

Mål C-441/23

Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler

Datum för ingivande:

12 juli 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

7 juni 2023

Klagande:

LM

Motparter:

Omnitel Communications SL

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

Saken i det nationella målet

Arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag – Tjänstekontrakt – Distinktion – Gravid arbetstagare – Uppsägning – Ogiltig uppsägning – Följder av att uppsägningen är ogiltig

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande gällande tolkning – Artikel 267 FEUF – Direktiv 2008/104/EG – Direktivets tillämplighet – Begreppen arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag, bemanningsföretag och kundföretag – Lön – Direktiv

2006/54/EG – Moderskapsledighet – Återgång till arbete – Uppsägning – Följder av att uppsägningen är ogiltig

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

A) Är direktiv 2008/104/EG tillämpligt på ett företag som ställer en arbetstagare till förfogande för ett annat företag, även om det förstnämnda företaget enligt nationell lagstiftning inte erkänns som bemanningsföretag eftersom det inte har något administrativt tillstånd som sådant?

B) Om direktiv 2008/104/EG är tillämpligt på företag som ställer arbetstagare till förfogande utan att i nationell rätt vara erkända som bemanningsföretag, ska arbetstagaren i en sådan situation som den som beskrivs ovan anses vara en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 c i direktiv 2008/104/EG? Ska företaget Leadmarket S. L. anses vara ett bemanningsföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 b i samma direktiv, och företaget Microsoft Ibérica anses vara ett kundföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 d i samma direktiv? Kan, närmare bestämt, företaget Leadmarket S. L. anses ha bibehållit kontroll och ledning över arbetet (vilket således utesluter att arbetstagaren ställs till förfogande), av det skälet att ledaren för företaget erhåller en månatlig verksamhetsrapport från arbetstagaren och även undertecknar arbetstagarens ledighet, semester och schema, trots att arbetstagarens dagliga arbete består i att bistå Microsofts kunder, och lösa problem genom att ofta kontakta ansvariga vid Microsoft och arbeta från sin bostad med en dator som Microsoft tillhandahållit henne och genom att en gång i veckan bege sig till Microsofts arbetsplats?

C) Om direktiv 2008/104/EG är tillämpligt och om arbetstagaren ställs till förfogande: Ska arbetstagarens lön, på grund av tillämpningen av artikel 5.1 i direktiv 2008/104/EG, åtminstone vara densamma som om hon hade anställts direkt av Microsoft Ibérica S.L.?

D) Är vid sådana omständigheter som i detta fall arbetstagarens rätt att återgå till sitt arbete eller ett likvärdigt arbete efter moderskapsledighet enligt artikel 15 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet tillämplig? Ska återgången till arbetet, trots att avtalet mellan Microsoft Ibérica S. L. och Leadmarket S. L. har upphört att gälla, och det inte finns något likvärdigt arbete vid Leadmarket S.L., ske hos Microsoft Ibérica S. L.?

E) Om direktiv 2008/104/EG är tillämpligt på grund av att det rör sig om ett ställande till förfogande av arbetstagare: Ska den spanska lagstiftningen, enligt vilken uppsägning av gravida arbetstagare och ammande arbetstagare är ogiltig, till följd av tillämpningen av artikel 5.1 i direktiv 2008/104/EG, leda till att bemanningsföretaget och kundföretaget förklaras vara solidariskt ansvariga för de följder som föreskrivs i lagen vid ogiltig uppsägning, nämligen att arbetstagaren ska få tillbaka sin tjänst och erhålla den lön som varit inestående från

uppsägningen till dess att hon kommit tillbaka till arbetet samt medföra en skyldighet att betala ut skadestånd på grund av att uppsägningen var rättsstridig?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (nedan kallat direktiv 2008/104): artiklarna 1.1, 3.1 a, b, c, d, e och f och 5.1.

Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG) (nedan kallat direktiv 92/85): artiklarna 2 och 10.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (nedan kallat direktiv 2006/54): artiklarna 2.2, 14.1 och 15.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artiklarna 21, 23 och 30.

Anförda nationella bestämmelser

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Kungligt lagstiftningsdekret 2/2015 av den 23 oktober om godkännande av den omarbetade lydelsen av lagen om arbetstagare): artiklarna 13, 43.1–43.4, 43.1 d, 53 och 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (lag nr 14/1994 av den 1 juni 1994 om reglering av bemanningsföretag): artiklarna 1, 2, 2.2 a, 12 och 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (lag nr 31/1995 av den 8 november 1995 om förebyggande av risker i arbetet: artikel 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (Kungligt lagdekret nr 28/2020 av den 22 september 2020 om distansarbete, ersatt av lag 10/2021 av den 9 juli 2021 om distansarbete): artiklarna 11 och 12.

Enligt spansk lagstiftning gäller följande:

- a) Att hyra ut arbetskraft eller att ställa arbetskraft till förfogande är en rättshandling som i allmänhet endast anses vara laglig om den utförs av ett bemanningsföretag.

- b) Bemanningsföretag identifieras som sådana genom att de måste ha ett administrativt tillstånd för att bedriva sin verksamhet.
- c) Ett avtal om uthyrning av arbetskraft eller om att ställa arbetstagare till förfogande kännetecknas genom att bemanningsföretaget anställer arbetstagaren, betalar lön till denne och skriver in vederbörande i socialförsäkringen, samtidigt som arbetstagaren står under kundföretagets ledning och kontroll.
- d) Bemanningsföretaget ska även utbilda arbetstagaren för förebyggande av arbetsrelaterade risker och följa upp arbetstagarnas hälsa, utan att det av denna anledning upphör att vara en uthyrning eller ett ställande till förfogande.
- c) Därför kan bemanningsföretaget inte vara ett fiktivt eller obefintligt företag, utan måste ha en organisationsstruktur som gör det möjligt för det att uppfylla sina skyldigheter.

Ställande till förfogande av arbetstagare som inte sker av ett bemanningsföretag som fått tillstånd i vederbörlig ordning medför, utöver eventuella administrativa påföljder, eller även straffrättsliga påföljder, följande:

- a) Båda företagen – det som hyr ut arbetstagare och det där arbetstagarna arbetar – är solidariskt ansvariga för de skyldigheter som de har gentemot arbetstagarna och socialförsäkringen (artikel 43.3 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare)).
- b) En arbetstagare som hyrs ut av ett bemanningsföretag betraktas som en tillsvidareanställd och kan välja mellan att fortsätta att vara arbetstagare i det företag som hyr ut vederbörande eller att betraktas som anställd hos det företag där han eller hon arbetar, där arbetstagarens rättigheter och skyldigheter ska vara desamma som för en arbetstagare som är anställd på samma tjänst eller motsvarande, även om anställningstiden beräknas från och med den tidpunkt då den olagliga uthyrningen inleddes (artikel 43.4 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare)).

Vad gäller frågan huruvida uppsägningen ska betraktas som ogiltig när arbetstagaren erhåller förmån för barns födelse och vård av barn föreskrivs i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare) (artiklarna 53 och 55) att uppsägningen (på saklig grund eller som disciplinåtgärd) ska betraktas som ogiltig bland annat när det gäller gravida arbetstagare från och med början av graviditeten och även när det gäller kvinnliga arbetstagare efter att de har återgått till arbetet efter utgången av den period då anställningsavtalet varit vilande på grund av barns födelse och vård av barn, under förutsättning att inte mer än tolv månader har förflutit sedan födseln. Uppsägningen ska emellertid inte förklaras ogiltig om den anses vara motiverad på lagstadgade skäl, på så sätt att ”uppsägningen förklaras välgrundad av skäl som inte sammanhänger med graviditeten eller utövandet av rätten till angiven semester och annan ledighet”.

Enligt den spanska Tribunal Constitucional (Konstitutionsdomstolen) är den ogiltighet av uppsägningen som föreskrivs i dessa bestämmelser en objektiv garanti som fastställts för att skydda de grundläggande rättigheterna och som ska gälla även när företaget vid tidpunkten för uppsägningen inte kände till att arbetstagaren var gravid.

Dessutom ska en uppsägning även förklaras ogiltig om den anses ha skett på någon av de grunder för diskriminering som är förbjudna enligt konstitutionen eller enligt lag, eller om den har skett i strid med arbetstagarens grundläggande fri- och rättigheter.

Att uppsägningen kvalificeras som ogiltig innebär att företaget ska förpliktas att ”omedelbart återinsätta arbetstagaren i tjänst med utbetalning av lön som inte har erhållits” (artikel 55.6 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare)), utan att arbetsgivaren har möjlighet att välja att betala ut ersättning till den kvinnliga arbetstagaren i stället för att låta henne återgå till arbetet.

Distansarbete definieras som ”arbete som huvudsakligen utförs i arbetstagarens bostad eller på en plats som denne fritt har valt, som alternativ till att det utförs genom personlig närvaro på företagets arbetsplats” (artikel 13 i Estatuto de los Trabajadores (lagen om arbetstagare)). Enligt spansk rätt ska tekniska hjälpmedel för distansarbete tillhandahållas av den som anses vara arbetsgivare.

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 LM (nedan kallad LM eller arbetstagaren) utövade yrkespraktik vid Microsoft Ibérica från september 2010 till juni 2011. Hon hade därefter tre på varandra följande anställningar på tre olika företag: Omnitel Communications SL (mellan den 24 augusti 2011 och den 24 januari 2012 samt mellan den 21 juli 2014 och den 23 december 2014), Indi Marketers S. L. (mellan den 4 mars 2015 och den 31 maj 2017) och Leadmarket S.L. (från den 1 augusti 2017 till dess att hon sades upp i april 2021). Dessa företag hade ingått avtal om olika tjänster med Microsoft Ibérica S. L. och LM arbetade med att utföra det arbete som avtalats mellan dessa företag och Microsoft Ibérica S. L.
- 2 LM ingick tre på varandra följande avtal om vikariatsanställning med Omnitel Communications S. L., varvid hon arbetade med Customer Partner Experience hos Microsoft.
- 3 Med Indi Marketers S. L. arbetade arbetstagaren med marknadsföring för reklamkampanjerna ”Datamining Breath Microsoft” och ”Telemarketing Azure partner Microsoft”. Under avtalets giltighetstid arbetade hon med underhåll och rensning av databaser, genom att arbeta på distans och på de tider som hon själv valde, och kom till Microsofts kontor en gång i veckan.

- 4 Under den period då hon var anställd hos Leadmarket S. L. arbetade LM som konsult/handelsagent med senior titel vid avdelningen Original Equipment Manufacturer (OEM) hos Microsoft, och utförde marknadsföringsarbete för att stödja Microsofts partnerkonton. Det fanns inga Microsoft-anställda som utförde samma arbetsuppgifter, utan dessa utfördes uteslutande av externa medarbetare. Det avtalade arbetet hade följande egenskaper:
- a) Arbetstagaren hade ett avtal om att arbeta för Leadmarket S. L., som i sin tur hade ett avtal med Microsoft Ibérica SL om att tillhandahålla service på distans åt OEM-kunder, ett arbete som arbetstagaren utförde.
 - b) Arbetstagaren arbetade på distans hemifrån, men inställde sig i Microsoft Ibérica S.L:s lokaler en gång i veckan, varför hon hade ett passerkort för extern personal som Microsoft Ibérica SL tillhandahöll.
 - c) För arbetet använde hon en dator som tillhandahölls av Microsoft Ibérica S.L. och som detta företag överlämnade till henne av it-säkerhetsskäl, även om hon inledningsvis använde en annan dator som inte kom från Microsoft.
 - d) Tjänsten bestod i fjärrservice till kunder som använde Microsofts OEM-tjänster. Arbetstagaren kontaktade kunderna direkt och hade ett e-postkonto på microsoft.com, och ingen annan anställd vid Microsoft Ibérica S. L. arbetade med samma arbetsuppgifter.
 - c) När det gäller utförandet av detta arbete kontaktade hon ofta de ansvariga på den berörda avdelningen vid Microsoft.
 - f) Hon lämnade dessutom varje månad information till chefen för Leadmarket, som stod för planeringen av hennes semester, ledigheter, och schema, och informerade Microsoft Ibérica S.L. om detta. Denna person vid Leadmarket var även den som tillhandahöll henne utbildning.
- 5 Arbetstagaren blev gravid år 2020. Under den sjunde månaden i graviditeten informerade Microsoft Leadmarket att avtalet skulle upphöra att gälla den 30 september 2020 och av budgetskäl inte skulle förlängas.
- 6 Från den 22 september 2020 kunde arbetstagaren tillfälligt inte arbeta, och den 8 december 2020 födde hon sin dotter, varvid hon tog ut ledighet för barns födelse och vård av barn, som sedan åtföljdes av ledighet för amning och att hon tog ut årlig semester; allt detta till och med den 29 mars 2021. När hon skulle återuppta sitt arbete den 29 april 2021 mottog hon samma dag en skrivelse från Leadmarket S.L:s företagsledare, i vilken hon informerades om att hennes anställningsavtal skulle upphöra med verkan från och med den 27 april 2021. Företagsledaren åberopade saklig grund, bland annat en minskning av efterfrågan till följd av den förväntade projektförlusten, och att företaget därför inte hade någon tjänst att erbjuda henne.

- 7 Den 14 juni 2021 väckte arbetstagaren talan mot Microsoft Ibérica S. L. och Leadmarket S. L. och yrkade att uppsägningen skulle ogiltigförklaras och, i andra hand, att den skulle förklaras rättsstridig. Hon begärde att Leadmarket S. L. och Microsoft Ibérica S. L. skulle hållas solidariskt ansvariga för följderna av denna förklaring. Hon begärde även skadestånd på 110 000 euro för åsidosättande av hennes grundläggande rättigheter (diskriminering på grund av kön) och utbetalning av utestående lön på 1 100 euro.
- 8 Juzgado de lo Social nr 39 de Madrid (arbetsdomstol nr 39 i Madrid) fann i dom av den 30 november 2021 att det inte rörde sig om ställande till förfogande av arbetskraft, eftersom det var Leadmarket som organiserade arbetstagarens schema och arbetstid, betalade ut ersättning till henne, gav henne utbildning, godkände ledighet och semester och skötte hennes moderskapsledighet. Domstolen ansåg också att skälet till att Microsoft Ibérica sade upp avtalet med Leadmarket var budgetbrister och inte arbetstagarens graviditet och efterföljande moderskap. Av dessa skäl slog den fast att Microsoft Ibérica S.L. inte hade gjort fel vad gäller uppsägningen och frågan om åsidosättande av grundläggande rättigheter och avtog uttryckligen yrkandet om att arbetstagaren borde ha fått den lön som hon skulle ha fått om hon hade varit anställd direkt av Microsoft Ibérica S.L.
- 9 Vad gäller Leadmarket S.L. slogs det i denna dom fast att den sakliga grund som angavs för uppsägningen i uppsägningsbrevet var ”allmänt hållen, vag och otillräcklig” och att uppsägningen därför var rättsstridig, varför den skulle förklaras ogiltig enligt spansk lagstiftning, eftersom uppsägningen skett under perioden efter ledighet för barns födelse och vård av barn.
- 10 Efter att ha konstaterat att den verkliga orsaken till uppsägningen av anställningsavtalet saknade samband med diskriminering på grund av moderskap, avtog den skadeståndsyrkandet. Den förpliktade slutligen Leadmarket S. L. att betala ut obetald lön till arbetstagaren i proportion till den sista arbetsmånaden och den semester som hade tjänats in och inte tagits ut.
- 11 LM överklagade domen av Juzgado de lo Social de Madrid (arbetsdomstolen i Madrid) till Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Överdomstolen i Madrid) (nedan kallad den hänskjutande domstolen).

Parternas huvudargument

- 12 LM har gjort gällande att hennes roll i Leadmarket S.L. var att arbeta för Microsoft Ibérica S. L., varför detta företag enligt henne skulle åläggas solidariskt ansvar för följderna av den uppsägning som förklarats ogiltig, inbegripet att hon tilläts återgå till arbetet. Hon har även hävdats att lönen ska vara densamma som den som hon skulle ha erhållit om hon hade anställts direkt av Microsoft Ibérica S. L.
- 13 LM har även gjort gällande att tillämpningen av de rättsliga bestämmelserna om ogiltighet av uppsägning när det gäller gravida arbetstagare eller arbetstagare som

har återgått till arbetet efter en moderskapsledighet ska leda till att skadestånd beviljas för åsidosättande av grundläggande rättigheter, som Microsoft Ibérica S. L. och Leadmarket S. L. borde ha ålagts att betala solidariskt.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 14 Enligt spansk rätt är det endast det företag vars huvudsakliga verksamhet består i att ställa arbetstagare till förfogande och som har ett särskilt administrativt tillstånd att bedriva verksamhet i egenskap av bemanningsföretag som är ett bemanningsföretag. Om ett företag regelmässigt eller tillfälligt ställer arbetstagare till förfogande utan att ha ett sådant tillstånd ska det inte anses vara ett bemanningsföretag. Den verksamhet som bedrivs på detta sätt är förbjuden och ger upphov till arbetstagarens rätt att välja mellan att bli fast anställd i kundföretaget eller i det företag som hyr ut arbetstagare, till solidariskt ansvar för båda företagen för arbetsrättsliga och socialförsäkringsrättsliga skyldigheter och till olika påföljder.
- 15 I direktiv 2008/104 definieras emellertid bemanningsföretag som varje fysisk eller juridisk person som i enlighet med nationell lagstiftning ingår anställningskontrakt eller inleder anställningsförhållanden med arbetstagare i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för tillfälligt arbete i dessa företag under deras kontroll och ledning. Det förefaller således vara tillräckligt att ett företag ställer en arbetstagare till ett annat företags förfogande, även om det bara är vid enstaka tillfällen, för att det ska anses vara ett bemanningsföretag enligt direktiv 2008/104, utan att det, såsom i spansk rätt, krävs att det är fråga om ett företag som ställer arbetstagare till förfogande som en huvudsaklig verksamhet och som för detta ändamål har ett administrativt tillstånd.
- 16 Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida direktiv 2008/104 är tillämpligt på ett företag som ställer en arbetstagare till förfogande för ett annat företag, trots att det gör det utan att erkännas som bemanningsföretag enligt den nationella lagstiftningen med stöd av ett administrativt tillstånd.
- 17 Om denna fråga besvaras jakande vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida Leadmarket S. L. i förevarande fall har ställt den klagande arbetstagaren till Microsoft Ibérica S.L:s förfogande, på ett sådant sätt att arbetstagaren ska anses vara en arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 c i direktiv 2008/104, att företaget Leadmarket S.L. ska anses vara ett bemanningsföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 b i samma direktiv, och att företaget Microsoft Ibérica ska anses vara ett kundföretag, i den mening som avses i artikel 3.1 d i samma direktiv.
- 18 I artikel 3.1 i direktiv 2008/104 definieras dessa begrepp på grundval av att den arbetstagare som är anställd av bemanningsföretaget arbetar under kundföretagets ”kontroll och ledning”.

- 19 Den fråga som uppkommer är huruvida företaget Leadmarket S.L., med beaktande av samtliga omständigheter som kännetecknar det arbete som arbetstagaren utfört och som det redogjorts för i punkt 4 ovan, kan anses ha haft kontroll och ledning över arbetet, och det därför inte är fråga om att arbetstagaren ställs till förfogande, på grund av att företagets chef erhöll en månatlig verksamhetsrapport och dessutom undertecknade arbetstagarens ledigheter, semesterar och arbetstid.
- 20 Om direktiv 2008/104 är tillämpligt i förevarande fall förefaller det således klart att kundföretagets egen ersättning skulle omfattas av ”grundläggande arbets- och anställningsvillkor” och enligt artikel 5.1 i direktivet skulle det vara rätt att bifalla arbetstagarens yrkande om att hennes lön åtminstone ska vara den som hon skulle ha erhållit om hon hade anställts direkt av Microsoft Ibérica S. L. i samma tjänst.
- 21 Nästa problem som uppstår gäller återanställning av arbetstagaren när uppsägningen har förklarats ogiltig av arbetsdomstolen och denna ogiltighetsförklaring innebär att arbetstagaren har rätt att återgå till det arbete hon hade före uppsägningen. En kvinna som är moderskapsledig ska, enligt artikel 15 i direktiv 2006/54, vid ledighetens slut ha rätt att återgå till sitt arbete eller ett likvärdigt arbete, på villkor som inte är mindre gynnsamma för henne och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som hon skulle ha haft rätt till under sin bortovaro.
- 22 Avtalsförhållandet mellan Leadmarket S. L. och Microsoft Ibérica S. L. hade upphört när arbetstagaren återgick till arbetet och sades upp av Leadmarket S.L., vilket innebar att hon endast kunde återgå till arbetet och återuppta det arbete hon hade före moderskapsledigheten om hon gjorde detta hos Microsoft Ibérica S. L., eftersom Leadmarket S. L. inte hade någon anställning att erbjuda som alternativ. Leadmarket S. L. har utan laga förfall underlåtit att inställa sig under förfarandet och antas ha försvunnit, vilket innebär att det inte kan anses finnas en likvärdig tjänst inom detta bolags personalstyrka.
- 23 Det ska dessutom beaktas att om det rör sig om ett ställande till förfogande som regleras i direktiv 2008/104, omfattar artikel 5.1 i detta direktiv bland de grundläggande arbets- och anställningsvillkor som ska tillämpas på de arbetstagare som ställs till förfogande kundföretagets bestämmelser om skydd för gravida och ammande kvinnor och om likabehandling av kvinnor och män samt bestämmelser som antagits för att bekämpa all diskriminering på grund av kön, ”på det sätt som har fastställts i lagar och andra författningar, kollektivavtal och/eller i andra generella bestämmelser”. En lagbestämmelse som är i kraft i Spanien, såväl för kundföretaget som för det företag som hyr ut arbetstagaren, motsvarar skyldigheten att, med utbetalning av obetald lön, låta kvinnliga arbetstagare som har sagts upp efter att ha återgått till arbetet vid utgången av de perioder då anställningsavtalet var vilande på grund av barns födelse, adoption eller vård med anledning av adoption eller omhändertagande komma tillbaka, under förutsättning att inte mer än tolv månader har förflutit sedan datumet för barns födelse, adoptionen eller vården med anledning av adoption eller omhändertagande. Denna regel föreskrivs i den spanska lagstiftningen för alla fall

av uppsägning på saklig grund eller disciplinär uppsägning, såvida inte uppsägningen anses vara välgrundad.

- 24 Om den arbetstagare som ställts till Microsofts Ibérica S. L:s förfogande hade anställts direkt av detta företag och sagts upp av företaget efter det att hon återgått till arbetet efter det att anställningsavtalet varit vilande på grund av barnets födelse vården av barnet, och om uppsägningen inte varit motiverad och välgrundad, skulle uppsägningen förklarats ogiltig och Microsoft Ibérica S.L. skulle vara skyldigt att låta arbetstagaren komma tillbaka till arbetet, och betala ut obetald lön från dagen för uppsägningen fram till den dag då hon kom tillbaka till arbetet. Frågan är huruvida denna rätt att komma tillbaka till arbetet hos Microsoft försvinner, eftersom hon inte anställdes direkt av Microsoft Ibérica S.L. utan av Leadmarket S.L., och det endast var Leadmarket S.L. som ansvarade för att låta henne komma tillbaka, eller om tillämpningen av artikel 5.1 i direktiv 2008/104 tvärtom innebär att skyldigheten att låta henne komma tillbaka till arbetet och samtliga konsekvenser av den ogiltiga uppsägningen även gäller för kundföretaget, Microsoft Ibérica S.L.