

**Sprawa C-441/23**

**Streszczenie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 98 § 1 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości**

**Data wpływu:**

12 lipca 2023 r.

**Oznaczenie sądu odsyłającego:**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Hiszpania)

**Data wydania postanowienia o wystąpieniu z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym:**

7 czerwca 2023 r.

**Strona wnosząca apelację:**

LM

**Strona przeciwna:**

Omnitel Comunicaciones, S.L.

Microsoft Ibérica, S.R.L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S.L.

Leadmarket, S.L.

---

**Przedmiot postępowania głównego**

Praca tymczasowa – Umowa o świadczenie usług – Rozróżnienie – Pracownicy w ciąży – Zwolnienie – Nieważność rozwiązania stosunku pracy – Konsekwencje nieważności rozwiązania stosunku pracy

## **Przedmiot i podstawa prawna wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni – Artykuł 267 TFUE – Dyrektywa 2008/104/WE – Możliwość stosowania dyrektywy – Pojęcia pracownika tymczasowego, agencji pracy tymczasowej i przedsiębiorstwa użytkownika – Wynagrodzenie – Dyrektywa 2006/54/WE – Urlop macierzyński – Powrót do pracy – Zwolnienie – Konsekwencje nieważności rozwiązania stosunku pracy

### **Pytania prejudycjalne**

A) Czy dyrektywa 2008/104/WE ma zastosowanie do przedsiębiorstwa, które kieruje pracownicę w celu wykonywania tymczasowo pracy do innego przedsiębiorstwa, nawet jeśli to pierwsze przedsiębiorstwo nie jest uznane na mocy prawa krajowego za agencję pracy tymczasowej, ponieważ nie posiada pozwolenia administracyjnego jako takie?

B) W przypadku gdy dyrektywa 2008/104/WE ma zastosowanie do przedsiębiorstw, które kierują pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy, mimo iż nie są one uznane na mocy prawa krajowego za agencje pracy tymczasowej, to czy w sytuacji takiej jak opisana powyżej pracownicę należy uznać za pracownicę tymczasową w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2008/104/WE, przedsiębiorstwo Leadmarket S.L. należy uznać za agencję pracy tymczasowej w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, a przedsiębiorstwo Microsoft Ibérica należy uznać za przedsiębiorstwo użytkownika w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) tej dyrektywy?; w szczególności czy można uznać, że przedsiębiorstwo Leadmarket S.L. sprawowało kierownictwo i nadzór nad pracą (wykluczając tym samym istnienie skierowania pracownicy w celu wykonywania tymczasowo pracy) ze względu na to, że jego administrator otrzymywał od pracownicy comiesięczny raport dotyczący pracy, a ponadto zatwierdzał urlopy wypoczynkowe i inne urlopy oraz czas pracy pracownicy, mimo iż codzienne świadczenie usług przez pracownicę polegało na obsłudze klientów przedsiębiorstwa Microsoft, rozwiązywaniu incydentów poprzez częste kontakty z osobami odpowiedzialnymi w przedsiębiorstwie Microsoft i pracy przy użyciu komputera udostępnionego pracownicy przez przedsiębiorstwo Microsoft oraz udawaniu się raz w tygodniu do zakładu pracy przedsiębiorstwa Microsoft?

C) W przypadku, gdyby dyrektywa 2008/104/WE miała zastosowanie i gdybyśmy mieli do czynienia ze skierowaniem pracownicy w celu wykonywania tymczasowo pracy, to czy w wyniku zastosowania art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/104/WE wynagrodzenie pracownicy musiałyby być co najmniej takie samo jak wynagrodzenie, które pracownica otrzymywałaby, gdyby została zatrudniona bezpośrednio przez przedsiębiorstwo Microsoft Ibérica S.L.?

D) Czy w okolicznościach niniejszej sprawy prawo pracownicy do powrotu z urlopu macierzyńskiego na swoje stanowisko pracy lub stanowisko mu

równorzędne ma zastosowanie na podstawie art. 15 dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy? A jeśli nawet umowa między przedsiębiorstwami Microsoft Ibérica S.L. i Leadmarket S.L. wygasła, a w przedsiębiorstwie Leadmarket S.L. nie ma równorzędnego stanowiska, to czy powrót do pracy musi nastąpić w przedsiębiorstwie Microsoft Ibérica S.L.?

E) W przypadku gdy dyrektywa 2008/104/WE ma zastosowanie, ponieważ mamy do czynienia ze skierowaniem pracownicy w celu wykonywania tymczasowo pracy, to czy, w wyniku zastosowania art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/104/WE, na podstawie hiszpańskich przepisów ustawowych przewidujących nieważność rozwiązania stosunku pracy w przypadku pracownic w ciąży i pracownic karmiących piersią powinny należałoby stwierdzić, że agencja pracy tymczasowej i przedsiębiorstwo użytkownik ponoszą solidarną odpowiedzialność za przewidziane w ustawie konsekwencje nieważnego rozwiązania stosunku pracy, a mianowicie: – przywrócenie pracownicy na jej stanowisko pracy, wypłatę zaległego wynagrodzenia od chwili rozwiązania jej stosunku pracy do czasu jej przywrócenia do pracy; oraz – obowiązek wypłaty odszkodowań należnych z powodu niezgodności z prawem rozwiązania stosunku pracy?

### **Powołane przepisy prawa Unii**

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/104/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie pracy tymczasowej (zwana dalej „dyrektywą 2008/104”): art. 1 ust. 1, art. 3 ust. 1 lit. a), b), c), d), e) i f), art. 5 ust. 1.

Dyrektywa Rady 92/85/EWG z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią (dziesiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG) (zwana dalej „dyrektywą 92/85”): art. 2 i 10.

Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (zwana dalej „dyrektywą 2006/54”): art. 2 ust. 2, art. 14 ust. 1 i art. 15.

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej: art. 21, 23 i 30.

### **Powołane przepisy prawa krajowego**

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 (królewski dekret ustawodawczy 2/2015 z dnia 23 października 2015 r. zatwierdzający jednolity

tekst ustawy – kodeks pracy): art. 13 i art. 43 ust. 1, 2, 3 i 4, art. 43 ust. 1 lit. d), art. 53 i 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (ustawa 14/1994 z dnia 1 czerwca 1994 r., która reguluje działalność agencji pracy tymczasowej): art. 1, 2, art. 2 ust. 2 lit. a), art. 12 i 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (ustawa 31/1995 z dnia 8 listopada 1995 r. o zapobieganiu ryzykom zawodowym): art. 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (dekret królewski z mocą ustawy 28/2020 z dnia 22 września 2020 r. w sprawie pracy zdalnej), zastąpiony Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (ustawą 10/2021 z dnia 9 lipca 2021 r. o pracy zdalnej): art. 11 i 12.

Zgodnie z prawem hiszpańskim:

- a) Kierowanie pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy jest czynnością prawną, która jest ogólnie uznawana za zgodną z prawem tylko wtedy, gdy jest dokonywana przez agencję pracy tymczasowej;
- b) Agencje pracy tymczasowej prowadzą działalność jako takie, ponieważ muszą posiadać uprzednie pozwolenie administracyjne na prowadzenie działalności;
- c) Umowa o kierowanie pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy charakteryzuje się tym, że agencja pracy tymczasowej zatrudnia pracownika, wypłaca mu wynagrodzenie i rejestruje go w systemie ubezpieczeń społecznych, ale pracownik pozostaje pod nadzorem i kierownictwem przedsiębiorstwa użytkownika;
- d) Agencja pracy tymczasowej zobowiązuje się również do przeszkolenia pracownika w zakresie zapobiegania ryzyku zawodowemu oraz do monitorowania stanu zdrowia pracowników, przy czym [umowa] z tego powodu nie traci charakteru skierowania pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy;
- e) W związku z tym agencja pracy tymczasowej nie jest fikcyjnym lub nieistniejącym przedsiębiorstwem, lecz musi posiadać strukturę organizacyjną umożliwiającą jej wykonywanie jej obowiązków.

Istnienie kierowania pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy, które nie jest realizowane przez agencję pracy tymczasowej posiadającą odpowiednie pozwolenie, pociąga za sobą, oprócz ewentualnych sankcji administracyjnych, a nawet sankcji karnych, [następujące skutki]:

- a) Oba przedsiębiorstwa, przenoszące i przejmujące, ponoszą solidarną odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte wobec pracowników i wobec

systemu ubezpieczeń społecznych [art. 43 ust. 3 Estatuto de los Trabajadores (kodeksu pracy)].

- b) Pracownika przenoszonego uważa się za pracownika zatrudnionego na czas nieokreślony i ma on możliwość wyboru między pozostaniem pracownikiem przedsiębiorstwa przenoszącego a uznaniem go za pracownika przedsiębiorstwa przejmującego, w którym jego prawa i obowiązki są takie same jak prawa i obowiązki pracownika zatrudnionego na tym samym lub równorzędnym stanowisku, ale staż pracy jest uwzględniany od początku niezgodnego z prawem przejścia [art. 43 ust. 4 Estatuto de los Trabajadores (kodeksu pracy)].

W odniesieniu do uznania rozwiązania stosunku pracy za nieważne w przypadku korzystania ze świadczenia z tytułu urodzenia dziecka i opieki nad dzieckiem Estatuto de los Trabajadores (kodeksu pracy) (art. 53 i 55) stanowi, że (obiektywne lub dyscyplinarne) rozwiązanie stosunku pracy należy uznać za nieważne między innymi w przypadku pracownic w ciąży od dnia jej rozpoczęcia, a także pracownic, które powróciły do pracy po upływie okresu zawieszenia umowy z powodu urodzenia dziecka i opieki nad dzieckiem, pod warunkiem że od daty urodzenia nie upłynęło więcej niż 12 miesięcy. Jednakże nie można stwierdzić nieważności rozwiązania stosunku pracy, jeżeli uważa się, że jest ono zgodne z prawem z przyczyn uzasadniających je w świetle prawa, w związku z czym „stwierdza się, że rozwiązanie stosunku pracy jest zgodne z prawem ze wspomnianych przyczyn niezwiązanych z ciążą lub z korzystaniem z prawa do urlopów lub pozostawania w dyspozycji”.

Zdaniem hiszpańskiego Tribunal Constitucional (trybunału konstytucyjnego) przewidziana w tych przepisach nieważność rozwiązania stosunku pracy jest obiektywną gwarancją ustanowioną w celu ochrony praw podstawowych, która musi działać nawet wtedy, gdy przedsiębiorstwo nie wie w chwili rozwiązania stosunku pracy, że pracownica jest w ciąży.

Ponadto należy również stwierdzić nieważność rozwiązania stosunku pracy, jeżeli uważa się, że jest ono oparte na jednej z przyczyn, które konstytucja lub ustawa uznaje za dyskryminujące i z tego tytułu zakazane lub które zostało dokonane z naruszeniem praw podstawowych lub wolności publicznych pracownika.

Uznanie rozwiązania stosunku pracy za nieważne oznacza, że przedsiębiorstwo jest zobowiązane do „natychmiastowego przywrócenia pracownika do pracy oraz zapłaty zaległego wynagrodzenia” [art. 55 ust. 6 Estatuto de los Trabajadores (kodeksu pracy)], przy czym pracodawca nie może zdecydować się na wypłatę odszkodowania pracownicy zamiast przywrócenia jej na jej stanowisko pracy.

Jeśli chodzi o pracę zdalną i system telepracy, został on zdefiniowany się go jako „taki, w którym praca jest wykonywana głównie w miejscu zamieszkania pracownika lub w miejscu swobodnie wybranym przez pracownika, jako alternatywa dla wykonywania pracy na miejscu w zakładzie pracy

przedsiębiorstwa” [art. 13 Estatuto de los Trabajadores (kodeksu pracy)]. Zgodnie z prawem hiszpańskim osoba, która jest uważana za pracodawcę, zapewnia środki techniczne niezbędne do pracy zdalnej.

### **Zwięzłe przedstawienie okoliczności faktycznych i postępowania głównego**

- 1 Od września 2010 r. do czerwca 2011 r. LM (zwana dalej „LM” lub „pracownicą”) odbyła praktyki zawodowe w spółce Microsoft Ibérica. Następnie LM była zatrudniona kolejno w trzech przedsiębiorstwach: Omnitel Comunicaciones S.L. (od dnia 24 sierpnia 2011 r. do dnia 24 stycznia 2012 r. oraz od dnia 21 lipca 2014 r. do dnia 23 grudnia 2014 r.), Indi Marketers S.L. (od dnia 4 marca 2015 r. do dnia 31 maja 2017 r.) oraz Leadmarket S.L. (od dnia 1 sierpnia 2017 r. do dnia rozwiązania stosunku pracy w kwietniu 2021 r.). Przedsiębiorstwa te świadczyły różne usługi na rzecz spółki Microsoft Ibérica S.L. i LM pracowała w ramach świadczenia usług zleczanych między wspomnianymi przedsiębiorstwami a spółką Microsoft Ibérica S.L.
- 2 LM zawarła z przedsiębiorstwem Omnitel Comunicaciones S.L. trzy kolejne umowy o tymczasowe zastępstwo, w czasie trwania których wykonywała ona zadania Customer Partner Experience na rzecz spółki Microsoft.
- 3 W przedsiębiorstwie Indi Marketers S.L. pracownica realizowała zadania w zakresie marketingu w kampaniach „Datamining Breath Microsoft” i „Telemarketing Azure partner Microsoft”. W czasie trwania tej umowy wykonywała ona zadania związane z konserwacją i czyszczeniem baz danych, pracując zdalnie i w wybranym przez siebie czasie oraz udając się do biur spółki Microsoft raz w tygodniu.
- 4 W okresie, w którym była zatrudniona przez Leadmarket S.L., LM pracowała jako konsultant/starszy sprzedawca dla działu Original Equipment Manufacturer (OEM) w spółce Microsoft, wykonując zadania marketingowe w celu obsługi kont partnerów spółki Microsoft. W spółce Microsoft nie było pracowników wykonujących te same zadania, które były wykonywane wyłącznie w drodze umów o świadczenie usług przez podmioty zewnętrzne. Świadczenie usług na podstawie umowy miało następujące cechy:
  - a) Pracownica była zatrudniona przez przedsiębiorstwo Leadmarket S.L., które z kolei zawarło ze spółką Microsoft Ibérica S.L. umowę o świadczenie usługi obsługi klientów OEM zdalnie lub na odległość, która to usługa była wykonywana przez pracownicę.
  - b) Pracownica świadczyła usługi zdalnie ze swojego miejsca zamieszkania, udając się do siedziby spółki Microsoft Ibérica S.L. raz w tygodniu. W tym celu posiadała ona dostarczoną przez spółkę Microsoft Ibérica S.L. kartę dostępu dla pracowników zewnętrznych.

- c) W celu świadczenia usług pracownica korzystała z komputera dostarczonego przez spółkę Microsoft Ibérica S.L., który ta spółka przekazała jej do użytku ze względów bezpieczeństwa informatycznego, choć początkowo używała ona innego komputera, który nie był własnością spółki Microsoft.
  - d) Usługa ta polegała na obsługiwaniu zdalnie lub na odległość klientów produktów OEM spółki Microsoft. Pracownica kontaktowała się bezpośrednio z klientami i posiadała konto poczty elektronicznej w domenie microsoft.com, przy czym żaden inny pracownik spółki Microsoft Ibérica S.L. nie wykonywał tej usługi.
  - e) We wszystkich sprawach związanych z wykonywaniem usługi pracownica kontaktowała się często z osobami odpowiedzialnymi w odpowiednim dziale spółki Microsoft.
  - f) Ponadto co miesiąc składała ona raporty administratorowi przedsiębiorstwa Leadmarket, który organizował jej urlopy wypoczynkowe i inne urlopy, czas pracy i harmonogram oraz informował o tym spółkę Microsoft Ibérica S.L. Ta osoba w przedsiębiorstwie Leadmarket zapewniła również jej szkolenie.
- 5 Pracownica zaszła w ciążę w 2020 r. Gdy pracownica była w siódmym miesiącu ciąży, spółka Microsoft poinformowała przedsiębiorstwo Leadmarket, że umowa wygaśnie w dniu 30 września 2020 r. i nie zostanie przedłużona ze względów budżetowych.
- 6 W dniu 22 września 2020 r. pracownica znalazła się w sytuacji tymczasowej niezdolności do pracy, a w dniu 8 grudnia 2020 r. urodziła się jej córka, w związku z czym rozpoczęła ona urlop z tytułu urodzenia dziecka i opieki nad dzieckiem, a który został następnie połączony z przerwą na karmienie i corocznym urlopem wypoczynkowym do dnia 29 marca 2021 r. Gdy w dniu 29 kwietnia 2021 r. miała ona powrócić do pracy, otrzymała od administratora przedsiębiorstwa Leadmarket S.L. pismo, w którym administrator ten poinformował ją o rozwiązaniu jej umowy o pracę ze skutkiem od dnia 27 kwietnia 2021 r., powołując się na obiektywne przyczyny, w szczególności na zmniejszenie popytu w wyniku utraty planowanych projektów, efektem czego przedsiębiorstwo nie świadczyło żadnej usługi, do której mogłoby przypisać pracownicę.
- 7 W dniu 14 czerwca 2021 r. pracownica wniosła przeciwko spółkom Microsoft Ibérica S.L. i Leadmarket S.L. powództwo o stwierdzenie nieważności lub, tytułem żądania ewentualnego, niezgodności z prawem rozwiązania jej stosunku pracy. Wniosła ona o to, aby spółki Leadmarket S.L. i Microsoft Ibérica S.L. zostały solidarnie zobowiązane do poniesienia konsekwencji tego stwierdzenia nieważności lub niezgodności z prawem rozwiązania jej stosunku pracy. Wniosła ona również o zasądzenie odszkodowania w wysokości 110 000 EUR z tytułu

naruszenia jej praw podstawowych (dyskryminacja ze względu na płeć) oraz zapłaty zaległego wynagrodzenia w wysokości 1 100 EUR.

- 8 W wyroku z dnia 30 listopada 2021 r. Juzgado de lo Social número 39 de Madrid (sąd pracy nr 39 w Madrycie, Hiszpania) stwierdził, że skierowanie pracowników w celu wykonywania tymczasowo pracy nie miało miejsca, ponieważ to przedsiębiorstwo Leadmarket organizowało czas pracy i harmonogram wnoszącej apelację, wypłacało jej wynagrodzenie, zapewniało jej szkolenie, udzielało urlopów wypoczynkowych lub innych urlopów oraz zarządzało jej urlopem macierzyńskim. Sąd ten uznał również, że to brak środków w budżecie, a nie ciąża i późniejsze macierzyństwo pracownicy, był przyczyną rozwiązania przez spółkę Microsoft Ibérica umowy o świadczenie usług z przedsiębiorstwem Leadmarket. W związku z tym sąd ów nie uwzględnił podnoszonych w stosunku do spółki Microsoft Ibérica S.L. żądań dotyczących rozwiązania stosunku pracy i naruszenia praw podstawowych oraz wyraźnie oddalił roszczenie, zgodnie z którym wynagrodzenie pracownicy powinno być takie jak wynagrodzenie, które pracownica otrzymywałaby, gdyby została zatrudniona bezpośrednio przez spółkę Microsoft Ibérica S.L.
- 9 W odniesieniu do przedsiębiorstwa Leadmarket S.L. we wspomnianym wyroku uznano, że wyjaśnione w piśmie dotyczącym rozwiązania stosunku pracy przyczyny obiektywnego rozwiązania umowy o pracę były „ogólne, niejasne i niewystarczające” oraz że w związku z tym rozwiązanie stosunku pracy było niezgodne z prawem i powinno zostać uznane za nieważne w świetle prawa hiszpańskiego, ponieważ to rozwiązanie stosunku pracy nastąpiło w okresie następującym po urlopie z tytułu urodzenia dziecka i opieki nad dzieckiem.
- 10 Stwierdziwszy, że rzeczywista przyczyna rozwiązania umowy o świadczenie usług nie miała związku z dyskryminacją ze względu na macierzyństwo, sąd oddalił żądanie zasądzenia odszkodowania. Wreszcie, sąd nakazał przedsiębiorstwu Leadmarket S.L. zapłatę na rzecz pracownicy zaległego wynagrodzenia z tytułu proporcjonalnej części ostatniego miesiąca pracy oraz należnego i niewykorzystanego urlopu wypoczynkowego.
- 11 LM wniosła apelację od wyroku Juzgado de lo Social de Madrid do Tribunal Superior de Justicia de Madrid (wyższego trybunału sprawiedliwości w Madrycie, Hiszpania; zwanego dalej „sądem odsyłającym”).

### **Główne argumenty stron w postępowaniu głównym**

- 12 LM twierdzi, że jej sytuacja w przedsiębiorstwie Leadmarket S.L. polegała na udostępnieniu świadczenia przez nią pracy na rzecz spółki Microsoft Ibérica S.L., w związku z czym to ta spółka powinna zostać zobowiązana solidarnie do poniesienia konsekwencji stwierdzenia nieważności rozwiązania stosunku pracy, w tym przywrócenia na jej stanowisko pracy. Utrzymuje ona również, że jej wynagrodzenie powinno być takie samo jak wynagrodzenie, które otrzymywałaby



w przypadku, gdyby została zatrudniona bezpośrednio przez spółkę Microsoft Ibérica S.L.

- 13 LM twierdzi również, że stosowanie przepisów ustawowych dotyczących nieważności rozwiązania stosunku pracy w przypadku pracownic w ciąży lub pracownic, które powróciły do pracy po urlopie macierzyńskim, powinno prowadzić do zasądzenia odszkodowania za naruszenie praw podstawowych, do zapłaty którego spółki Microsoft Ibérica S.L. i Leadmarket S.L. powinny być zostać zobowiązane solidarnie.

### **Zwięzłe przedstawienie uzasadnienia wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym**

- 14 W prawie hiszpańskim za agencję pracy tymczasowej uważa się jedynie takie przedsiębiorstwo, którego głównym przedmiotem działalności jest kierowanie pracownikami w celu wykonywania tymczasowo pracy i które posiada specjalne pozwolenie administracyjne umożliwiające mu prowadzenie działalności jako agencja pracy tymczasowej. Jeżeli przedsiębiorstwo zwykle lub okazjonalnie kieruje pracownikami w celu wykonywania tymczasowo pracy bez takiego pozwolenia, nie uważa się go za agencję pracy tymczasowej. Wykonywana w ten sposób działalność jest zakazana i prowadzi do powstania po stronie pracownika prawa wyboru między zatrudnieniem na czas nieokreślony w przedsiębiorstwie użytkownika lub w przedsiębiorstwie przenoszącym, zaś po stronie obu przedsiębiorstw - solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania z tytułu umowy o pracę i ubezpieczeń społecznych oraz za różnego rodzaju sankcje.
- 15 Jednakże dyrektywa 2008/104 definiuje agencję pracy tymczasowej jako każdą osobę fizyczną lub prawną, która zgodnie z prawem krajowym zawiera umowy o pracę lub nawiązuje stosunek pracy z pracownikami tymczasowymi w celu skierowania ich do przedsiębiorstw użytkowników, aby tam wykonywali tymczasowo pracę pod nadzorem i kierownictwem tych przedsiębiorstw. Wydaje się zatem, że do tego, aby dane przedsiębiorstwo zostało uznane za agencję pracy tymczasowej na mocy dyrektywy 2008/104 wystarczy, aby kierowało pracownika w celu wykonywania tymczasowo pracy do innego przedsiębiorstwa choćby okazjonalnie, nie jest zaś wymagane, w odróżnieniu od prawa hiszpańskiego, aby było to przedsiębiorstwo, którego głównym przedmiotem działalności jest kierowanie pracownikami w celu wykonywania tymczasowo pracy i które posiada w tym celu pozwolenie administracyjne.
- 16 Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2008/104 ma zastosowanie do przedsiębiorstwa, które kieruje pracownika w celu wykonywania tymczasowo pracy do innego przedsiębiorstwa, nawet jeśli czyni to pomimo tego, iż nie jest ono uznane w ustawodawstwie krajowym za agencję pracy tymczasowej prowadzącą działalność na podstawie pozwolenia administracyjnego.

- 17 W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej sąd odsyłający zwraca się z pytaniem, czy w niniejszej sprawie miało miejsce skierowanie pracownicy, która występuje jako wnosząca apelację, w celu wykonywania tymczasowo pracy przez przedsiębiorstwo Leadmarket S.L. do przedsiębiorstwa Microsoft Ibérica S.L., w związku z czym pracownicę należy uznać za pracownika tymczasowego w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2008/104, przedsiębiorstwo Leadmarket S.L. należy uznać za agencję pracy tymczasowej w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, a przedsiębiorstwo Microsoft Ibérica S.L. należy uznać za przedsiębiorstwo użytkownika w rozumieniu art. 3 ust. 1 lit. d) tej dyrektywy.
- 18 Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy 2008/104 definiuje te pojęcia w oparciu o założenie, że pracownik zatrudniony przez agencję pracy tymczasowej świadczy pracę „pod nadzorem i kierownictwem” przedsiębiorstwa użytkownika.
- 19 Powstaje wątpliwość, czy, biorąc pod uwagę wszystkie elementy charakteryzujące pracę wykonywaną przez pracownicę, o których mowa w pkt 4 powyżej, można uznać, że przedsiębiorstwo Leadmarket S.L. sprawuje kierownictwo i nadzór nad tą pracą, w związku z czym nie mielibyśmy do czynienia ze skierowaniem pracownicy w celu wykonywania tymczasowo pracy ze względu na to, że zarządca tego przedsiębiorstwa otrzymywał comiesięczny raport dotyczący pracy, a ponadto zatwierdzał urlopy wypoczynkowe i inne urlopy oraz czas pracy pracownicy.
- 20 Jeśli dyrektywa 2008/104 ma zastosowanie w niniejszej sprawie, to wydaje się jasne, że wynagrodzenie przez przedsiębiorstwo użytkownika stanowi część „podstawowych warunków pracy i zatrudnienia”, a zgodnie z art. 5 ust. 1 tej dyrektywy należałoby uwzględnić roszczenie pracownicy o to, by jej wynagrodzenie było co najmniej takie samo jak wynagrodzenie, które otrzymywałaby, gdyby została zatrudniona bezpośrednio przez spółkę Microsoft Ibérica S.L. na tym samym stanowisku.
- 21 Kolejna kwestia, która się pojawia, dotyczy przywrócenia pracownicy do pracy po stwierdzeniu przez Juzgado de lo Social (sąd pracy) nieważności rozwiązania jej stosunku pracy, a to stwierdzenie nieważności powoduje powstanie po stronie pracownicy prawa do powrotu na stanowisko pracy sprzed rozwiązania jej stosunku pracy. Zgodnie z art. 15 dyrektywy 2006/54 kobieta przebywająca na urlopie macierzyńskim jest uprawniona, po jego zakończeniu, do powrotu na swoje stanowisko pracy na stanowisko mu równorzędne na warunkach nie mniej dla niej korzystnych i do korzystania z jakiegokolwiek poprawy warunków pracy, do której byłaby uprawniona w trakcie swojej nieobecności.
- 22 Stosunek umowny między spółkami Leadmarket S.L. a Microsoft Ibérica S.L. ustał wówczas, gdy pracownica powróciła na swe stanowisko pracy i jej umowa o pracę została rozwiązana przez spółkę Leadmarket S.L., wobec czego mogłaby ona powrócić do pracy i wykonywać obowiązki, które wykonywała przed okresem macierzyństwa tylko wtedy, gdyby wróciła do pracy w spółce Microsoft Ibérica S.L., ponieważ spółka Leadmarket S.L. nie posiada żadnego stanowiska,

które mogłaby jej zaoferować jako alternatywę. Spółka Leadmarket S.L. nie wdała się bowiem w spór i nie zastosowała się do wezwania, w związku z czym domniemywa się, że nie istnieje, a zatem nie można uznać, że istnieje równorzędne stanowisko wśród personelu tej spółki.

- 23 Ponadto należy wziąć pod uwagę fakt, że gdybyśmy mieli do czynienia ze skierowaniem w celu wykonywania tymczasowo pracy regulowanym dyrektywą 2008/104, to art. 5 ust. 1 tej dyrektywy zalicza do podstawowych warunków pracy i zatrudnienia, których zastosowanie należy zapewnić pracownikom tymczasowym, obowiązujące w przedsiębiorstwie użytkownika przepisy dotyczące ochrony kobiet w ciąży i matek karmiących dziecko piersią, a także jednakowego traktowania mężczyzn i kobiet oraz dotyczące wszelkich działań na rzecz zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć zgodnie z „przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi, układami zbiorowymi pracy lub innymi przepisami ogólnymi”. Przepisem ustawowym obowiązującym w Hiszpanii zarówno w odniesieniu do przedsiębiorstwa użytkownika, jak i przedsiębiorstwa przenoszącego, jest obowiązek przywrócenia do pracy oraz zapłaty zaległego wynagrodzenia na rzecz pracownic, których stosunek pracy została rozwiązany po ich powrocie do pracy po upływie okresów zawieszenia umowy z powodu urodzenia, przysposobienia, sprawowania pieczy na dzieckiem lub przyjęcia dziecka do prowadzonej przez siebie rodziny zastępczej, pod warunkiem że od daty urodzenia, przysposobienia, sprawowania pieczy na dzieckiem lub przyjęcia dziecka do prowadzonej przez siebie rodziny zastępczej nie upłynęło więcej niż 12 miesięcy. Przepis ten jest przewidziany w prawie hiszpańskim w odniesieniu do każdego przypadku obiektywnego lub dyscyplinarnego rozwiązania stosunku pracy, chyba że rozwiązanie stosunku pracy zostanie uznane za zgodne z prawem.
- 24 W związku z tym, gdyby pracownica skierowana w celu wykonywania tymczasowo pracy do spółki Microsoft Ibérica S.L. została zatrudniona bezpośrednio przez tę spółkę i została przez nią zwolniona po zawieszeniu jej umowy z powodu urodzenia i opieki nad dzieckiem oraz gdyby zwolnienie to nie było uzasadnione i zgodne z prawem, stwierdzono by jego nieważność, a spółka Microsoft Ibérica S.L. byłaby zobowiązana do przywrócenia pracownicy na jej stanowisko pracy oraz do zapłaty jej zaległego wynagrodzenia od dnia rozwiązania jej stosunku pracy do dnia przywrócenia jej do pracy. Powstaje pytanie, czy, z uwagi na fakt, że pracownica nie była zatrudniona bezpośrednio przez spółkę Microsoft Ibérica S.L., lecz przez spółkę Leadmarket S.L., prawo do przywrócenia jej na stanowisko pracy w spółce Microsoft wygasa, ponieważ jedynie spółka Leadmarket S.L. jest odpowiedzialna za to jej przywrócenie, czy też, przeciwnie, stosowanie art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/104 oznacza, że obowiązek przywrócenia na stanowisko pracy i wszystkie konsekwencje rozwiązania stosunku pracy, którego nieważność została stwierdzona, spoczywają również na przedsiębiorstwie użytkownika, to znaczy na spółce Microsoft Ibérica S.L.