

Version anonymisée

Traduction

C-441/23 – 1

Affaire C-441/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

12 juillet 2023

Juridiction de renvoi :

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

7 juin 2023

Partie requérante :

LM

Parties défenderesses :

Omnitel Comunicaciones, S. L.

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Cour supérieure de justice de Madrid, Espagne) – [OMISSIS]

[Identification de la juridiction de renvoi, de la procédure, des parties et des magistrats]

À Madrid, le **7 juin 2023**, la présente section de la chambre sociale du Tribunal Superior de Justicia (Cour supérieure de justice) ayant connu de la présente procédure, [OMISSIS]

[OMISSIS] [Formules procédurales d'introduction]

a rendu la présente

ORDONNANCE

Dans le [OMISSIS] cadre de l'appel [OMISSIS] [numéro interne] interjeté par **M^{me} LM** contre **MICROSOFT IBERICA S.R.L., FOGASA, OMNITEL COMUNICACIONES, S.L., INDI MARKETERS S.L. et LEADMARKET S.L.**, en matière de licenciement [OMISSIS] [composition de la juridiction]

CONTEXTE

PREMIÈREMENT. Le 14 juin 2021, M^{me} LM a introduit un recours contre Microsoft Ibérica S.L. et Leadmarket S.L. visant à faire constater la nullité ou, à titre subsidiaire, le caractère abusif de son licenciement. [OMISSIS]

[OMISSIS] [Reproduction des informations figurant sous le titre « LES FAITS DU LITIGE AU PRINCIPAL », premier à sixième alinéas. Cette rubrique contient un exposé détaillé des faits].

DEUXIÈMEMENT. Le recours a été attribué au Juzgado de lo Social n° 39 de Madrid (tribunal du travail n° 39 de Madrid, Espagne), [OMISSIS] qui a rendu son jugement le 30 novembre 2021. [OMISSIS]. [Reproduction des informations contenues sous le titre « LES FAITS DU LITIGE AU PRINCIPAL » ci-dessous, septième et huitième alinéas]

TROISIÈMEMENT. Le jugement du Juzgado de lo Social (tribunal du travail) a fait l'objet d'un appel devant la juridiction de céans [OMISSIS] [reproduit en termes pratiquement identiques sous le titre « LES FAITS DU LITIGE AU PRINCIPAL », neuvième alinéa].

QUATRIÈMEMENT. Pour statuer sur cet appel, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer la réglementation suivante :

- a) La directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 novembre 2008, relative au travail intérimaire (JO 2008, L 137, p. 9)
- b) La directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE) (JO 1992, L 348, p. 1) et la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en

œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (JO 2006, L 204, p. 23).

En vertu de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») peut statuer, à titre préjudiciel, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union et les juridictions des États membres peuvent saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle si elles estiment qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre leur jugement.

[OMISSIS] [questions de procédure interne]

CINQUIÈMEMENT. Le 12 avril 2023, la chambre de céans a rendu une ordonnance suspendant le traitement de l'appel [OMISSIS] afin de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle, qui a été signifiée aux parties. Microsoft Ibérica [S.L.] a introduit une demande de réexamen de cette ordonnance [OMISSIS] : [Exposé par la juridiction de renvoi des objections formulées par Microsoft concernant l'introduction de la demande de décision préjudicielle. Celle-ci avait demandé que l'exposé des faits destiné à être déféré à la Cour soit corrigé et clarifié. La juridiction de renvoi statue définitivement et inclut les modifications appropriées dans la demande de décision préjudicielle, telle que formulée ci-dessous].

DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE DÉFÉRÉE À LA COUR PAR LA CHAMBRE SOCIALE DU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (COUR SUPERIEURE DE JUSTICE DE MADRID) [OMISSIS]

I. LES FAITS DU LITIGE AU PRINCIPAL

M^{me} LM a été stagiaire chez Microsoft Ibérica de septembre 2010 à juin 2011. Par la suite, elle a été embauchée successivement par trois entreprises, Omnitel Comunicaciones S.L. (entre le 24 août 2011 et le 24 janvier 2012 ainsi qu'entre le 21 juillet 2014 et le 23 décembre 2014), Indi Marketers S.L. (entre le 4 mars 2015 et le 31 mai 2017) et Leadmarket S.L. (du 1^{er} août 2017 jusqu'à son licenciement en avril 2021). Ces entreprises avaient conclu des contrats portant sur différentes prestations de services avec Microsoft Ibérica S.L. et M^{me} LM était chargée d'exécuter la prestation prévue aux contrats conclus entre ces entreprises et Microsoft Ibérica S.L.

Avec Omnitel Comunicaciones S.L., elle a conclu trois contrats consécutifs de travail à durée déterminée destinés à occuper un poste vacant ou à remplacer un travailleur (dits « contratos de interinidad »), dans le cadre desquels elle a exercé les fonctions de Customer Partner Experience de Microsoft.

Avec Indi Marketers S.L., la travailleuse a exercé des fonctions de marketing pour les campagnes « Datamining Breath Microsoft » et « Telemarketing Azure partner Microsoft ». Dans le cadre de ce contrat, elle a effectué des tâches de maintenance et de nettoyage de bases de données, en travaillant à distance et selon les horaires qu'elle avait choisis, et se rendait dans les bureaux de Microsoft une fois par semaine.

Durant la période où elle était employée par Leadmarket S.L., la requérante a travaillé comme consultante/commerciale diplômée de l'enseignement supérieur, pour le département d'Original Equipment Manufacturer (OEM) de Microsoft, et effectuait des prestations de marketing afin d'apporter un soutien aux comptes-partenaires de Microsoft. Aucun travailleur de chez Microsoft n'exerçait ces mêmes fonctions, qui étaient assurées exclusivement par des contractants externes. La prestation de services faisant l'objet du contrat présentait les caractéristiques suivantes :

- a) La travailleuse était recrutée par Leadmarket S.L. qui, à son tour, concluait un contrat d'externalisation avec Microsoft Ibérica, S.L. pour fournir le service d'aide à distance aux clients OEM, service qui était assuré par la travailleuse ;
- b) La travailleuse fournissait des services à distance à partir de son domicile, mais se rendait dans les locaux de Microsoft Ibérica S.L. une fois par semaine et disposait à cette fin d'une carte d'accès pour le personnel externe fournie par Microsoft Ibérica S.L. ;
- c) Aux fins de la prestation de services, elle utilisait un ordinateur qui lui avait été fourni par Microsoft Ibérica S.L. pour des raisons de sécurité informatique ; toutefois, au début, elle se servait d'un autre ordinateur n'appartenant pas à Microsoft ;
- d) Le service consistait à fournir une assistance à distance aux clients des produits OEM de Microsoft, en contactant directement les clients et en disposant d'un compte de courriel microsoft.com ; ce service n'était effectué par aucun autre employé de Microsoft Ibérica S.L. ;
- e) Pour toutes les questions relatives à l'exécution du service, elle entretenait des contacts réguliers avec les responsables du département de Microsoft concerné [OMISSIS] ;
- f) En outre, elle informait tous les mois le gérant de Leadmarket [OMISSIS] qui était chargé d'organiser ses congés, son temps et ses horaires de travail et de les communiquer à Microsoft Ibérica S.L. Cette personne de chez Leadmarket lui a également dispensé une formation.

La travailleuse est tombée enceinte en 2020. Au cours du septième mois de cette grossesse, Microsoft a informé Leadmarket que le contrat prendrait fin le 30 septembre 2020 et ne serait pas prolongé pour des raisons budgétaires. Le 22 septembre 2020, la travailleuse s'est retrouvée en situation d'incapacité temporaire et le 8 décembre 2020, sa fille est née, ce qui marque le début du congé de naissance et de soins à l'enfant, auquel se sont ajoutés par la suite le congé d'allaitement et la jouissance des congés annuels, le tout jusqu'au 29 mars 2021. Ce même jour *, date à laquelle elle devait reprendre le travail, elle a reçu un courrier du gérant de Leadmarket S.L. l'informant de la résiliation de son contrat de travail avec effet au 27 avril 2021, dans lequel il alléguait des causes objectives, citant précisément comme motif de résiliation une diminution de la demande due à l'« abandon » des projets qui étaient prévus, et indiquait que l'entreprise ne pouvait la placer dans aucun service.

La travailleuse demande dans son recours la constatation de la nullité de son licenciement (ou, à titre subsidiaire, son caractère abusif), et la condamnation solidaire de Leadmarket S.L. et Microsoft Ibérica S.L. aux conséquences qui en découlent. Elle réclame également une indemnité de 110 000 euros pour violation de ses droits fondamentaux (discrimination fondée sur le sexe) ainsi que le versement de salaires impayés pour un montant de 1 100 euros.

Dans son jugement du 30 novembre 2021, le Juzgado de lo Social n° 39 de Madrid (tribunal du travail n° 39 de Madrid, ci-après le « tribunal du travail ») considère que nous ne sommes pas en présence d'une mise à disposition de travailleurs dès lors que c'est Leadmarket qui a organisé le temps et les horaires de travail de la requérante, lui a versé son salaire, lui a dispensé une formation, a autorisé des congés, et a géré son congé de maternité. Il considère également que la raison pour laquelle Microsoft Ibérica a résilié le contrat avec Leadmarket était l'insuffisance du budget et non la grossesse et la maternité subséquente de la travailleuse. Pour ces motifs, il ne fait droit à aucun des griefs invoqués à l'encontre de Microsoft Ibérica S.L. concernant le licenciement et la violation des droits fondamentaux et rejette expressément la demande selon laquelle le salaire de la travailleuse aurait dû être celui qu'elle aurait perçu si elle avait été recrutée directement par Microsoft Ibérica S.L.

En ce qui concerne Leadmarket S.L., le tribunal du travail considère que les motifs de la résiliation objective expliqués dans la lettre de licenciement étaient « génériques, vagues et insuffisants ». Il en conclut que le licenciement est illégal et doit être déclaré nul, comme le prévoit la loi espagnole, dès lors qu'il a eu lieu au cours de la période qui suit le congé de naissance pour s'occuper de l'enfant. Ayant constaté que la cause réelle de la résiliation du contrat est étrangère à une discrimination fondée sur la maternité, le tribunal du travail rejette la demande d'indemnisation. Enfin, il condamne Leadmarket S.L. à verser à la travailleuse les

* Ndt : l'original mentionne par erreur une autre date, le 29 avril 2021.

salaires qui n'ont pas été payés à la part proportionnelle du dernier mois de travail et des congés dus et non pris.

M^{me} LM a interjeté appel du jugement du tribunal du travail en faisant valoir que la situation de la travailleuse chez Leadmarket S.L. constituait une mise à disposition de ses services professionnels au profit de Microsoft Ibérica S.L. et que, partant, cette entreprise doit être condamnée in solidum aux conséquences du licenciement, ce qui comprend la réintégration à son poste. Elle soutient également que son salaire doit être le même que celui qu'elle percevrait si elle avait été directement embauchée par Microsoft Ibérica S.L. Elle fait valoir, en outre, que l'application des dispositions légales concernant la nullité du licenciement dans le cas de travailleuses enceintes ou ayant retrouvé leur poste après un congé de maternité doit conduire à la reconnaissance d'une indemnisation pour violation des droits fondamentaux, à laquelle devraient être condamnées in solidum Microsoft Ibérica S.L. et Leadmarket S. L.

II. LE CADRE JURIDIQUE

A) RÉGLEMENTATION ESPAGNOLE

SUR LA NOTION DE MISE À DISPOSITION DE TRAVAILLEURS, D'ENTREPRISE DE TRAVAIL INTÉRIMAIRE ET D'ENTREPRISE UTILISATRICE

L'article 43, paragraphe 1, du Real Decreto Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (décret royal législatif n° 2/2015 portant adoption du texte consolidé de la loi relative au statut des travailleurs), du 23 octobre 2015 (BOE n° 255, du 24 octobre 2015) (ci-après la « loi sur le statut des travailleurs ») dispose : « [l]'embauche de travailleurs en vue de les mettre à disposition d'une autre entreprise de manière temporaire ne peut se faire que par des entreprises de travail intérimaire dûment autorisées selon les modalités prévues par la loi ».

L'article 43, paragraphe 2, de la loi sur le statut des travailleurs énonce qu'il y a mise à disposition de travailleurs, entre autres, lorsque l'objet des contrats de services entre les entreprises se limite à une simple mise à disposition des travailleurs de l'entreprise cédante auprès de l'entreprise utilisatrice.

L'article 1^{er} de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (loi 14/1994, du 1^{er} juin 1994, relative aux entreprises de travail intérimaire) dispose : « [e]st dénommée entreprise de travail intérimaire une entreprise dont l'activité consiste à mettre à la disposition d'une autre entreprise utilisatrice, de manière temporaire, des travailleurs qu'elle emploie » et « l'embauche de travailleurs en vue de les mettre à disposition d'une autre entreprise, de manière temporaire, ne peut se faire que par des entreprises de

travail intérimaire dûment autorisées, dans les conditions prévues par la présente loi.

L'article 2 de la loi 14/1994 énonce que « les personnes physiques ou morales qui ont l'intention d'exercer l'activité visée à l'article précédent doivent obtenir une autorisation administrative préalable ».

L'article 2, paragraphe 2, sous a), de la loi 14/1994 énonce que l'entreprise de travail intérimaire doit, aux fins d'obtenir l'autorisation, « disposer d'une structure organisationnelle lui permettant de satisfaire aux obligations qu'elle assume en tant qu'employeur ».

L'article 15 de la loi 14/1994 prévoit que, dans le cas des travailleurs mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice, « [l]es pouvoirs de direction et de contrôle de l'activité professionnelle sont exercés par celle-ci pendant la durée de la prestation de services relevant de sa compétence ».

L'article 12 de la loi 14/1994 énonce qu'« il incombe à l'entreprise de travail intérimaire de respecter les obligations salariales et de sécurité sociale à l'égard des travailleurs recrutés en vue d'être mis à la disposition de l'entreprise utilisatrice ». Il précise également que l'entreprise de travail intérimaire « doit s'assurer que le travailleur, préalablement à sa mise à disposition de l'entreprise utilisatrice, possède la formation théorique et pratique en matière de prévention des risques professionnels nécessaire pour le poste à exercer » et que, « [d]ans le cas contraire, elle doit dispenser cette formation au travailleur, par ses propres moyens ou des moyens concertés, et pendant la durée nécessaire ».

L'article 28 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (loi 31/1995, du 8 novembre 1995, relative à la prévention des risques professionnels) (BOE n° 269, du 10 novembre 1995, p. 32590) prévoit que « l'entreprise de travail intérimaire est responsable de l'exécution des obligations en matière de formation et de surveillance de la santé ».

Par conséquent, conformément à la législation espagnole :

- a) La mise à disposition de travailleurs est un acte juridique qui n'est généralement considéré comme légal que lorsqu'il est effectué par une entreprise de travail intérimaire ;
- b) Les entreprises de travail intérimaire apparaissent identifiées comme telles dès lors qu'elles doivent disposer d'une autorisation administrative préalable pour exercer leur activité ;
- c) Le contrat de mise à disposition de travailleurs se caractérise par le fait que l'entreprise de travail intérimaire embauche le travailleur, verse son salaire et l'inscrit à la sécurité sociale, mais que le travailleur est placé sous la direction et le contrôle de l'entreprise utilisatrice ;

- d) L'entreprise de travail intérimaire assume également la formation du travailleur en matière de prévention des risques professionnels ainsi que la surveillance de la santé des travailleurs, mais cela ne cesse pas pour autant d'être une mise à disposition ;
- e) L'entreprise de travail intérimaire n'est donc pas une entreprise fictive ou inexistante, mais doit disposer d'une structure organisationnelle lui permettant de remplir ses obligations.

L'existence d'une mise à disposition de travailleurs qui n'est pas effectuée par une entreprise de travail intérimaire dûment autorisée implique, outre d'éventuelles sanctions administratives, voire pénales :

- a) que les deux entreprises, cédante et utilisatrice, sont solidairement responsables de leurs obligations à l'égard des travailleurs et de la sécurité sociale (article 43, paragraphe 3, de la loi sur le statut des travailleurs).
- b) que le travailleur mis à disposition est considéré comme un travailleur à durée indéterminée et peut choisir de continuer à travailler pour l'entreprise cédante ou bien d'être considéré comme un travailleur de l'entreprise utilisatrice, dans laquelle ses droits et obligations sont ceux d'un travailleur occupant un poste identique ou équivalent, l'ancienneté étant toutefois calculée à compter du début de la mise à disposition illégale (article 43, paragraphe 4, de la loi sur le statut des travailleurs).

SUR LE TRAVAIL À DISTANCE ET EN RÉGIME DE TÉLÉTRAVAIL

Le travail à distance était régi au moment des faits de l'espèce par l'article 13 de la loi sur le statut des travailleurs, et est défini comme « le travail dans lequel l'activité professionnelle est exercée de manière prépondérante au domicile du travailleur ou en un lieu librement choisi par celui-ci, comme alternative à l'exercice en présentiel dans l'établissement de l'entreprise ».

Cette réglementation a ensuite été remplacée par le Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (décret-loi royal 28/2020, du 22 septembre 2020, sur le travail à distance), qui a ensuite été remplacé par la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (loi 10/2021, du 9 juillet 2021, sur le travail à distance), qui est celle actuellement en vigueur. Bien qu'il s'agisse de règles postérieures aux faits, il est utile de noter que l'article 11 de ces deux normes énonce que « les personnes travaillant à distance ont droit à la mise à disposition et au bon entretien par l'entreprise de l'ensemble des moyens, équipements et outils nécessaires à l'exercice de l'activité ». L'article 12 interdit ensuite que le télétravail implique la prise en charge par le travailleur des dépenses relatives aux équipements, outils et moyens liés à l'exercice de son activité professionnelle. La mise à disposition de moyens techniques nécessaires pour le travail à distance doit donc être effectuée par celui qui est considéré comme l'employeur.

SUR LA QUALIFICATION DU LICENCIEMENT COMME NUL EN CAS DE PERCEPTION DE LA PRESTATION DE NAISSANCE ET DE SOINS À L'ENFANT

Les articles 53 et 55 de la loi sur le statut des travailleurs prévoient que le licenciement (objectif ou disciplinaire) doit être réputé nul, notamment, dans le cas des travailleuses enceintes à partir de la date du début de la grossesse ainsi que dans le cas des travailleuses qui ont repris le travail à la fin de la période de suspension du contrat due à la naissance de l'enfant et au congé pris pour s'occuper de celui-ci, à condition qu'il ne se soit pas écoulé plus de douze mois depuis la date de l'accouchement. Toutefois, la nullité du licenciement ne doit pas être prononcée si le licenciement est considéré comme étant fondé au motif que les conditions selon lesquelles il est légalement justifié sont réunies, de sorte que « le bien-fondé du licenciement est déclaré reposer sur des motifs non liés à la grossesse ou à l'exercice du droit aux congés et à la mise en disponibilité ci-dessus mentionnés ». [OMISSIS] [référence à une autre disposition nationale qui va dans le même sens].

Le Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle, Espagne) a jugé que la nullité du licenciement prévue par ces dispositions est une garantie objective, établie par le législateur pour la protection des droits fondamentaux, qui doit intervenir même lorsque l'entreprise n'avait pas connaissance, au moment du licenciement, que la travailleuse était enceinte, sans qu'il puisse être exigé de cette dernière qu'elle établisse que l'entreprise avait connaissance de sa situation [arrêts du Tribunal Constitucional (Cour constitutionnelle) 92/2008 et 124/2009]. [OMISSIS] [répétition de ce qui vient d'être exposé]. Il ajoute également que « la réglementation de la nullité du licenciement des travailleuses enceintes constitue une institution juridique directement liée au droit à la non-discrimination fondée sur le sexe consacré à l'article 14 de la Constitution ».

D'autre part, le licenciement doit également être déclaré nul s'il est considéré comme ayant pour motif l'une des causes de discrimination interdites par la Constitution ou par la loi, ou s'il a été effectué en violation des droits fondamentaux et des libertés publiques du travailleur. Pour apprécier si le motif du licenciement est la discrimination ou la violation de droits fondamentaux, l'article 181, paragraphe 2, de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social (loi 36/2011, du 10 octobre 2011, régissant la juridiction sociale) (BOE n° 245, du 11 octobre 2011, p. 106584) prévoit que, en présence d'indices d'une violation du droit fondamental ou de la liberté publique, il appartient à l'entreprise défenderesse de fournir une justification objective et raisonnable, suffisamment étayée, des mesures adoptées et de leur proportionnalité.

La qualification du licenciement comme nul entraîne la condamnation de l'entreprise « à réintégrer immédiatement le travailleur et à lui verser les salaires non perçus » (articles 55, paragraphe 6, de la loi sur le statut des travailleurs et 113 de la loi régissant la juridiction sociale), sans que l'employeur puisse opter

pour une indemnisation du travailleur ou de la travailleuse en lieu et place de sa réintégration à son poste.

B) DROIT DE L'UNION

La directive 2008/104 indique à l'article 1^{er}, paragraphe 1, qu'elle « s'applique aux travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire et qui sont mis à la disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire sous leur contrôle et leur direction ».

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2008/104 énonce : « [a]ux fins de la présente directive, on entend par :

- a) “travailleur” : toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi ;
- b) “entreprise de travail intérimaire” : toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats de travail ou noue des relations de travail avec des travailleurs intérimaires en vue de les mettre à la disposition d'entreprises utilisatrices pour y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction desdites entreprises ;
- c) “travailleur intérimaire” : un travailleur ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire dans le but d'être mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction de ladite entreprise ;
- d) “entreprise utilisatrice” : toute personne physique ou morale pour laquelle et sous le contrôle et la direction de laquelle un travailleur intérimaire travaille de manière temporaire ;
- e) “mission” : la période pendant laquelle le travailleur intérimaire est mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction de ladite entreprise ;
- f) “conditions essentielles de travail et d'emploi” : les conditions de travail et d'emploi établies par la législation, la réglementation, les dispositions administratives, les conventions collectives et/ou toute autre disposition générale et contraignante, en vigueur dans l'entreprise utilisatrice, relatives :
 - i) à la durée du travail, aux heures supplémentaires, aux temps de pause, aux périodes de repos, au travail de nuit, aux congés, aux jours fériés ;
 - ii) à la rémunération. »

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2008/104 prévoit que « [p]endant la durée de leur mission auprès d'une entreprise utilisatrice, les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires sont au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise

pour y occuper le même poste. » Il ajoute ensuite : « [a]ux fins de l'application du premier alinéa, les règles en vigueur dans l'entreprise utilisatrice concernant : a) la protection des femmes enceintes et des mères en période d'allaitement et la protection des enfants et des jeunes ; ainsi que b) l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et toute action visant à combattre les discriminations fondées sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ; doivent être respectées, telles qu'elles sont établies par la législation, la réglementation, les dispositions administratives, les conventions collectives ou toute autre disposition de portée générale ».

L'article 10 de la directive 92/85 dispose :

« Interdiction de licenciement. En vue de garantir aux travailleuses, au sens de l'article 2, l'exercice des droits de protection de leur sécurité et de leur santé reconnus dans le présent article, il est prévu que :

1) les États membres prennent les mesures nécessaires pour interdire le licenciement des travailleuses, au sens de l'article 2, pendant la période allant du début de leur grossesse jusqu'au terme du congé de maternité visé à l'article 8 paragraphe 1, sauf dans les cas d'exception non liés à leur état, admis par les législations et/ou pratiques nationales et, le cas échéant, pour autant que l'autorité compétente ait donné son accord ;

2) lorsqu'une travailleuse, au sens de l'article 2, est licenciée pendant la période visée au point 1, l'employeur doit donner des motifs justifiés de licenciement par écrit ;

3) les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleuses, au sens de l'article 2, contre les conséquences d'un licenciement qui serait illégal en vertu du point 1. »

L'article 2 de la directive 92/85 est libellé comme suit :

« Définitions. Aux fins de la présente directive, on entend par :

a) "travailleuse enceinte": toute travailleuse enceinte qui informe l'employeur de son état, conformément aux législations et/ou pratiques nationales ;

b) "travailleuse accouchée": toute travailleuse accouchée au sens des législations et/ou pratiques nationales, qui informe l'employeur de son état, conformément à ces législations et/ou pratiques ;

c) "travailleuse allaitante" : toute travailleuse allaitante au sens des législations et/ou pratiques nationales, qui informe l'employeur de son état, conformément à ces législations et/ou pratiques ».

L'article 2 de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de

l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO 2006, L 204, p. 23), dispose : « [a]ux fins de la présente directive, la discrimination inclut c) tout traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85/CEE ».

L'article 14, paragraphe 1, de la directive 2006/54 précitée, qui interdit la discrimination entre hommes et femmes, dispose : « [t]oute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne [...] les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement [...] »

L'article 15 de la directive 2006/54 est libellé comme suit :

« Retour de congé de maternité. Une femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence ».

Il convient d'interpréter ces dispositions dans le contexte suivant :

- a) L'article 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») qui interdit toute discrimination fondée notamment sur le sexe.
- b) L'article 23 de la Charte, qui régit l'égalité entre hommes et femmes de la manière suivante : « [l]égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté ».
- c) L'article 30 de la Charte, qui régit la protection en cas de licenciement injustifié comme suit : « [t]out travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ».

III. PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION ET D'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION QUI SE POSENT POUR STATUER SUR LE PRÉSENT RECOURS EN APPEL ET JUSTIFIENT LES QUESTIONS POSÉES.

- 1 Le premier problème qui se pose dans la présente affaire est de savoir si la directive 2008/104 est applicable à celle-ci.

En droit espagnol, seule est considérée comme entreprise de travail intérimaire l'entreprise qui a pour activité essentielle la mise à disposition de travailleurs et

qui, à cette fin, obtient une autorisation administrative spécifique lui permettant d'opérer en tant qu'entreprise de travail intérimaire. Dans le cas où toute autre entreprise ne disposant pas de cette autorisation procède, de manière habituelle ou occasionnelle, à des mises à disposition de travailleurs, elle n'est pas considérée comme une entreprise de travail intérimaire. Il s'agit au contraire d'une activité interdite, dont découlent le droit pour le travailleur de choisir d'être intégré en tant que travailleur à durée indéterminée dans l'entreprise utilisatrice ou cédante, la responsabilité solidaire des deux entreprises concernant les obligations de l'employeur découlant du droit du travail et de la sécurité sociale ainsi que diverses sanctions.

Toutefois, la directive 2008/104 définit comme entreprise de travail intérimaire : toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats de travail ou noue des relations de travail avec des travailleurs intérimaires en vue de les mettre à la disposition d'entreprises utilisatrices pour y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction desdites entreprises. Il apparaît donc qu'il suffit qu'une entreprise mette un travailleur à la disposition d'une autre entreprise, même de manière occasionnelle, pour qu'elle soit considérée, au sens de la directive 2008/104, comme une entreprise de travail intérimaire, et qu'il n'est pas nécessaire, comme l'exige le droit espagnol, qu'il s'agisse d'une entreprise dont l'activité principale est la mise à disposition de travailleurs et qu'elle dispose d'une autorisation administrative à cet effet.

Il convient donc de déterminer, d'abord, si la directive 2008/104 s'applique à une entreprise qui met un travailleur à la disposition d'une autre entreprise, même si elle le fait sans être reconnue en droit interne comme une entreprise de travail intérimaire par la voie d'une autorisation administrative. Telles sont les premières questions qui se posent.

- 2 Si la directive 2008/104 est applicable, bien que nous ne soyons pas en présence d'une entreprise formellement déclarée comme entreprise de travail intérimaire en droit interne, l'étape suivante consiste à déterminer si, en l'espèce, il s'agit d'une mise à disposition de la travailleuse requérante par Leadmarket S. L. auprès de Microsoft Ibérica S.L. de sorte qu'il convient de considérer la travailleuse comme une travailleuse intérimaire au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2008/104, l'entreprise Leadmarket S.L. comme une entreprise de travail intérimaire au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de cette directive et l'entreprise Microsoft Ibérica comme une entreprise utilisatrice au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous d), de ladite directive.

Le problème est de savoir si l'on est en présence d'une mise à disposition de la travailleuse.

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2008/104 définit les notions d'« entreprise de travail intérimaire », de « travailleur intérimaire », d'« entreprise utilisatrice » et de « mission » en se fondant sur le fait que le travailleur embauché

par l'entreprise de travail intérimaire fournit ses services « sous le contrôle et la direction » de l'entreprise utilisatrice.

Il ressort des faits de la présente affaire que la chambre de céans doit trancher, que la travailleuse fournissait des services depuis son propre domicile, sous le régime du télétravail, en disposant d'un ordinateur fourni à cet effet par Microsoft Ibérica, même si, au début, elle utilisait un autre ordinateur dont la propriété n'est pas indiquée. Elle se rendait une fois par semaine au siège de Microsoft Ibérica S.L. et disposait à cette fin d'une carte d'accès. Ses fonctions consistaient à fournir une assistance à distance aux clients de certains produits Microsoft et, pour toutes les questions relatives à ce service, elle contactait régulièrement les responsables d'un département de Microsoft Ibérica. Toutefois, elle informait tous les mois le responsable de Leadmarket S.L., l'entreprise qui l'avait recrutée, lequel était chargé de lui accorder ses congés et de déterminer ses horaires de travail.

Dès lors, mis à part ces derniers éléments, il est clair que le contrôle et la direction de l'activité de la travailleuse appartenait à Microsoft Ibérica, S.L., puisque celle-ci exerçait ses fonctions pour Microsoft et contactait fréquemment les responsables d'un département de cette entreprise pour les questions relatives au service, le tout en utilisant l'ordinateur que lui avait fourni cette entreprise et en fournissant une assistance aux clients de cette dernière. Dans ces conditions, la question qui se pose est celle de savoir si l'entreprise Leadmarket S.L. conservait le contrôle et la direction de l'activité professionnelle, de sorte qu'il ne s'agirait pas d'une mise à disposition de la travailleuse du fait que le gérant de cette entreprise recevait un rapport mensuel d'activité et approuvait les congés et les horaires de la travailleuse.

Il s'agit de la question suivante qu'il convient de poser à la Cour, dès lors que, dans le cas où la réponse serait affirmative et que la directive 2008/104 serait applicable au cas d'espèce, il apparaît clairement que la rémunération versée par l'entreprise utilisatrice elle-même (Microsoft Ibérica S.L.) relèverait des « conditions essentielles de travail et d'emploi » et qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2008/104, il conviendrait de faire droit à la demande de la travailleuse selon laquelle son salaire doit être au moins celui qui lui serait applicable si elle était recrutée directement par Microsoft Ibérica S.L. pour y occuper le même poste. En tout état de cause, pour des raisons logiques, nous intégrerons également aux questions que nous posons à la Cour celle relative au salaire applicable.

- 3 Le problème suivant qui se pose en l'espèce est celui de la réintégration de la travailleuse, dès lors que la nullité de son licenciement a été constatée par le tribunal du travail, et que cette constatation ouvre droit pour la travailleuse à retrouver l'emploi qu'elle occupait avant son licenciement. La relation contractuelle entre Leadmarket S.L. et Microsoft Ibérica S.L. avait pris fin lorsque la travailleuse a voulu retrouver son emploi et a été licenciée par Leadmarket S.L., de sorte qu'elle ne pourrait retrouver son poste et ses fonctions antérieures à la maternité que si cette réintégration se faisait au sein de Microsoft Ibérica S.L.

[OMISSIS] [répétition de l'article 15 de la directive 2006/54, cité sous le titre relatif au droit de l'Union]

[OMISSIS] [Répétition du cinquième alinéa sous le titre « LES FAITS DU LITIGE AU PRINCIPAL »] [OMISSIS] [L]a réintégration au même poste n'est possible que si elle se fait au sein de Microsoft Ibérica S.L. et Leadmarket S.L. ne dispose d'aucun poste à offrir comme alternative. De fait, Leadmarket S.L. est défaillante dans la procédure et ne comparait pas, ayant vraisemblablement disparu, de sorte qu'il ne saurait être considéré qu'il existe un poste équivalent au sein des effectifs de cette entreprise.

Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que si l'on est en présence d'une mise à disposition régie par la directive 2008/104, l'article 5, paragraphe 1, de cette directive inclut parmi les conditions essentielles de travail et d'emploi dont l'application doit être garantie aux travailleurs mis à disposition, les règles en vigueur dans l'entreprise utilisatrice concernant la protection des femmes enceintes et des mères en période d'allaitement, ainsi que l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et toute action visant à combattre les discriminations fondées sur le sexe, « telles qu'elles sont établies par la législation, la réglementation, les dispositions administratives, les conventions collectives ou toute autre disposition de portée générale ». La loi en vigueur en Espagne prévoit, tant pour l'entreprise utilisatrice que pour l'entreprise cédante, l'obligation de réintégrer, avec versement des salaires non perçus, les travailleuses qui ont été licenciées après avoir retrouvé leur poste à la fin des périodes de suspension du contrat pour cause de naissance, d'adoption, de garde à des fins d'adoption ou d'accueil, visées à l'article 45, paragraphe 1, sous d), [de la loi sur le statut des travailleurs], pour autant qu'il ne se soit pas écoulé plus de douze mois à compter de la date de la naissance, de l'adoption, de la garde à des fins d'adoption ou de l'accueil. Cette règle est prévue par la législation espagnole [articles 53, paragraphe 4, sous c), et 55, paragraphe 5, sous c), de la loi sur le statut des travailleurs] pour toute hypothèse de licenciement objectif ou disciplinaire à moins que le licenciement ne soit déclaré fondé. Dès lors, si la travailleuse mise à la disposition de Microsoft Ibérica S.L. avait été directement recrutée par cette entreprise et avait été licenciée par cette dernière après avoir retrouvé son poste à la suite de la suspension du contrat du fait de la naissance de l'enfant et du congé pris pour s'occuper de ce dernier, si ce licenciement n'était pas justifié et fondé, il serait déclaré nul et Microsoft Ibérica S.L. serait tenue de réintégrer la travailleuse à son poste, de lui verser les salaires non perçus à compter de la date du licenciement jusqu'à celle de la réintégration. La question qui se pose est celle de savoir si, du fait qu'elle n'a pas été recrutée directement par Microsoft Ibérica S.L. mais par Leadmarket S.L., le droit qui lui appartient de retrouver son emploi chez Microsoft disparaît, Leadmarket S.L. étant l'unique responsable de sa réintégration ou si, au contraire, l'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2008/104 implique que l'obligation de réintégration et l'application des conséquences de la nullité du licenciement soient exigibles également à l'égard de l'entreprise utilisatrice, Microsoft Ibérica S.L.

IV. QUESTIONS POSÉES À LA COUR

Eu égard à tout ce qui précède, la juridiction de céans considère qu'il y a lieu de saisir la Cour des questions préjudicielles suivantes :

- A) La directive 2008/104 s'applique-t-elle à une entreprise qui met une travailleuse à la disposition d'une autre entreprise même si la première entreprise n'est pas reconnue par la législation interne comme une entreprise de travail intérimaire dès lors qu'elle ne dispose pas d'une autorisation administrative en tant que telle ?
- B) Dans le cas où la directive 2008/104 serait applicable à des entreprises qui mettent à disposition des travailleurs sans être reconnues en droit interne comme des entreprises de travail intérimaire, dans une situation telle que celle décrite précédemment, convient-il de considérer la travailleuse comme travailleuse intérimaire au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous c), de la directive 2008/104, l'entreprise Leadmarket S.L. comme une entreprise de travail intérimaire au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous b), de cette directive et l'entreprise Microsoft Ibérica comme une entreprise utilisatrice au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous d), de ladite directive ? Concrètement, peut-on considérer que l'entreprise Leadmarket S.L. conservait la direction et le contrôle de l'activité professionnelle (en excluant ainsi l'existence d'une mise à disposition de la travailleuse), du fait que le gérant de cette dernière recevait de la travailleuse un rapport mensuel d'activité et approuvait en outre les congés et horaires de la travailleuse, même si la prestation quotidienne des services de la travailleuse consistait à fournir une assistance aux clients de Microsoft, à résoudre des incidents en contactant régulièrement les responsables de Microsoft, tout en travaillant à domicile avec un ordinateur mis à sa disposition par Microsoft et en se rendant une fois par semaine dans l'établissement de Microsoft ?
- C) Au cas où la directive 2008/104 serait applicable et où nous serions en présence d'une mise à disposition de la travailleuse, en raison de l'application de l'article 5, paragraphe 1, de cette directive, le salaire de la travailleuse doit-il être au moins le même que celui qui lui serait applicable si elle avait été recrutée directement par Microsoft Ibérica S.L. ?
- D) Le droit pour une travailleuse de retrouver son emploi ou un emploi équivalent au terme d'un congé de maternité est-il applicable dans les circonstances de l'espèce, conformément à l'article 15 de la directive 2006/54 ? En dépit de l'extinction du contrat entre Microsoft Ibérica S. L. et Leadmarket S. L., dès lors qu'il n'existe aucun emploi équivalent chez Leadmarket S. L., la réintégration doit-elle avoir lieu au sein de Microsoft Ibérica S.L. ?
- E) Au cas où la directive 2008/104 serait applicable du fait que nous serions en présence d'une mise à disposition, en raison de l'application de l'article 5,

paragraphe 1, de cette directive, les dispositions législatives espagnoles prévoyant la nullité du licenciement dans le cas des travailleuses enceintes et allaitantes doivent-elles conduire à déclarer l'entreprise de travail intérimaire et l'entreprise utilisatrice solidairement responsables des conséquences de la nullité du licenciement prévues par la loi, à savoir : la réintégration de la travailleuse dans son emploi, le paiement des salaires non perçus à compter de son licenciement jusqu'à sa réintégration ainsi que l'obligation de verser les indemnités appropriées résultant de l'illégalité du licenciement ?

[OMISSIS] [Formules procédurales finales]

[OMISSIS] [Alinéa relatif à la protection des données]

DOCUMENT DE TRAVAIL