4. The ET held that the Claimants' contractual terms and conditions entitled them to have non-guaranteed overtime taken into account in the calculation of their holiday pay, but not to have their voluntary overtime taken into account. As to the claim under the Working Time Directive, this was conceded by the Trust in respect of non-guaranteed overtime but not in respect of voluntary overtime. The ET accepted the Trust's argument that voluntary overtime was in a different category in respect of the statutory claim as well as the contractual one.
5. The Claimants appealed to the Employment Appeal Tribunal, contending that voluntary overtime should have been taken into account (under both the contract and the Directive) in the calculation of holiday pay. The Trust cross-appealed against the finding that non-guaranteed overtime should have been taken into account under the contract.
6. In the EAT the case was heard by Soole J sitting alone. He allowed the Claimants' appeal on the contractual claims. He also held, following *Simler P* in the earlier EAT decision of *Dudley MBC v Willetts* [2018] ICR 31, that the voluntary overtime should have been taken into account under the Directive. He dismissed the Trust's cross-appeal against the finding that non-guaranteed overtime should have been taken into account under the contract.
7. Soole J gave an extempore oral judgment. No application was made to him for permission to appeal to this court either at the conclusion of the judgment or within seven days thereafter pursuant to

paragraph 25.1 of the EAT Practice Direction. The Trust did, however, apply to this court for permission to appeal. I granted permission on 28 November 2018 on the grounds that the question of whether the calculation of holiday pay should take account of voluntary overtime was an issue of some general importance which justified consideration by the Court of Appeal.

The contractual claim

8. The Claimants' contractual terms are to be found in the NHS Terms and Conditions of Service Handbook, a collective agreement popularly known as "Agenda for Change". We were shown some extracts. Section 3 deals with eligibility for and the calculation of overtime payments: it is preceded by a sentence in Clause 2.9 stating that "any extra time worked in a week above standard hours will be treated as overtime and Section 3 will apply". Section 4 introduces the concept of high cost area supplements. Section 5 deals with a type of supplementary payment known as a recruitment and retention premium: such premia are subdivided into two categories, short term and long term, each of them expressed as cash sums separately identifiable from basic pay. Provisions for unsocial hours payments for ambulance staff are contained in Annex 5: such pay enhancements are to be paid as a fixed percentage addition to basic pay in each pay period.

9. Section 13, headed "Annual Leave and General Public Holidays" contains the crucial paragraph:-

"13.9 Pay during annual leave will include regularly paid supplements, including any recruitment and retention premia, payment for work outside normal hours and high cost area supplements. Pay is calculated on the basis of what the individual would have received if he or she had been at work. This would be based on the previous three months at work or any other reference period that may be locally agreed."

10. Soole J, accepting the Claimants' construction, held:-

"30. ... First, I consider that the purpose of the first sentence of clause 13.9 is to provide that holiday pay shall include the identified "regularly paid supplements". It does not expressly define the other components of "pay".

31. Secondly, I see no good reason to construe the references to "pay" in a way which confines it to basic pay and excludes overtime. The natural interpretation that overtime is part of pay and the pay structure is confirmed by clause 2.9 of section 1, which provides the link to the overtime provisions in section 3.

32. Thirdly, such construction of "pay" is further supported by the second sentence of clause 13.9. The clause must be read as a whole. Its objective intention is to maintain the overall level of remuneration which the employee would have received if working. I do not accept that the second sentence merely provides calculation machinery for the first sentence. However, even if it is so confined, that calculation is of pay which includes overtime pay.

33. Fourthly, this construction accords with the background context of the WTD. I was told that clause 13.9 appeared in its current form in 2009. As Simler P's analysis in *Dudley* demonstrates, the European Court had by at least 2006 established the principle that, for the duration of annual leave within the meaning of the Directive, remuneration must be maintained: paragraph 60 of her judgment. It makes obvious sense for the contract to march in step with the WTD so far as possible.

34. Fifthly, I do not accept that the Claimants' case involves a rewriting of the contract.

It is a question of construction. In my judgment there is no good basis to construe clause 13.9 so as to exclude overtime in the calculation of holiday pay.

35. In consequence of this construction and contrary to the Tribunal's conclusion, I see no basis to distinguish between non-guaranteed and voluntary overtime. In this case, the calculation will be based on the three-month period identified in the final sentence of clause 13.9."

11. For the Trust Mr Paul Nicholls QC accepted that in a case such as this where the facts have been agreed and the issue is a question of interpretation of a contract (or a statutory provision, whether European or domestic) there is no primacy to be given to the decision of the ET: indeed we were scarcely referred to it. He submitted, however, that Soole J in the EAT reached the wrong conclusion as to the interpretation of the contract.
12. Mr Nicholls' first point is that the construction favoured by Soole J would, he says, deprive the first sentence of Clause 13.9 of any meaning. If holiday pay were to be calculated simply on the basis of what the individual would have received if he or she would have been at work based on the previous three months of work then the second and third sentences of Clause 13.9 would achieve that.
13. I disagree. It is right to say that the first sentence might more naturally come after the second and third sentences rather than before them. But it is clear to me that the reference in the first sentence to certain specific types of payment is for the avoidance of doubt. Some elements, such as (for example) recruitment and retention premia, which are expressed as cash sums, might well be the subject of a dispute as to whether they should be taken into account if they happened to have been paid, say, 11 weeks before the holiday period. Their express inclusion in clause 13.9 puts the issue beyond doubt.
14. Mr Nicholls' skeleton argument then states:-

"The [Trust] submits that paragraph 13.9 means that employees will be entitled to pay during their holiday and then set out additional elements of pay which will be taken into account. Thus, when the paragraph says "pay during annual leave will include...", it sets out the elements which should be taken into account in addition to basic pay".
15. The last five words of this submission expose the weakness in the Appellant's argument. If the intention of those who negotiated the collective agreement had been to draw a distinction in Clause 13.9 between basic pay and overtime payments it would have been easy to do so. The clause could have said that during annual leave the employee would receive basic pay plus certain specified supplements, but it did not. The word "basic" is not used. Nor is the word "overtime".
16. The next argument for the Appellants is based on the use of the wording "regularly paid supplements". Mr Nicholls submits:

"It was common ground that overtime was not a regularly paid supplement. The [Trust] submits that it follows that, not being a regularly paid supplement, overtime payments do not fall to be taken into account in the calculation of holiday pay".
17. This cannot be right: it is as if, instead of the clause beginning "pay during annual leave will *include* regularly paid supplements" it had begun "pay during annual leave will *comprise* regularly paid supplements". That would lead to the absurd position where neither basic pay nor overtime formed the basis of calculation, but only supplements.

18. The next way of putting the point is contained in paragraph 38 of the Trust's skeleton argument:

"... it is submitted that what is even more compelling is that the parties have expressly included some types of payment and, notwithstanding that overtime is identified in the contract as a form of payment, it has been omitted from paragraph 13.9. Thus the drafters of the contract went back through the contract and identified types of payment falling within sections 2, 4 and 5 as being taken into account in the calculation of holiday pay but they conspicuously glossed over and did not mention section 3 – overtime – as a type of payment which should be taken into account. The Claimants' argument that paragraph 13.9 means that overtime should be taken into account in determining holiday pay is a type of payment which has deliberately not been mentioned."

19. Like Soole J, I reject the argument that the omission from the clause of an express reference to overtime must be taken to represent a deliberate decision by the parties that it should be excluded from the calculation of holiday pay. To do so would result in many cases in annual leave payments which fall well short of being a calculation of pay "on the basis of what the individual would have received had he/she been at work". I agree with Soole J that the natural interpretation of the clause is that overtime is part of pay. The clause must be read as a whole. The second sentence does not, as the Trust's submissions suggest, merely provide a machinery of calculation to supplement the first sentence.

20. I would therefore uphold the decision of Soole J that under Clause 13.9 of "Agenda for Change" the Claimants have a contractual entitlement to have voluntary overtime taken into account for the purposes of calculating holiday pay. I also agree with Soole J that there is no basis for distinguishing between voluntary and non-guaranteed overtime payments for this purpose.

The Working Time Directive claim

21. In a strict sense this makes it unnecessary to consider the position under the WTD. But since part of the reason why I granted permission for an appeal to this court was to enable the Trust to argue that Simler P's decision in *Dudley MBC v Willetts* was wrong, and since that issue (unlike the contractual issue) has implications for employees throughout the workforce not limited to the NHS, I consider that we should deal with that question as well. Since the issue has been raised in the present case, and argued with great skill by Mr Jones for the Claimants and Mr Nicholls for the Trust, it would be wrong to leave it to be raised in a future appeal which may not reach this Court for some time. Employers need to know whether the decision in *Willetts* was correct.

22. Article 7 of the Directive stipulates a minimum period of at least four weeks of paid annual leave and states expressly that it may not be replaced by an allowance in lieu. The Directive does not, however, specify the amount of pay that is to be received during any period of annual leave. This question was considered by the European Court of Justice ("the CJEU") in three references from UK courts between 2006 and 2014. In *Robinson-Steele v RD Retail Services Ltd* [2006] ICR 932 the CJEU stated that "for the duration of annual leave within the meaning of the Directive, remuneration must be maintained". In *British Airways PLC -v Williams* [2012] ICR 847 Advocate General Trstenjak summarised the effect of *Robinson-Steele* as being that "the level of holiday pay must correspond exactly to that of normal remuneration"

23. In *Williams* the payments in issue were flying pay supplement and "time away from base" allowance, both of which arose from duties that the Claimant pilots could be required to perform under their contracts of employment and did not relate to additional voluntary duties. The Advocate

General took the view that both supplements were material components of pay.

24. In its judgment the CJEU referred to its conclusion in *Robinson-Steele* that for the duration of annual leave remuneration must be maintained and that workers must receive their normal remuneration for that period of rest. The Court continued:-

"20. The purpose of the requirement of payment for that leave is to put the worker, during such leave, in a position which is, as regards remuneration, comparable to periods of work: see *Robinson-Steele*, para 58 and *Stringer*, para 60.

21. As the Advocate General states in point 90 of her opinion, it follows from the foregoing that remuneration paid in respect of annual leave must, in principle, be determined in such a way as to correspond to the normal remuneration received by the worker. It also follows that an allowance, the amount of which is just sufficient to ensure that there is no serious risk that the worker will not take his leave, will not satisfy the requirements of European Union law.

...

24. Accordingly, any inconvenient aspect which is linked intrinsically to the performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment and in respect of which a monetary amount is provided which is included in the calculation of the worker's total remuneration, such as, in the case of airline pilots, the time spent flying, must necessarily be taken into account for the purposes of the amount to which the worker is entitled during his annual leave.

25. By contrast, the components of the worker's total remuneration which are intended exclusively to cover occasional or ancillary costs arising at the time of performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment, such as costs connected with the time that pilots have to spend away from base, need not be taken into account in the calculation of the payment to be made during annual leave.

26. In that regard, it is for the national court to assess the intrinsic link between the various components which make up the total remuneration of the worker and the performance of the tasks which he is required to carry out under his contract of employment. That assessment must be carried out on the basis of an average over a reference period which is judged to be representative ..."

25. In paragraphs 24, 25 and 26 of the judgment in *Williams* the court uses the phrase "the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment". Mr Nicholls emphasises the word *required*. He submits that the use of the word draws a distinction between compulsory and voluntary overtime.
26. The claimant in *Lock v British Gas Trading Ltd* [2014] ICR 813 was a salesman much of whose normal remuneration consisted of commission. He earned a basic salary of £1222.50 per month plus variable commission which depended not on the amount of time worked but on the outcome of that work, namely the number and type of new contracts concluded. His average monthly commission in 2011 was £1912.67 (that is to say substantially more than the basic salary element of his pay). Advocate General Bot considered the commission to be part of Mr Lock's "normal remuneration". He stated at paragraph 32:-

"Although the amount of commission may fluctuate from month to month ... such commission is nonetheless permanent enough for it be regarded as forming part of that worker's normal remuneration. In other words, it constitutes a constant component of his remuneration. ...

In my view an intrinsic link does therefore exist between the commission received each month by a worker such as Mr Lock and the performance of the tasks he is required to carry out under his contract of employment."

27. This approach was expressly endorsed by the CJEU. The court stated:-

"26 In this respect, it should be observed at the outset that remuneration paid in respect of annual leave must, in principle, be determined in such a way as to correspond to the normal remuneration received by the worker (see *Williams and Others* [EU:C:2011:588](#), paragraph 21).

27 Where the remuneration received by the worker is composed of several components, the determination of the normal remuneration to which the worker in question is entitled during his annual leave requires a specific analysis (see *Williams and Others* [EU:C:2011:588](#), paragraph 22).

28 As stated at paragraph 7 above, that is the case regarding Mr Lock's remuneration. As a sales consultant employed by a commercial company, he receives remuneration composed of a fixed monthly salary and variable commission linked to the contracts entered into by the employer resulting from sales he achieves.

29 In any specific analysis, for the purpose of the case-law cited above, it is established that any inconvenient aspect which is linked intrinsically to the performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment and in respect of which a monetary amount is provided and included in the calculation of the worker's total remuneration must necessarily be taken into account for the purposes of calculating the amount to which the worker is entitled during his annual leave (see *Williams and Others* [EU:C:2011:588](#), paragraph 24).

30 In addition, the Court has stated that all components of total remuneration relating to the professional and personal status of the worker must continue to be paid during his paid annual leave. Thus, any allowances relating to seniority, length of service and to professional qualifications must be maintained (see, to that effect, Case C-471/08 *Parviainen* [EU:C:2010:391](#), paragraph 73, and *Williams and Others* [EU:C:2011:588](#), paragraph 27).

31 By contrast, according to that same line of case-law, the components of the worker's total remuneration which are intended exclusively to cover occasional or ancillary costs arising at the time of performance of the tasks which the worker is required to carry out under his contract of employment need not be taken into account in the calculation of the payment to be made during annual leave (see *Williams and Others* [EU:C:2011:588](#), paragraph 25).

32 In the case in the main proceedings, as the Advocate General observed at points 31 to 33 of his Opinion, the commission received by Mr Lock is directly linked to his work within the company. Consequently, there is an intrinsic link between the commission received each month by Mr Lock and the performance of the tasks he is

required to carry out under his contract of employment.

33 It follows that such commission must be taken into account in the calculation of the total remuneration to which a worker, such as the applicant in the main proceedings, is entitled in respect of his annual leave."

28. Again Mr Nicholls refers to the use in paragraphs 29 and 32 of the judgment of the by now familiar phrase "the tasks he is required to carry out under his contract of employment", and emphasises the word "required", but the facts of the *Lock* case, and the conclusion which the CJEU drew, seem to me to point the other way. Mr Lock was not required under his contract to achieve a particular level of sales. It is true that the commission element of his pay did not depend on the number of hours he worked. But it did depend, no doubt, on (for example) the number of calls he made in a day or in a week. If it was crucial to the court's reasoning to draw a distinction between sales achieved outside normal working hours and sales achieved within normal working hours it is very surprising that they did not say so.
29. Both sides before us relied on *Bear Scotland Ltd -v- Fulton* [2015] ICR 221. That concerned non-guaranteed overtime: as in the present case, this was work which the employer was not obliged to provide but which the employee was obliged to perform on request. Langstaff P, sitting in the EAT, said:-

"44. Despite the subtlety of many of the arguments, the essential points seem relatively simple to me. "Normal pay" is that which is normally received. As Advocate General Trstenjak observed in *Williams*, there is a temporal component to what is normal: payment has to be made for a sufficient period of time to justify that label. In cases such as the present, however, where the pattern of work is settled, I see no difficulty in identifying "normal" pay for the purposes of EU law and accept that, where there is no such "normal" remuneration, as average taken over a reference period determined by the member state is appropriate. Accordingly, the approach taken in *Williams* is unsurprising. The court in *Lock* looked for a direct link between the payment claimed and the work done. In the *Hertel* and *Amec* cases, the work was required by the employer. On the evidence, the employment tribunal was entitled to think it was so regularly required for payments made in respect of it to be normal remuneration.

45. In so far as the test seeks an intrinsic or direct link to tasks which a worker is required to carry out (stressing those last four words) it would be perverse to hold that overtime in these cases was not. In my view, therefore, article 7 requires and required non-guaranteed overtime to be paid during annual leave. I see no scope for any such uncertainty as would persuade me to make a reference to the Court of Justice".

30. Mr Jones submits that paragraph 44 supports his case. Mr Nicholls, on the other hand, submits that the emphasis which he places on the use of the word "required" in *Williams* and *Lock* is supported by the emphasis given to the phrase "required to carry out" by Langstaff P in paragraph 45.
31. In *Dudley MBC v Willetts* [2018] ICR 31 Simler P had to consider whether regular but voluntary overtime should be taken into account under Article 7. She was referred to *Williams*, *Lock* and *Bear Scotland*. She held:-

"36. There is no doubt that the right to paid annual leave is a particularly important principle of EU social law, enshrined in Article 31(2) of the Charter. There is no provision for its derogation in the WTD. Recital 6 to the WTD requires account to be taken of the principles of the ILO Convention with regard to the organisation of working time. The ILO has adopted paragraph C132 which is the source of the requirement that the full period of holiday to which a worker is entitled should be paid at a rate that is "at least his normal or average remuneration". There is also no doubt that payments in respect of overtime (whether that be compulsory, non-guaranteed or voluntary), constitute remuneration as a matter of domestic and EU law.

37. EU law requires that normal (not contractual) remuneration must be maintained in respect of the four-week period of annual leave guaranteed by Article 7. That overarching principle means that the payments should "correspond to the normal remuneration received by the worker" while working: see *Williams* and *Lock*. The purpose of this requirement is to ensure that a worker does not suffer a financial disadvantage by taking leave, which is liable to deter him from exercising this important right from which there can be no derogation.

38. It follows in my judgement, that the CJEU in *Williams*, having expressly endorsed the conclusion of the Advocate General at paragraph 90.2, did not purport to set a narrower test at paragraph 24 of its judgment that would have the effect of restricting the application of the overarching principle.

39. Having set out the overarching principle, the CJEU made clear that the division of pay into different elements cannot affect a worker's right to receive "normal remuneration" in respect of annual leave. In each case the relevant element of pay must be assessed in light of the overarching principle and objective of Article 7 which is to maintain normal remuneration so that holiday pay corresponds to (and is not simply broadly comparable to) remuneration while working (paragraphs 22 and 23).

40. Further, for a payment to count as "normal" it must have been paid over a sufficient period of time. This will be a question of fact and degree. Items which are not usually paid or are exceptional do not count for these purposes. But items that are usually paid and regular across time may do so.

41. Read in that light, paragraph 24 of *Williams* is unsurprising and simply reflects the Court's assessment of the specific payments at issue in that case as examined in light of the overarching principle. That is reinforced by the reference to "inconvenient aspects" which were directly relevant to the two payments at issue. Paragraph 24 does not however, set a sole or exclusive test of "normal remuneration" dependent on a link between pay and the performance of duties undertaken under compulsion of the contract of employment. Nor does it restrict the application of the overarching principle. If there is an intrinsic link between the payment and the performance of tasks required under the contract that is decisive of the requirement that it be included within normal remuneration. It is a decisive criterion but not the or the only decisive criterion. The absence of such an intrinsic link does not automatically exclude such a payment from counting. That is supported by the fact that payments that are personal to the individual such as those relating to seniority, length of service and professional qualifications also count for normal remuneration purposes even though they are not necessarily linked to performance of tasks the worker is required to carry out under the contract of employment or to inconvenient aspects of such tasks.

42. Mr Jones' argument [for the employers] places too much weight on the reference to tasks required to be carried out under the contract of employment. This was not an issue in *Williams* or *Lock*. In *Williams* the court was deciding whether the payments were intrinsically linked to work done by the claimants for the employer or whether they reimbursed expenses incurred by them; and not to whether the work was compulsorily required under the contract or done on a voluntary basis. Furthermore at paragraph 32 of *Lock* in particular, the CJEU appears to treat work within the company as synonymous with the performance of tasks required to be carried out under the contract of employment.

43. Furthermore, the exclusion as a matter of principle of payments for voluntary work which is normally undertaken would amount to an excessively narrow interpretation of normal remuneration that gives rise to the risk of fragmenting of pay into different components to minimise levels of holiday pay. It would result in a risk of a worker suffering a financial disadvantage that might deter him from exercising these rights contrary to the underlying objective of Article 7. It would carry the risk identified by Advocate General Trstenjak of employers setting artificially low levels of basic contracted hours and categorising the remaining working time as "voluntary overtime" which does not have to be accounted for in respect of paid annual leave. This is not a fanciful but a real objection to the Respondents' argument as demonstrated by the current proliferation of zero hours contracts.

44. It seems to me that applying the overarching principle established by the CJEU in *Williams* and *Lock*, in a case where the pattern of work, though voluntary, extends for a sufficient period of time on a regular and/or recurring basis to justify the description "normal", the principle in *Williams* applies and it will be for the fact-finding tribunal to determine whether it is sufficiently regular and settled for payments made in respect of it to amount to normal remuneration.

45. Accordingly, the Employment Tribunal in the present case made no error of law in finding that remuneration linked to overtime work that was performed on a voluntary basis could be included in normal remuneration for calculating holiday pay.

46. If I am wrong and there is a requirement of an intrinsic link, the link is between the payment in question and tasks which a worker is required to carry out under his contract of employment, and I consider that this test is satisfied here. Absent a contract of employment, the specific agreement or arrangement made for voluntary overtime would not exist. The duties or tasks carried out in either case are the same. It seems to me that the contract of employment constitutes an umbrella contract in that sense. Whatever the position in advance of a particular shift, it seems to me that once the Claimants commenced working a shift of voluntary overtime or a period of standby duty or callout, they were performing tasks required of them under their contracts of employment even if there was also a separate agreement or arrangement. The payments made were all directly linked to tasks they were required to perform under their contracts of employment and, once those shifts or standby periods began, they were in no different position from an employee who is required by his contract to work overtime or be on standby or attend callouts."

32. Subject to the *Hein* case, to which I am about to refer, I would have been content to say that I agree with Simler P's clear and persuasive analysis and have nothing to add. The CJEU case law establishes clearly that the question in each case is whether the pattern of work is sufficiently

regular and settled for payments made in respect of it to amount to normal remuneration. There is no separate requirement that the hours of work are compulsory under the contract.

33. Since the decision of Simler P in *Willetts* and that of Soole J in the present case the CJEU has given its decision in *Hein v Albert Holzkamm GmbH* (13 December 2018, case C-385/17), which, Mr Nicholls contends, shows that Simler P and Soole J misinterpreted the CJEU case law. The Court was asked to determine whether EU law precludes a national rule, contained in a collective agreement, which allows reductions in earnings due to short-time work to be taken into account for the purposes of calculating a worker's entitlement to remuneration for annual leave.
34. Much of the judgment of the CJEU repeats the phrases familiar from the case law. Thus, at paragraph 32 they refer to *Robinson-Steele* and to *Williams* as establishing the principle that during annual leave "remuneration must be maintained and that, in other words, workers must receive their normal remuneration for the period of rest." In the next paragraph, referring to the same two previous decisions, they say that "the purpose of the requirement for payment for that leave is to put the worker, during such leave, in a position which is, as regards remuneration, comparable to periods of work". They note at paragraph 40 (as an apparently uncontentious fact in the case) that "remuneration paid for overtime worked by the workers is fully taken into account when calculating remuneration for annual leave". At paragraph 44, referring again to *Robinson-Steele* and to *Lock*, they say:-

"... the purpose of normal remuneration being received during the period of paid annual leave is to allow the work to actually take the days of leave to which he is entitled... when the remuneration paid on account of the entitlement to paid annual leave provided for by Article 7(1) of Directive 2003-88 is, as in the situation at issue, in the main proceedings, less than the normal remuneration that the worker receives during periods actually worked, the worker might well be encouraged not to take his paid annual leave, at least during periods of actual work, as it would lead to a reduction in his remuneration during those periods."

35. Thus far, this is a familiar recital of the established case law. But then in paragraphs 46 and 47 the Court states (emphasis added):-

"46. Lastly, as for the rule that overtime worked by the worker is to be taken into account for the purpose of calculating the remuneration due in respect of paid annual leave entitlement, it should be noted that, *given its exceptional and unforeseeable nature*, remuneration received for overtime does not, in principle, form part of the normal remuneration that the worker may claim in respect of the paid annual leave provided for in Article 7(1) of Directive 2003/88.

47. However, when the obligations arising from the employment contract require the worker to work overtime on a broadly regular and predictable basis, and the corresponding pay constitutes a significant element of the total remuneration that the worker receives for his professional activity, the pay received for that overtime work should be included in the normal remuneration due under the right to paid annual leave provided for by Article 7(1) of Directive 2003/88, in order that the worker may enjoy, during that leave, economic conditions which are comparable to those that he enjoys when working. It is for the referring court to verify whether that is the case in the main proceedings."

36. The wording of these two paragraphs, in particular the phrase I have italicised in paragraph 46,

seemed so surprising that we asked counsel to check the text of the judgment in German (the language of the case) to see whether anything has been lost in translation. We are satisfied that it has not. We therefore have to try to understand what the CJEU has pronounced. Overtime was not in issue before the CJEU in *Hein* – indeed, it appears clear from paragraphs 62 and 64 of the Opinion of Advocate General Bobek that overtime *was* taken into account in the calculation of holiday pay. So, had this been a domestic case, anything said about overtime might be regarded as *obiter*; but Mr Nicholls is right to submit that the concept of part of a judgment being *obiter* cannot be said of a pronouncement by the CJEU on an issue of European law.

37. Mr Nicholls relies on the statement in paragraph 46 that "given its exceptional and unforeseeable nature, remuneration received for overtime does not, in principle, form part of the normal remuneration that the worker may claim in respect of ... paid annual leave"; this is to be contrasted with cases where (paragraph 47) "the obligations arising from the employment contract *require* the worker to work overtime on a broadly regular and predictable basis." This shows, he submits, that overtime does not have to be taken into account for calculating holiday pay unless it is *both* compulsory *and* "broadly regular and predictable". On this basis even the non-guaranteed overtime in the present case does not qualify.
38. Mr Jones, on the other hand, submits that the distinction being drawn in paragraphs 46 and 47 of *Hein* is between exceptional and unforeseeable payments on the one hand and broadly regular and predictable ones on the other.
39. Mr Jones reminded us that the nature of annual leave as a fundamental right has been emphasised again and again by European legislation and case law. The policy set out in Article 7 of the Working Time Directive has been repeated in the European Charter of Fundamental Rights (chapter 31). The CJEU has repeatedly stated that there must be no disincentive to workers taking the minimum period of annual leave and that unless normal remuneration is maintained, there is a disincentive. He observes that in *Williams* the CJEU made it clear that the obligations imposed by the Directive cannot be satisfied by paying the bare minimum under the contract. He noted that in *Williams* the Advocate General had said at [77]:-

"In principle the broad definition of pay in Article 141(2) EC covers not only the remuneration payable strictly as consideration for the work undertaken but also any additional components such as bonuses, supplements and allowances, concessions granted by the employer and *ex gratia* payments. The court has certainly recognised as pay, within the meaning of that provision, allowances based on the criterion of mobility, that is to say, allowances which reward the worker's readiness to work at different times."

Consequently an allowance for inconvenient working hours ..., overtime pay... and overtime pay for training course attendance, the duration of which exceeds the individual's working hours ... have also been regarded as coming within the scope of that definition. Logically then, that category would necessarily also include pay supplements for overtime, supplements for working on public holidays, shift allowances and any comparable payments."

40. The Advocate General made it clear at paragraphs 81 onwards of her opinion that. "

"The fact that a right to the supplements normally payable is recognised as being enforceable on the merits does not necessarily mean that the worker has an undiminished right to all conceivable supplements. In my view, the court imposed a

limit on that right, insofar as the case law can also be interpreted as meaning that the worker is to be entitled to no more than his "normal remuneration".

She went on to note that the determination of normal remuneration requires a sufficiently representative reference period.

41. In paragraph 21 of the judgment in *Williams*, the CJEU, adopting the opinion of the Advocate General, laid down that:-

"Remuneration paid in respect of annual leave must, in principle, be determined in such a way as to correspond with normal remuneration received by the worker. It... follows that an allowance, the amount of which is just sufficient to ensure that there is no serious risk that the worker will not take his leave, will not satisfy the requirements of European law."
42. Mr Jones points out correctly that if Mr Nicholls is right in his interpretation of paragraphs 46 and 47 of *Hein*, the emphatic statements made in *Williams* would appear to be contradicted. Even non-guaranteed overtime would not have to be taken into account. As Advocate General Trstenjak pointed out in *Williams* and Simler P in *Willets*, the exclusion of voluntary overtime from the calculation of holiday pay would carry the risk of encouraging employers to set artificially low levels of basic contractual hours and to categorise the remaining working time as "overtime". I agree with Simler P that the current trend, at any rate in the UK, towards zero hours contracts shows that this is not a fanciful but a very real objection to the Trust's argument. A worker under a zero hours contract, even if he or she performed an average of 30 or 40 hours work per week throughout the year, would be entitled to no paid holiday at all.
43. Mr Nicholls submitted that the present case is not one of a zero hours contract nor anywhere near it, and we should leave that problem for another case where it has occurred. It is fair to say that the present case does not involve a zero hours or very low basic hours contract. But the widespread use of such contracts must be borne in mind when trying to decipher what the CJEU has said.
44. The CJEU is notorious for making pronouncements resembling those of the oracle at Delphi, but even by their oracular standards paragraph 46 is hard to understand. If paragraph 46 had said that "in those cases where it is of an exceptional and unforeseeable nature" remuneration received for overtime does not in principle form part of normal remuneration, that would have been intelligible, consistent with the previous case law and with paragraphs 1-45 of *Hein* itself. But to say, as a sweeping general proposition, that the nature of overtime is that it is exceptional and unforeseeable would be nonsense. Moreover, it is one thing to be oracular: it is another to be self-contradictory. I cannot believe that the CJEU intended to perform a handbrake turn at the start of paragraph 46 of *Hein* and contradict so much of what they had previously said.
45. I therefore accept the submission of Mr Jones that the distinction being drawn in paragraphs 46-47 of *Hein* is between exceptional and unforeseeable overtime payments on the one hand and broadly regular and predictable ones on the other.
46. I have considered whether this would be an appropriate case for a reference to the CJEU. But quite apart from the fact that the UK may well withdraw from the jurisdiction of the Court in the near future, the parties to the present litigation would not be assisted by a reference. The Claimants have won their case on the basis of contract. They understandably wish the ET to proceed to determine remedy and make them an award. The rights and wrongs of the interpretation of the Directive are of no concern to them nor to the Appellant Trust.

47. Accordingly I consider that *Dudley MBC v Willetts* was correctly decided; that Soole J was right to follow it in this case; and that the Trust's appeal on the Directive issue, as well as on the contract issue, should be dismissed.

Lady Justice Asplin:

48. I agree with Bean LJ that the appeal should be dismissed both on the contract and the Directive issues for the reasons which he gives. Furthermore, I agree with his conclusions in relation to the case of *Hein*. It seems to me, as it does to him, that paragraph 46 is inconsistent with the preceding paragraphs of the judgment in that case. Furthermore, if it is to be understood in the way that Mr Nicholls suggests, it would amount to a wholly unexplained *volte face* by the CJEU. It would appear to contradict the clear statements in *Williams* and undermine the principle that an employee should not be deterred from taking proper rest by way of holiday. It would also leave the door open for the abuses to which both Simler P in *Willetts* and Bean LJ refer.

Lady Justice Nicola Davies:

49. I agree with both judgments.

BAILII: [Copyright Policy](#) | [Disclaimers](#) | [Privacy Policy](#) | [Feedback](#) | [Donate to BAILII](#)

URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2019/947.html>