

Transnational posting of workers

Reflections on a new European Path

edited by

Stefano Maria Corso and Maria Giovanna Greco



Giappichelli

Desplazados: el sutil argumento de los requisitos menos atractivos

*Antonio Ojeda Avilés **

RESUMEN: 1. La extraña proporcionalidad de los desplazamientos atractivos – 2. El universo conceptual de pertenencia. – 3. Otros métodos resolutivos en los conflictos sobre libertades y derechos fundamentales apropiados al desplazamiento de trabajadores.

1. La extraña proporcionalidad de los desplazamientos atractivos

En no pocas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado sentencia en defensa de los derechos y libertades fundamentales y contra una conducta que ha venido considerada como contraria a alguna de las libertades y derechos fundamentales de la Unión, entre la que se encuentra la libre prestación de servicios y su vertiente del desplazamiento de trabajadores, una actividad que en los últimos años parece ir alcanzando cuantitativamente ala clásica emigración cuando de nacionales de otro Estado miembro se trata, aunque no tanto, o no tanto aún, si hablamos de inmigrantes extracomunitarios. Y entre los argumentos aducidos por el Tribunal, hay uno dotado de una extraña capacidad de convicción, a fuer de su aspecto casi frívolo dentro de una argumentación tan severa como la jurídica. En bastantes ocasiones, el TJUE rechaza una medida adoptada por un Estado miembro o por los propios órganos de la Unión bajo el – en apariencia – peregrino argumento de “hacer menos atractivo” o bien “menos interesante” el derecho que se propone a los nacionales de otros Estados miembros, como pueden ser el de libre circulación de trabajadores, o libre establecimiento de empresas, u otros en donde venga involucrado, a los efectos aquí contemplados, el desplazamiento de trabajadores de un país a otro.

En buena medida estos derechos y libertades fundamentales aparecen traducidos a otro derecho más venial, como por ejemplo, el derecho a que se ten-

* Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Sevilla.

ga en cuenta la experiencia adquirida en otro Estado miembro como mérito en un concurso, o el derecho a que no se exija la autorización administrativa para desplazarse a otro país, lo que a la larga ha venido a plantear además el interrogante de hasta qué punto semejante criterio puede valer para que el TJUE resuelva su opción en aspectos que muy poco, por no decir nada, tienen que ver con los derechos y libertades fundamentales del Derecho Originario. Pero no siempre hallamos la aplicación del criterio de la atracción enredada en aspectos veniales, sino que hay momentos en que el TJUE se lanza contra toda una determinada legislación de un país, en base, podríamos decir, exclusivamente a su escaso atractivo para declararla contraria a la legislación europea¹.

Veamos su alcance en una sentencia de rango intermedio en cuanto al asunto controvertido y que además aparece con frecuencia en materia de desplazamiento de trabajadores, el de los posibles requisitos para la entrada en el país de acogida y las autorizaciones administrativas. En la sentencia Maksimovic et al., de 12 de setiembre de 2019, asuntos acumulados C.64/18, C-140/18, C-146/18 y C-148/18, una deflagración en una fábrica austríaca de Zellstoff Pols AG, había obligado a la empresa a contratar a otra empresa austríaca, Andritz AG, para desmontar el utillaje destrozado y montar el nuevo, para lo cual ésta subcontrató a la croata Bilfinger d.o.o.; pero, no habiendo podido terminar el encargo, ambas empresas subcontrataron de nuevo a otra empresa croata, Brodmont d.o.o, su terminación, lo cual realizó en dos meses y medio con 217 obreros croatas, serbios y bosnios. Detectados por la policía financiera, hubo investigaciones que culminaron cuando la autoridad administrativa impuso sanciones a la austríaca Andritz y a la croata Brodmont. Así, al administrador de ésta impuso una multa de más de 3 millones de euros, y a los cuatro consejeros de la austríaca Andritz otras de alrededor de 2,5 millones de euros a cada uno, entendiendo que lo habido consistió realmente en una cesión

¹ En asunto relacionado con el transporte marítimo, y en base a propuestas erradas del propio tribunal, la sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014, Comisión contra Reino de España C-576/13, invalidó por contraria a la legislación europea a la normativa española sobre las Sociedades Anónimas de Gestión de Estiba Portuaria, SAGEPs, apuntando como alternativa la creación de empresas de trabajo de temporal o de sociedades anónimas de gestión de estiba portuaria (sic). La sentencia del TJUE se basa en la infracción de la libertad de establecimiento a pesar de que los requisitos para las empresas marítimas no españolas y la españolas eran idénticos, y no acudía al más accesible argumento de infracción de la libertad de competencia porque ya la Sentencia TJUE Becu y otros C-22/98 había resuelto la cuestión negativamente. Para mayores detalles véase mi libro *La reconversión del sector portuario. Los Reales Decretos Leyes 8/2017 y 9/2019*, Madrid 2019, 54 ss. En parecido sentido, la sentencia TJUE de 9 de marzo de 2017, caso Piringer C-342/15, aboga por suprimir cualquier restricción aunque se aplique también a los nacionales del país que la impone, si va a impedir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador de servicios extranjero en un Estado miembro. Vid. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derec Internacional Privado*, Pamplona, 2021, nota 27.

de trabajadores por una empresa de trabajo temporal croata a una empresa usuaria austríaca, con incumplimiento de obligaciones legales. A mayor abundamiento, la legislación austríaca establecía unos límites mínimos en los importes sancionatorios, los cuales se acumulaban en función del número de obreros concernido, pero no establecía un límite máximo, se añadía una contribución por costas del procedimiento (el 20%) en caso de que el recurso interpuesto fuera desestimado, y las multas se convertían en penas privativas de libertad (prisión de casi cinco años y más de cuatro, según los casos) en su puesto de impago.

El TJUE corta en seco la actuación administrativa y recuerda la propia jurisprudencia de que deben considerarse restricciones a la libre prestación de servicios “todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de esta libertad”, por lo que exigir una autorización administrativa a los desplazamientos desde otro Estado miembro constituye una restricción a la libre prestación de servicios. Y que tales restricciones pueden hacer menos atractivo el ejercicio de dicha libertad². Por todo lo cual concluye declarando la incompatibilidad entre la normativa nacional referida y el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento (TFUE) por ir más allá de lo necesario para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos³.

Vemos aquí cómo se vincula el criterio del menor atractivo con el de proporcionalidad. Lo cual nos confirma su pequeña capacidad argumentativa, basada en algo tan circunstancial y ligero como aquel brocardo aprendido en los primeros años de Facultad, el *fumus boni iuris*, pues en fin de cuentas se trata del antiguo criterio de la experiencia. Ahora bien: aun cuando hallamos en la jurisprudencia del TJUE sentencias como la acabada de ver en donde el argumento utilizado se reduce prácticamente éste, lo habitual viene a ser su uso como colofón, como argumento complementario, cuando el basamento principal no resulta decisivo porque ambas partes disponen de sólidos apoyos y los jueces del Tribunal se acogen a su experiencia y autoridad al apuntar a inicios mas o menos complementarios. Incluso en algunas ocasiones el argumento de la menor atracción sirve como aquella brizna que vence la báscula hacia uno de los lados tras haber oscilado ante el equilibrio de los platillos. Un poder fascinante que no se compadece con la envergadura o el peso de tan liviano criterio, sino con la autoridad de quien lo propone. Pero no es solo eso.

² Cita las sentencias TJUE de 13 de noviembre de 2018, Cepelnik C-33/17; de 23 de noviembre de 1999, Arblade C-369/96 y C-376/96; y de 14 de noviembre de 2018, Danieli C-18/17. Vid. PEREZ GUERRERO, *Medidas de control y vigilancia de los Estados miembros en materia de desplazamientos temporales de trabajadores: la Inspección de Trabajo y la Autoridad Laboral europea en la lucha contra el fraude y la precariedad en el empleo*, en *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, 13 de diciembre de 2020.

³ Sentencia Maksimovic citada, § 48.

2. *El universo conceptual de pertenencia*

El criterio de lo atractivo no es un mero criterio estético al que se le da mayor importancia de la debida, en un ejercicio de frivolidad. Su impacto resolutivo no brilla en la alturas como decisivo colofón de unos argumentos oscuros y deslavazados que el tribunal ha desplegado casi por necesidad para dar mayor brillo al punto central, sino que vienen a resultar como la expresión sintética de cuanto se ha ido exponiendo en los argumentos previos, como parte mínima pero suficiente del argumentario completo: sin su pequeño peso vencido hacia uno de los lados, el peso de los anteriores argumentos respecto de los expuestos por la parte contraria no sería suficiente para despejar el resultado. Es el conjunto y no su parte más sobresaliente lo que vale.

Pues bien, ello es así porque en las sentencias donde aparece el argumento que nos ocupa se han ordenado las pruebas merced a un método concreto de solución de conflictos cuando las partes enfrentadas son dos derechos o libertades fundamentales, cada uno con enorme peso específico, de donde no resulta creíble negar completamente a uno para apoyar en su integridad al contrario. Nos hallamos ante el método de ponderación de los intereses contrapuestos (*Guterabwehngung*) a los cuales se aplica el test de proporcionalidad de manera que la victoria solo otorgue el espacio mínimo o necesario para la finalidad perseguida por la parte vencedora, y no más allá⁴. Una desproporción en los efectos dará lugar, por tanto, al rechazo del tribunal sobre lo pretendido por esa parte, o reconocido por los tribunales inferiores.

Ocurre que al hacer así estamos colocando el foco de atención, más que sobre el conflicto de ambos intereses, sobre los efectos que superan el punto de equilibrio, sobre los que el tribunal señala su adecuación comedida o su exceso. Se dirá que al hacer así ya ha formulado implícitamente su juicio respecto a cuál de los derechos o libertades fundamentales es prevalente en el caso enjuiciado, y así ocurre en efecto. Pero dicho juicio no resulta tan evidente en la gran mayoría de los casos, cuando lo que se contempla no es el desnudo conflicto entre dos pilares fundamentales, sino el áspero encon-

⁴Otro argumento reiterado en la multitud de sentencias sobre requisitos de entrada para trabajar en los países UE es el de no perturbar el mercado de trabajo del país de entrada, y solicitud de permiso de trabajo administrativo. Así, sentencias TJUE de 8 de julio de 2021, caso VAS Shipping C-71/20; o de 23 de noviembre de 1999, caso Arblade C.639/96 y C-376/96, que plantean el requisito del permiso administrativo como restricción excesiva que puede hacer menos atractiva la libre circulación de trabajadores. Sobre otros casos en donde se contraponen las cortapisas administrativas con la libre circulación de trabajadores, cfr. PEREZ GUERRERO., *Medidas de control y vigilancia de los Estados miembros en materia de desplazamientos temporales*, cit.

tronazo entre dos subproductos de ellos a un nivel claramente terrenal. En el caso con el que comenzábamos este análisis, la alegada libre prestación de servicios transnacional no queda enfrentada a otro derecho o libertad fundamental del elenco europeo, sino a algo mucho más difuso cual es la existencia de razones imperiosas de interés general para establecer límites como los establecidos por el gobierno austríaco al uso de personal desplazado de otros países comunitarios, límites que se concretan en los objetivos de protección social de los trabajadores, la lucha contra el fraude en el ámbito social y la prevención de abusos⁵. Tales razones imperiosas de interés general configurarían ciertamente un límite externo a la propia libertad de prestación de servicios, pero no quedan vinculadas a otra libertad o derecho fundamental que se le contraponga, sino al orden público del país de acogida, aun cuando éste ni siquiera se recoja en cuanto tal. La sola mención de razones imperiosas de interés general bastaría para legitimar el predominio de las sanciones sobre la libre prestación de servicios, aunque hicieran menos atractivo el ejercicio de dicha libertad. Así pues, el TJUE contrapone en éste y otros casos a una libertad fundamental las razones de orden público o bien otros derechos y libertades que no gozan del rango máximo para cuyos conflictos se ha ideado el método de ponderación de intereses. Se dirá que nada obsta a aplicarlo en otros niveles inferiores si el resultado es plausible, a lo cual nada podemos objetar, pero el hecho de contraponer y tratar de equilibrar una libertad o derecho fundamental con un principio de orden público o, como en otros casos, un derecho subjetivo ordinario, parece desnivelado en sí mismo, en el mismo sentido que pudiéramos objetar cuando consideráramos la nulidad de una ley porque se contrapusiera a una orden ministerial. Lo cual no habría obstado a reconocer en todo derecho o libertad, incluso en los de mayor rango como el de libre prestación de servicios, unos límites *intrínsecos* basados en los límites marcados por una norma superior, en este caso el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶. Una objeción también presente en otros contenciosos laborales, y no solo en el desplazamiento de trabajadores, como vemos en la sentencia TJUE de 21 de diciembre de 2016, caso Aget Iraklis C-220/15, sobre autorización administrativa para efectuar despidos colectivos en Grecia y libertad de establecimiento y de empresa, donde la li-

⁵ TJUE, caso Maksimovic, § 36.

⁶ Vid. MAGÁN PERALES, *Restricciones justificadas por razones imperiosas de interés general*, en GALLEGO CÓRCOLES (dir.), *Derecho Comunitario Europeo*, Lex Nova 2007, 424; BASTERRA HERNANDEZ, *El contrato de trabajo en el contexto internacional: ley aplicable, desplazamiento temporal y orden público*, en *Revista Española de Derecho de Trabajo*, 222, 2019, 173 ss.; GOÑI URRIZA, *El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de Familia y las relaciones entre el orden público de la Unión Europea y de los estados miembros*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2, 2021, 233 ss.

bertad fundamental de establecimiento se une a otra, la de empresa del artículo 16 de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales, la cual “es distinta a las demás libertades fundamentales del Título II de la Carta”, y lleva a declarar que la autorización administrativa para despidos colectivos podría hacer menos atractivo a las otras empresas europeas el acceso al mercado griego⁷. O en la Sentencia TJUE de 28 de abril de 2022, caso Delia C-86/21, sobre el no reconocimiento de la experiencia profesional de una sanitaria portuguesa en un concurso para plaza hospitalaria española, en la que no se computaba la experiencia de siete años en un hospital lisboeta, medida que podía “obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales”.

A nuestros efectos lo importante consiste en la pertenencia del pretendido criterio del atractivo a un complejo hermenéutico de mayor fuste, cual es el de la ponderación de intereses en presencia, y cómo al cabo ese examen de proporcionalidad se concentra en uno de los polos del conflicto en sí mismo considerado. Lo que hasta cierto punto parecería lógico cuando una de las partes en presencia alegara el orden público nacional o algún otro aspecto difuso, el cual podría prestarse a excesos, pero ofrecería un peligro cierto de parcialidad cuando el conflicto se hubiera trabado entre dos libertades o derechos fundamentales de igual rango. Y, para desgracia del Derecho del Trabajo, casi podemos decir de entrada cuál va a ser el derecho o libertad fundamental objeto de examen cuando hay uno de ellos de carácter laboral⁸.

El método de ponderación de bienes ha servido con profusión y acierto para resolver una multitud de conflictos entre derechos y libertades fundamentales: ha servido en ocasiones, como indica Pérez Luño, como cauce argumentativo para plantear y resolver la mayor parte de conflictos iusfundamentales⁹. Ahora bien, continúa, en determinadas ocasiones los tribunales que tienen ante sí la necesidad de resolver un conflicto entre derechos fundamentales, optan por uno de ellos, sin pretender sopesar, medir o establecer un balanceo entre ellos.

Veamos un caso famoso y muy criticado por la doctrina laboralista desde

⁷ Véase el comentario de GARCIA-PERROTE ESCARTIN, *La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho Español*, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 49, 2018, 169 ss.

⁸ Reflexiones apriorísticas parecidas a las que hace MOLINA VERA., *Nuevos retos para el sindicalismo europeo. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, en *Quaderns de Recerca (Bellaterra)*, 20, 2011-2012.

⁹ PÉREZ LUÑO, *La Filosofía del Derecho como vocación, tarea y circunstancia*, Sevilla 2017, capítulo 3 sobre “El método dilemático en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales”.

diversos ángulos¹⁰, el de la sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2007, caso Viking Line ABP C-438/05, en donde la empresa finlandesa de transbordadores “desplaza” la bandera de su transbordador deficitario a su filial en Estonia para así negociar sin cortapisas con el sindicato del país unas condiciones laborales muy inferiores a los finlandeses. El sindicato de marinos finlandés convoca entonces medidas de conflicto contra la empresa, y el Sindicato Internacional de Marinos, con sede en Londres, declara un boicot internacional de negociación colectiva, que la empresa denunció ante los tribunales por ser transnacional (una huelga y un conflicto de un país contra un barco de otro) y finalmente llegó al TJUE. Y por más que el sindicato finlandés alegara que la *propiedad efectiva* correspondía a la casa matriz de Viking y no a la sucursal estonia, y que el cambio de bandera del barco viene a significar el cambio a una bandera de conveniencia, la sentencia del TJUE analiza hasta qué punta unas medidas conflictivas que son lícitas bajo el Derecho finlandés pueden actuar y son proporcionadas cuando se confronta a la libertad de establecimiento y, subsidiariamente, a la libre circulación de trabajadores y a la libre prestación de servicios¹¹. Ciertamente que de tal forma responde a las preguntas formuladas por el tribunal británico, pero además sigue con ello la doctrina general expresada por sentencia anteriores del mismo Tribunal sobre el ejercicio de derechos fundamentales¹²; y en su favor ha de mencionarse el hecho de que reconociera

¹⁰ EWING y HENDY, *The New spectre haunting Europe: the ECJ, trade union rights and the British government*, en *Institute of Employment Rights*, Londres 2009, sobre las implicaciones de la sentencia en el conflicto entre el sindicato británico de pilotos BALTA y la aerolínea British Airways; KD EWING, *The Death of Social Europe*, en *King's Law Journal*, 1, 2015, 76-98. La sentencia tuvo una indirecta repercusión en las negociaciones para la aprobación del proyecto de Reglamento denominado Monti II sobre el derecho del huelga en la UE, que terminó archivado: EWING, *The Draft Monti II Regulation: An Inadequate Response to Viking and Laval*, en *Institute of Employment Rights*, Liverpool 2012.

¹¹ § 72: “en el presente asunto, por una parte, no puede negarse que una medida de conflicto colectivo como la proyectada por el FSU tiene como consecuencia hacer menos interesante, o incluso inútil, como destacó el tribunal remitente, el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento, porque impide que ésta y su filial Viking Eesti disfruten, en el Estado miembro de acogida, del mismo trato que reciben los demás operadores económicos establecidos en ese Estado”. § 73: “Por otra parte, debe considerarse que una medida de conflicto colectivo adoptada para ejecutar la política de lucha contra los pabellones de conveniencia perseguida por la ITF (...) puede, cuando menos, restringir el ejercicio por Viking de su derecho al libre establecimiento”. § 75: “De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”.

¹² En sentencias TJUE de 12 de junio de 2003, caso Schmidberger C-112/00, y de 14 de octubre de 2004, caso Omega C-36/02, sobre libertades de expresión y reunión y respeto a la dignidad humana.

(en § 44) el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como derecho fundamental en la UE. Pero en una sentencia lo importante es el fallo, y aquí el TJUE defiende indirectamente la respuesta sobre la proporcionalidad al tribunal que formula la cuestión¹³. Una proporcionalidad referida a las medidas de conflicto colectivo, sin entrar a considerar hasta qué punto con ello la libertad de establecimiento de la contraparte no queda plenamente confirmada con una táctica susceptible de dudas¹⁴.

La doctrina especializada se ha planteado hasta qué punto cabría utilizar otro método distinto al de la ponderación de intereses cuando nos hallemos ante el conflicto de dos derechos o libertades fundamentales, y desde el campo del Derecho del Trabajo sus debates atraen nuestra atención al máximo por lo dicho respecto a cierta tendencia del TFUE a hacer prevalecer los análisis de proporcionalidad en torno y exclusivamente sobre los derechos laborales cuando confligen con las libertades económicas tan profundamente asentadas desde el principio en el alma de la Unión Europea.

3. Otros métodos resolutivos en los conflictos sobre libertades y derechos fundamentales apropiados al desplazamiento de trabajadores

a) El método dilemático

Partiendo de que los jueces, enfrentados a un conflicto, no tienen que sopesar la relevancia de cada derecho, sino indicar cuál de ellos prevalece con ar-

¹³ Fallo, nº. 3 in fine: “Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo”. § 87: “En relación con la cuestión de si la medida de conflicto colectivo controvertida en el asunto principal no va más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido, corresponde al tribunal remitente examinar, en particular, por una parte, si, con arreglo a la legislación nacional y al Derecho derivado de los convenios colectivos aplicable a esta medida, el FSU no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida”.

¹⁴ Son relevantes a tales efectos varios párrafos de la Sentencia Viking, de los que entresaco dos. § 8: “La ITF considera que un buque está registrado con un pabellón de conveniencia cuando la propiedad efectiva y el control del buque se encuentran en un Estado distinto del Estado bajo cuyo pabellón está matriculado”. Y § 9: “Viking proyectó, durante el mes de octubre del año 2003, cambiar su pabellón registrándolo en Estonia o en Noruega, con el fin de poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en uno de esos Estados”.

gumentos de peso, el método dilemático considera que los jueces se hallan ante una oposición entre dos tesis enfrentadas, de tal modo que la verdad o corrección de una implica la falsedad o incorrección de la otra¹⁵. El dilema entre a o b viene expresado en el mundo actual con el dilema del prisionero – confesar el delito o no hacerlo – en la teoría de los juegos, a cuya virtud no pocos juristas y filósofos han elaborado teorías respecto a los conflictos sustanciales¹⁶.

Ciertamente en la resolución de conflictos entre derechos y libertades fundamentales los tribunales no tienen por objetivo decidir la primacía o jerarquía definitiva de uno de ellos sobre otro¹⁷, sino establecer cuál de ellos prevalece en determinada situación, por lo cual les bastaría con determinar, como propugna el método dilemático, cuál prevalece en el caso planteado y por qué motivos jurídicos. Los derechos, como las libertades, adoptan muchos perfiles, y en el caso de los fundamentales ocurre igual, por lo que todos tienen sus límites, como bien sabemos, y tales límites deben ser reconocidos cuando llega el caso.

Ahora bien, la desviación del método ponderativo en el sentido más arriba apuntado, de abandonar cualquier análisis de los equilibrios y centrarse en uno de los derechos en liza para declararlo ponderado o no, va en esa misma línea dilemática, de a o b, por lo cual el posible avance es puramente metodológico – partir del resultado para luego aportar los motivos –, al menos en esa variante evolucionada de la ponderación.

¹⁵ PEREZ LUÑO, *op. et loc. cit.*

¹⁶ Así por ejemplo, G. TEUBNER, *The Transformation of Law in the Welfare State*, en TEUBNER (dir.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, New York, 1986, 3 ss., analiza las relaciones entre los tres sistemas autónomos de lo que denomina el trilema regulativo: el jurídico, el político y el social, en parecido modo a como en el dilema del prisionero la policía ofrece varias opciones de condena a dos presos incommunicados entre sí, idénticas (si ambos confiesan o si ninguno confiesa) o diferentes (si uno confiesa y el otro niega).

¹⁷ No obstante, FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en VITALE (coord.), *L. Ferrajoli, Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 5, afirma que existe una jerarquía constitucional de derechos fundamentales en donde los tipos de derecho ocupan lugares distintos, ofreciendo a los jueces prácticamente la solución de sus cuitas. Según él, el “escalafón de derechos fundamentales sería en la Constitución del siguiente tenor: 1, derechos de inmunidad; 2, derechos de libertad; 3, derechos sociales; 4, derechos económicos. Los problemas radican en que, primero, esos derechos o libertades no se expresan muchas veces como no sea a través de sus manifestaciones, que pueden ser a su vez de muy distinta relevancia, y, segundo, que a todas luces la clasificación recibe una inspiración histórica – o al menos una cierta influencia – del nacimiento de tales derechos en los dos Pactos Internacionales de la ONU de 1966, sobre derechos civiles y políticos, y sobre derechos económicos, sociales y culturales. El primero de ellos, por cierto, tiene siete ratificaciones más, una de ellas de Estados Unidos, respecto de las obtenidas por el PIDESC. Vid. PINO, *Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 2009. 647 ss.

a) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales (Wesensgehalts Garantie)*

Tras algunos decenios en que este antiguo “límite de los límites” había quedado oscurecido por el uso y abuso del método ponderado, el respeto al contenido esencial ha vuelto por sus fueros, a la vista de críticas de la ponderación unilateral, y con apoyo de títulos de llamativo enfoque¹⁸. La Carta de Niza sobre Derechos Fundamentales en la Unión Europea lo recoge además en su artículo 52, apartado 1¹⁹, por lo cual parece orientar a la jurisprudencia en tal sentido. Y en verdad que, como indica Lenaerts, nuestros valores esenciales europeos son absolutos, por lo cual no pueden trocearse, y como señala la sentencia TJUE de 16 de julio de 2020 en el caso Schrems C-311/18, un límite a un derecho fundamental tan intenso que ponga en cuestión el propio derecho en cuanto tal es incompatible con la Carta.

Ahora bien, no hablamos de un límite absoluto, como alguno de los autores ha sostenido, sino de un límite al ataque del contenido esencial, que es distinto. La propia Carta determina que se podrán introducir limitaciones cuando sean necesarias y respondan a objetivos de interés general o a la protección de los derechos y libertades de los demás, respetando el principio de proporcionalidad. Y el propio Lenaerts, tras hablar de dicho criterio como “el límite de los límites”, entiende como necesario un ejercicio de equilibrio (“balancing”) de los intereses en competencia, pues si afecta a la esencia del derecho es desproporcionado. Utiliza un lenguaje conocido, cual es el utilizado por el método de

¹⁸ LENAERTS, *Limits on Limitations: the Essence of Fundamental Rights in the EU*, Cambridge University Press, 4 de setiembre de 2019; el mismo artículo, en *German Law Journal*, número especial sobre *Interrogating the Essence on European Union Fundamental Rights*, setiembre de 2019, 779 ss.; MESSINEO, *Garanzia del contenuto essenziale e tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Macerata, 2010; CASTELLI, *Alla ricerca del ‘limite dei limiti’: il ‘contenuto essenziale’ dei diritti fondamentali nel dialogo fra le corti*, en *Rivista AIC*, 2021, 1 con interesantes dilemas en apartado 4.1, sobre el contenido esencial entre inviolabilidad y control-límites; MARTIN HUERTAS, *El contenido esencial de los derechos fundamentales*, en *Revista de las Cortes Generales*, 2019, 105 ss.; DREWS, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs 2 GG*, Baden-Baden 2005; GENNUSA, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea: tratti di continuità e discontinuità nella Giurisprudenza comunitaria*, en *Il Politico* (universidad de Pavia), 2, 2006, 25-73. Anteriormente, y a partir de la Grundgesetz alemana donde se contempló por primera vez, numerosas Constituciones de otros países, entre otras la española (art. 53.1), la integraron en su texto. Vid. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, CF Muller, 3ª edición, Heidelberg 1983.

¹⁹ “1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

la ponderación de intereses, de manera que aproxima a ambos, siquiera sea en la terminología. Lo cual quiere decir que en ocasiones podrá apartarse íntegramente un derecho fundamental – ejemplo, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la propia imagen, o el derecho a la libre circulación de trabajadores – en casos determinados, siempre que no afecte al núcleo del derecho. La propuesta de efectuar, junto a la ponderación de intereses, un “test de respeto a la esencia” que hallamos en el provocativo artículo de Lenaerts, nos conduce a la afirmación de Leal Espinosa y López Sánchez, de que ambos criterios se complementan²⁰.

Dicho en otros términos, nos hallamos antes los dos principales métodos de interpretación de los conflictos entre derechos y libertades fundamentales²¹, los cuales además tienen elementos y métodos coincidentes, no ya solo cuando la esencia de un derecho fundamental no queda afectada, sino incluso allí donde el núcleo entra en conflicto.

Aplicado el debate al desplazamiento y la libre circulación de trabajadores, enfrentados con cierta frecuencia a las libertades económicas, cuando no a los aspectos de orden público de cada país, hay aspectos en donde cabe preguntarse si algunas materias entran dentro del contenido esencial, más allá del propio conflicto entre derechos y libertades fundamentales. En tal dirección habría de tenerse en cuenta la afectación a los contenidos de seguridad y salud en el trabajo, recientemente convertidos en derecho fundamental por la OIT²², o las pensiones mínimas en algunas prestaciones de la Seguridad Social.

Pero seguramente el argumento del mayor o menor atractivo de la medida limitativa continuará ondeando en la cúspide de la solución adoptada.

²⁰ LEAL ESPINOSA y LOPEZ SÁNCHEZ, *Contenido esencial de derechos fundamentales desde el método discursivo y principialista de Robert Alexi*, en *Oñati Socio-Legal Series*, 6, 2018, 1026.

²¹ Como Los Modelos Más Relevantes En Argumentación Constitucional Lo Consideran LEAL ESPINOSA y LÓPEZ SÁNCHEZ, *Contenido esencial de derechos fundamentales*, cit., 1026. Vide también STELZER, *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Viena 1991.

²² La Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 2022 ha incorporado la seguridad y salud al grupo de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, para lo cual ha añadido al grupo de Convenios que se definen como esenciales en su cuerpo normativo los nn. 155 (1981) y 187 (2006).

Cross-border posting and smart working

*Enrico Gragnoli**

SUMMARY: 1. The epidemic and the peculiar fate of the research project. – 2. The use of smart working and its impact on cross-border posting. – 3. The emergence of the more general problem of cross-border smart working. – 4. What does the search for a “fair” solution mean? – 5. The need for the European Union to reflect and the current, habitual use of questionable self-employment relationships.

1. The epidemic and the peculiar fate of the research project

In the conflict between economic freedoms¹ and workers’ protection,² with regard to intra-EU posting, a recent judgement³ is of considerable value, according to which “the coordination measures adopted by the EU legislature (...) must not only have the objective of making it easier to exercise the freedom to provide services, but also of ensuring (...) the protection of other fundamental interests that may be affected by that freedom”. If we are to attempt once again to reconcile opposing purposes, the legislation must ensure “the freedom to provide services on a fair basis, that is, within a framework of rules guaranteeing competition” that would not be “based on the application, in one and the same Member State, of terms and conditions of employment at a level that is substantially different depending on” whether or not “the employer is (...) established in that Member State”.⁴ Even assuming it has been imple-

* Full Professor of Labor Law, University of Parma.

¹ CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 512 ss.

² TURSÌ, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 835 ss.

³ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-626/2018, *Republic of Poland vs. the European Parliament*, in www.dirittolavorovariazioni.com.

⁴ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-626/2018, *Republic of Poland vs. the European Parliament*, cit.

mented with little sympathy for our trade union system, at least the overall direction reflects a set orientation and the decision rests on the transformations made to the original setting of the directive and their meaning,⁵ versus the original idea of the EU regulation.⁶

Similar concepts are expressed in a contemporary judgement,⁷ which states that the EU legislation on posting “is such as to develop the freedom to provide services on a fair basis”, which would be “the main objective pursued by that directive, since it ensures that the terms and conditions of employment of posted workers are as close as possible to those of workers employed by undertakings established in the host Member State, by providing that those posted workers have the benefit of terms and conditions of employment in that Member State that offer greater protection than those provided for” by the original setting of the 1996 Directive. This statement is questionable, as it assumes the rationality of the present EU legislation structure, taking for granted both its consistency with the treaties’ principles and its compliance with substantive justice, which, conversely, are to be proved.⁸ Indeed, the achievement of the best possible balance between competition promotion and workers’ protection can in no way be deemed evident, also accepting the fact that it is the inevitable purpose of the EU law, and that enterprise initiative needed such enhancement.⁹

This project intended to study, above all, engineering companies, since, at least in Italy, borderline illegal (and often completely illegal) postings are common in this industry, particularly with workers from Portugal and Romania. Since the project involves inspection services, in Italy it would be legiti-

⁵ ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, 285 ss.

⁶ ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 1, 70 ss.

⁷ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-620/2018, *Hungary vs. European Parliament*, in www.dirittolavorovariazioni.com.

⁸ European Commission, *Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application and implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014*, 11 ff.

⁹ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-620/2018, *Hungary vs. European Parliament*, cit., which states “the EU legislature endeavoured, when adopting the contested directive, to ensure the freedom to provide services on a fair basis, that is, within a framework of rules guaranteeing competition that would not be based on the application, in one and the same Member State, of terms and conditions of employment at a level that is substantially different depending on” whether or not “the employer is (...) established in that Member State, while offering greater protection to posted workers, that protection constituting, moreover, (...) a means to safeguard the freedom to provide services on a fair basis”.

mate to expect a certain coldness from employers' associations, as was confirmed to be the case when collecting the information, as well as with the completion of the statistical samples involved in the research. The fundamental objective presumed close coordination with the information gathered by the national authorities active in the field of inspection, since we would have to identify the mechanisms of fruitful cross-border collaboration between the various public bodies, in order to ensure the maximum possible effectiveness of the EU regulations, in relation to the prior identification of feasible offences. This was expected to result in a model (under the auspices generally applicable in relations with any European State) of fruitful cross-border connections, including with regard to the aspect of training, in order to ensure simple, linear cooperation in administrative procedures, in line with the achievement of the overall effectiveness listed among the purposes of Directive 2018/957/EU.

Originally scheduled to last 24 months, later extended to 30 due to the pandemic, the project was clearly and inevitably influenced by the unexpected situation that occurred in 2020, particularly in Italy, a heavily industrial area, and especially in Emilia-Romagna, where the restrictions imposed by the Government (in place from March 2020 to January 2021) resulted in a severe fall in production and, therefore, in the turnover of a large proportion of companies. The main consequences included an unsurprising reduction in the presence of workers from other countries, whether as employees or in the context of cross-border postings or sub-contracts aimed at concealing them and avoiding having to apply the relevant regulations on workers' protection, with a considerable reduction in the quantity of such arrangements, at least among engineering companies. It is possible that the same thing did not happen in other industries, such as logistics, though that sector was never under a great deal of pressure due to social distancing and the related need to transport goods to those reluctant to go out.

As was inevitable (and completely unpredictable prior to March 2020), the substantial fall in industrial production was, in many contexts, including that of the engineering industry, unfavourable to the development and confirmation of postings of various individuals, particularly those from countries with a less well-developed entrepreneurial spirit, with an indirect but perceptible reduction in illegal phenomena, which were discouraged by the presence of suspended employees and, more generally, the climate generated by social distancing. In part, this situation is noticeable in light of the information pertaining to the samples selected and subjected to verification, i.e. businesses, trade unions and workers, since attention was paid to events considered to be concluded.

More generally, with regard to posting, the situation after March 2020 can be viewed in different ways; faced with such a worrying scenario from a

health perspective and a rapid worsening of the economic conditions of the entire country and the European Union, the fact that the fall in production in many sectors coincided with a slowdown in illegal conduct is scant consolation. Nevertheless, in the throes of more dramatic problems and the issue of protecting public safety, the public authorities saw a clear, inevitable contraction in cross-border mobility, with a sort of truce in terms of unlawful postings.

2. *The use of smart working and its impact on cross-border posting*

Conceived to verify the flows of workers involved in cross-border postings in the engineering industry and to understand the prospects for improvement in such contexts of the safeguarding system designed under EU law, the project ... did not find workers, who had returned to their homeland, and the relevant assessments were carried out based on previous experience and associated disputes. On the contrary, a new issue emerged as a result of the epidemic, which was particularly significant in the European context: the presence of postings carried out remotely, with activities performed using so-called smart working. It is useful to reconstruct the Italian situation of March 2020, at the beginning of the project.

With regard to labour relations, when many activities considered non-essential were forbidden, as of 7 March 2020, this was accompanied by the constant and somewhat distasteful call for smart working, which was misunderstood by the political system and confused with the simple performance of work in the absence of physical contact and, as far as possible, carried out from home, in complete isolation.¹⁰ As is often the case in Italian tradition, the response of employers and workers was less disastrous than the institutional one and, in the spirit of spontaneous rationality and the capacity for improvisation that have characterised our people since time immemorial, without any planning whatsoever, public authorities, companies and freelancers survived, albeit with a drastic reduction in gross domestic product.

In all the cases in which it turned out to be practicable (and there were many such cases), work was performed using electronic resources¹¹ that were already available but, for the most part, were used for the first time in such an intense and widespread way, out of necessity. As is still happening now, busi-

¹⁰ M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, in *Lav. giur.*, 2020, 321 ss.

¹¹ FILÌ, *Diritto del lavoro e dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale"*, in *Lav. giur.*, 2020, 332 ss.

nesses and institutions discovered that they were able to put in place electronic tools that guaranteed and can permanently ensure their survival, with employees working from home.¹² For companies, it remains to be seen whether these methods can facilitate reasonable levels of profitability and ensure not just the continuity, but the efficiency of their traditional functions, above all without intruding too much in workers' private lives¹³ and in their¹⁴ work-life balance.¹⁵ In any case, however dramatic it may have been, the pandemic brought about an unexpected technological turning point and faced all elements of the labour market with a common question: is it necessary or even simply convenient to transform their way of working, with the partial or total liberation of workers from the obligation to be present?¹⁶

On the social side, the questions are significant¹⁷ and had been asked several years ago,¹⁸ such that their importance and urgency have only grown. This involves a qualitative transformation, since, while evolution has been presented as gradual and guided by the logic of progressive experimentation,¹⁹ the events of 2020 have brought about rapid changes, with improvisation and without much reflection. From the legal perspective, the provisions of Law no. 81 of 2017 were conceived for a gradual process of possible (and not even necessarily expected) modernisation²⁰ of authorities and businesses,²¹ and were wrong-footed by the urgency of preventing the spread of contagion. We

¹²D. GAROFALO, *La dottrina giuslavorista alla prova del Covid-19: la nuova questione sociale*, in *Lav. giur.*, 2020, 429 ss.

¹³TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2020, 420, 7 ss.

¹⁴MALZANI, *Il lavoro tra opportunità e rischi per il lavoratore*, in *Dir. merc. lav.*, 2018, 17 ss.

¹⁵R. PESSI, FABOZZI, *Gli obblighi del datore di lavoro in materia di salute e sicurezza*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 227 ss.

¹⁶Before the epidemic and regardless of its drastic impact, see VERZARO, *Fattispecie della prestazione agile e limite dell'autonomia individuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, 254 ss.

¹⁷TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie, riflessioni a partire dai lavori della gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, 393 ss.

¹⁸PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), cit., 179 ss.

¹⁹DONINI, *Nuova flessibilità spazio temporale e tecnologie: l'idea di lavoro agile*, in TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, 2017, 87 ss.

²⁰TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 962 ss.

²¹FRANZA, *Lavoro agile: profili sistematici e disciplina del recesso*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2018, 773 ss.

need to ask ourselves whether “smart” working, as imposed by the general situation of spring 2020, is a variant of what we know or represents an alternative.

The project identified various posted workers (with the drawing up of the relevant documents, in accordance with European regulations, where applicable) who found themselves placed within Italian companies on behalf of foreign parties or within foreign businesses on behalf of Italian employers, but called (for the most part and on an ongoing basis) to carry out their activities remotely, without leaving their residence. If this applied to a large percentage of Italian employees and managers, the same thing happened to a proportion of posted individuals, based on the measures adopted in 2020 and then implemented subsequently. The interviews conducted brought to light certain significant cases that revealed a much wider phenomenon. Just like the regulations of both our country and Europe, this way of working was legitimate prior to 2020 and has been even more so afterwards, in the last two years, during which similar phenomena have been encouraged in every way possible. Thus, “smart” posting is a solution that is consistent with both Italian and European regulations. This statement raises a new question: should we be applying the idea of parity of treatment, particularly in terms of pay, for smart posted workers?

3. *The emergence of the more general problem of cross-border smart working*

As rightly observed, posting “is a particular form of mobility or circulation of manpower, but it actually operates as a carrier of national labour mobility with important (...) outcomes for State systems as it is a scheme (...) to be included in the scope of free circulation of services”;²² this understanding of posting views directives and amendments thereto²³ as having been extremely significant to the European debate, since the very beginning.²⁴ The defence of competition has brought conciliation of different objectives back to the forefront and especially it has questioned the State concept of the workers’ protec-

²² BANO, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, in *Variuz. temi dir. lav.*, 2021.

²³ ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, 13 ss.

²⁴ Court of Justice 17 March 1990, C-113/1989, *Rush portuguesa Lda*. See CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *Variuz. temi dir. lav.*, 2021.

tion system,²⁵ if the EU legislation is seen as a mechanism to define the applicable law,²⁶ with an intuition that is correct, albeit somewhat excessive. Indeed, this is not all that Directive 96/71/EC does,²⁷ as it has introduced a specific safeguard, albeit relating to arbitration and to the consideration of competition, which should be “fair”.²⁸

Referred to several times in the case law,²⁹ the adjective “fair” is tautological, as it does not refer to any axiological or legal parameters determined by others,³⁰ but rather to the equilibrium point as set by the regulation, with strenuous defence of its adversarial structure. What results from this in terms of employers’ protection³¹ and in terms of employees’ protection is the definition of “fair” competition, so that the adjective specifies only the reconciliation of the two values, referring to the policy choices made by the Union and to their transformation over time; from this perspective, it is not by chance that social security profiles have been developed,³² because if “fair” competition is such insofar as it involves arbitration,³³ then the safeguarding of employees is partial or, if you prefer, selective, thus relying on choices that are discretionary,³⁴ rather than aimed at the entire range of their needs.³⁵ Throughout its evolution, Directive 96/71/EC has brought about a substantial regulation “lay-

²⁵ BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lav. dir.*, 2015, 583 ss.

²⁶ BANO, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, cit.

²⁷ VAN HOEK, HOUWERZIJL, *Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD?*, in AA.VV., *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU law defines where they belong*, Cambridge, 2016, 215 ff.

²⁸ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-626/2018, cit.

²⁹ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-620/2018, *Hungary vs. European Parliament*, cit. See Court of Justice, Third Division, 14 November 2018, C-18/2017, *Spa Danieli & C. Officine meccaniche e altri c. Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice*.

³⁰ BORELLI, ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. giust.*, 2019, 4, 134 ss.

³¹ Court of Justice, Third Division, 14 November 2018, C-18/2017, *Spa Danieli & C. Officine meccaniche e altri c. Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice*.

³² SGROI, *Profili previdenziali del distacco nell’Unione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 67 ss.

³³ CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, cit., with a more optimistic position.

³⁴ Court of Justice, Grand Chamber, 8 December 2020, C-626/2018, *Republic of Poland vs. the European Parliament*, cit.

³⁵ With less pessimism, see CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, cit.

ing down a true right to equal pay for posted workers and (...) national workers, which extends, among other things, to all economic sectors, rather than to the construction sector alone, as conversely provided for by the 1996 Directive”.³⁶ What is “fair” in smart cross-border posting? As the pandemic revealed, this question is a general one.

It does not concern only cases of posting, but all cases of so-called smart working, regardless of the configuration thereof within the national regulations. For certain professional vocations, it has been possible for some time now to carry out work abroad, and the epidemic has caused this issue to arise to an unexpected degree. Without any particular technical difficulties, workers located in other States can carry out their activities as employees, to the complete satisfaction of businesses, which sometimes do not even know and are not interested in knowing where the worker is and whether they live in the same country where the company’s headquarters is located. Partly because of the pandemic, cross-border smart working has become a significant phenomenon from an organisational perspective.

If smart working has prompted discussion about employment in general and has raised theoretical questions that have no easy solution and, to tell the truth, have not yet been fully framed,³⁷ if only due to minimal practical experience, at the same time it has brought about, if there was a need to, a significant social innovation and has blurred the boundaries between time spent on personal needs and time dedicated to professional activities.³⁸ This has given rise to the stipulation of the right to disconnect,³⁹ understood as completely switching off from all electronic communications, in order to facilitate moments of privacy and time dedicated exclusively to family and emotional relations, without the risk of an oppressive influx of information and requests related to the interests of companies or public authorities.

The disruption of businesses and institutions as places of work appears to have already been inescapable in Italy since the end of 2019, regardless of the onset of the pandemic, which, in the space of a few weeks, raised brutal questions about matters of organisation and the protection of public health and safety. In fact, in these last few years the contrast between white-collar and blue-collar jobs has been exacerbated, with the former being performed in locations chosen in part by the worker, while the latter are confined to predeter-

³⁶ BANO, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, cit.

³⁷ CARUSO, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1005 ss.

³⁸ SIGNORINI, *Il diritto del lavoro nell’economia digitale*, Torino, 2018, 15 ss.

³⁹ SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, 2018, 137 ss.

mined spaces, characterised by rigid hours and often perceived as low quality, partly for this reason. In terms of intellectual activity, the physical breakdown of the company has coincided with the gradual decline in the feeling of collective participation among workers and in their trade union membership, despite such associations' attempts to limit these developments by making use of direct electronic communications,⁴⁰ thereby boosting contact between members and their representatives.⁴¹

Even without the pandemic, smart working and its success would perhaps have left our workers freer (or, at least, believing they were so), but undoubtedly more lonely, deprived of the human experience associated with their professional activities within the company and immersed in electronic communications that, at least to reactionaries like me, seem a bit depressing, in a flood of emails, data and news summaries in which it can be hard to follow the thread and find any profound meaning. If we accept these assessments, which cannot be proven and contradict the favourable reception of Italian doctrine,⁴² smart working was in any case destined to reduce cohesion, culture and the capacity for personal interpretation of the actions of companies and public authorities, and to promote the phenomena of isolation and subjection to the perspective imposed by the employer, to the detriment of freedom, at least within the business.

4. *What does the search for a “fair” solution mean?*

Apart from businesses dedicated to activities considered essential for day-to-day life, not only in terms of public services (e. g. food and large retail businesses), the others were forced to cease activities between March and May 2020 (except for a complex system of exemptions), with the obligation to make use of smart working where possible and with certain adaptations effectively imposed, in the name of reducing social contact. Though put to the test at a dramatic moment, the technological resources proved more adequate than expected and allowed for a reasonable level of activity, not so much in terms of acceleration, but in terms of maintaining habitual functions and reducing preconceived notions. Neither businesses nor private employees have

⁴⁰ MARAZZA, Social, *relazioni industriali e (nuovi percorsi di) formazione della volontà collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, 1, 57 ss.

⁴¹ OCCHINO, *Nuove soggettività e nuove rappresentanze del lavoro nell'economia digitale*, in *Labor*, 2019, 5 ss.

⁴² TIMELLINI, *In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile?*, in *Lav. giur.*, 2018, 230 ss.

ever thought that such a model could become permanent and, to date, it has been considered a variant of smart working,⁴³ based on the urgent, transitory measures introduced in spring 2020.⁴⁴

In legal terms, the phenomenon has two opposing characteristics. On the one hand, the encouragement to work remotely is a temporary situation rather than being a permanent shake-up of the system, which has been developing since May 2020 and is still constantly evolving,⁴⁵ with the resumption of more traditional methods and the partial but significant return of staff to the office, in the hopes that such situations will not have to be repeated. On the other hand, the lack of clarity over the obligations of workers confined to their residence has not been seen as an exemption carried out pursuant to the sophisticated structure of Law no. 81 of 2017,⁴⁶ but as an adaptation based on the emergency situation and the impossibility of carrying out more complete negotiations and agreements. Therefore, the “simplified” and quasi-compulsory smart working of spring 2020 has been a footnote in the evolution of the experience of Law no. 81 of 2017 and this should resume its course, with more careful planning of the coordination between the individual contribution and the corporate structure⁴⁷ and with a detailed definition of rights, starting with the right to disconnect.⁴⁸

If the European regulations cite “fairness” with regard to the breakdown of the interests of posted workers and those relating to the promotion of competition, we may ask how this should be viewed with regard to smart-working cases; the reasoning considers all work activities carried out remotely in a cross-border context. The collective industry agreement was founded partly on the national aspect, with the structural limitation of competition and with the implicit prohibition applicable to businesses on competing to the detriment of workers and on lowering the cost of labour below that provided for in the mandatory clauses, in light of Article 36 of the Italian Constitution.⁴⁹ Nevertheless, the agreement remains a national one, either because such is the geo-

⁴³ BROLLO, *Verso il lavoro “anytime anywhere”?*, in AA.VV., *Giuseppe Santoro Passarelli. Giurista della contemporaneità*, Liber amicorum, Vol. II, Torino, 2018, 924 ss.

⁴⁴ M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro ai tempi orribili del coronavirus*, cit., 321 ss.

⁴⁵ This contribution was written in August 2020.

⁴⁶ PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del “Jobs Act” e sul lavoro agile*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 367 ss.

⁴⁷ DONINI, *Lavoro agile e su piattaforma digitale tra autonomia subordinazione*, in *Variet. temi dir. lav.*, 2018, 3, 823 ss.

⁴⁸ ALESSI, VALLAURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in BONARDI, CARABELLI, D’ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, 131 ss.

⁴⁹ See Italian Court of Cassation, 14 December 2005, n. 27591, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 556.

graphical area in which it applies, or because it identifies standardised conditions for all companies in the same product sector, with regard to the entire country. On the contrary, cross-border remote working (with or without reference to cases of posting) gives rise to a dialectical connection between the life needs of a worker that are rooted in one State and the performance of that worker's activity for the benefit of a foreign company. How should pay be determined?

For the moment, at least in our system, this matter is for the business to determine, with the application of the same collective agreement to all workers, regardless of their methods of working and, therefore, even if they do smart working. This may allocate additional and unexpected resources to those living in EU Member States with lower average income levels, and this phenomenon, as observed by the project, has been significant during the pandemic; the return of workers to their State of origin and the use of electronic resources to perform activities remotely enable them to enjoy Italian levels of pay in a social context characterised by a lower standard of living. On the contrary, if workers operating from other countries were paid based on their territorial context, they would represent fierce competition for Italian workers and could throw such workers' job prospects into crisis, particularly with regard to professional vocations that do not require complete mastery of the language or of aspects of national culture, such as knowledge of the law.

Should workers operating remotely for foreign businesses be paid based on the country in which they live or the country in which the business is based? Adopted in order to regulate competition between workers, collective agreements, and Italian ones in particular, have never been designed to protect foreigners, and labour law has always had a national vocation, at least with regard to determining wages. Such agreements are limited to the Italian context, if they ever manage to oversee it with sufficient credibility. In fact, supranational contractual agreements have rarely enjoyed much prominence and, with regard to our country, European corporate committees have never played a significant role.

The foundation of collective agreements in national law is currently a key point, and their consideration by EU case law has always been based on the regulations of the State in question, even in a scenario influenced by EU regulations. This is one of the main reasons for the crisis affecting trade unions, which, albeit with growing openness to cross-border issues, are organised at industry level, when conditions are changing due to the global nature of the economic struggle. Basic shared interests are disappearing because companies are too different. The resources made available for national negotiations, in which minimum pay rises are discussed, are currently decreasing, and this is not expected to change in the short term, due to the disruption to companies' prospects and the decline in the governance of competition. There are not ma-

ny alternatives and, faced with large sectors of production characterised by proto-capitalist organisational mechanisms that do not value “know-how”, national agreements are simultaneously in existential crisis and the only form of solidarity-based protection for workers.

However, if the work is performed remotely, this throws into crisis the principle of a national collective agreement and of determining pay on that basis, since pay is traditionally linked to overall living standards, and it is no coincidence that parity of treatment with regard to cross-border posting is stipulated on the assumption of the physical transfer of the worker in question. If he operates from home, does it make sense for his salary to be determined according to which country the company is based in? This may go against the desires of the worker, who may be interested in bringing about more effective competition for the employees of the company, with the offer of pay that is lower than theirs, but equal to or higher than what the former would earn in his traditional labour market. This question, which came to prominence in Italy during the pandemic, is of a structural nature due to the rapid spread of forms of remote working and the current enormous increase in cases of videoconferencing and electronic collaboration.

5. The need for the European Union to reflect and the current, habitual use of questionable self-employment relationships

For the moment, there is no realistic prospect of cross-border trade union agreements, still less such agreements at EU level. Neither are there even the most timid indications from the EU of the need for regulations on cross-border smart working. The resolution of the European Parliament of 21 January 2021 concerns the different matter of disconnection and acknowledges the importance of remote working, but does not address the issue of pay, let alone in a cross-border context. In regulatory terms, the absence of an EU initiative leaves the parties free to act and, in particular, businesses operate according to diffuse posting systems, with structures in various countries, entering into contracts in one or the other depending on pay-related issues and often with the use of services provided on a group basis, to the benefit of companies other than the one that entered into the original agreement. This model, typical of multinational organisations, is also imitated by smaller entities, specifically through the use of contributions acquired from different companies and made available to the end beneficiary, with debatable contracts, as is the case for some foreign companies that offer commercial activities via telephone, with recruitment *in loco* and the creation of permanent forms of cooperation with Italian businesses.

The spread of smart work, according to different national arrangements and with related pay prospects, means taking a decision about what is in the social interest, since the risk of competition between workers from different States is increasing and creating a framework that is not currently regulated. Above all, some objectives need to be defined: whether to allow businesses to operate with the lowest costs possible, whether to allow workers from less wealthy States to make the most of their opportunities by effectively competing against other workers, or whether to protect such other workers and their prospects with the companies based in their home country. It is hard to imagine a balance between such different expectations, because they cannot be reduced to a compromise, and the EU must choose, sooner or later.

In the medium term, the EU's intervention is inevitable and, first and foremost, not only in the context of posting, but, also with regard to cross-border remote working, it must establish which interests deserve to be protected as a priority (although this is not easy), both strategically and in terms of comparison between different expectations. In fact, the opportunity to work across different countries is a reality that, though perhaps inevitable, was accentuated by the pandemic. If we are not mistaken, at the moment there is a rush towards self-employment, whereas many working relationships can be described as employment relationships, at least with regard to our regulations, based on Law no. 81 of 2017.

The Italian system is familiar with and has experimented somewhat successfully with "smart working",⁵⁰ characterised by the performance of work in a location chosen by the worker and outside of the physical control of the business or public authority, which differs from "remote working",⁵¹ which is carried out from the worker's residence, but with the use of a predetermined work station and according to the employer's working hours, and therefore subject to monitoring, albeit from a distance.⁵² The success achieved by "smart working" in the five years since Law no. 81 of 2017 came into force demonstrates not only the technological transformation of companies and institutions prepared to accept innovation, but also workers' willingness to adopt smart working, for various reasons.⁵³ On the one hand, there is an enthusiasm for electronic resources, with workers' belief that they enjoy greater freedom by being out of the office at least for a few days, while on the other, workers

⁵⁰ PERULLI, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 111 ss.

⁵¹ See GAETA, PASCUCCI, *Telelavoro e diritto*, Torino, 1998.

⁵² G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro etero organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre in una impresa in via di trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2017, 327, 15 ss.

⁵³ CASILLO, *La subordinazione "agile"*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, 545 ss.

have become accustomed to using IT tools, with their key role in working arrangements and the consequent partial irrelevance of the location in which work is performed.

Employers' enthusiasm has been changeable, but not so much as to discourage smart working, with the application of regulations that are not even comparable to those of the more rigid "remote working", which has been known since the end of the '90s and has never been particularly successful, other than within public authorities, which have detailed regulations⁵⁴ that are lacking in the private sector. Indeed, Law no. 81 of 2017 did not cover just one feature of the current set-up (i.e. attention to the outcome of the worker's activities),⁵⁵ but also sought to better reconcile the worker's personal needs with their professional commitments. The allocation of many activities provided electronically to employed work is an important starting point for Law no. 81 of 2017; however, this gain may be jeopardised by the performance of cross-border activities, because the option for self-employment contracts may avoid any problem for the business with regard to parity of treatment. The risk is real, but it can be overcome. In order to do so, first and foremost, we need to ask ourselves what fair pay for cross-border smart posting is.

⁵⁴ M. MISCIONE, *Diverse tipologie contrattuali: remote working, telelavoro e digital workplace*, in *Lav. giur.*, 2009, 663 ss.

⁵⁵ ANDREONI, *Il lavoro agile nel collegamento negoziale*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 1, 106 ss.