

Sag C-441/23

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

12. juli 2023

Forelæggende ret:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanien)

Afgørelse af:

7. juni 2023

Appellant:

LM

Indstævnte:

Omnitel Comunicaciones, S.L.

Microsoft Ibérica, S.R.L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S.L.

Dalarjo, S.L.

Hovedsagens genstand

Vikararbejde – kontrakt om udførelse af tjenester – sontring – gravid arbejdstager – afskedigelse – ugyldig afskedigelse – konsekvenser af, at afskedigelsen er ugyldig

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

Anmodning om fortolkning ved præjudiciel afgørelse – artikel 267 TEUF – direktiv 2008/104/EF – spørgsmålet, om direktivet finder anvendelse – begreberne »vikaransat«, »vikarbureau« og »brugervirksomhed« – løn – direktiv 2006/54/EF

– barselsorlov – tilbagevenden – afskedigelse – konsekvens af, at afskedigelsen er ugyldig

Præjudicielle spørgsmål

A) Finder direktiv 2008/104/EF anvendelse på en virksomhed, der udsender en arbejdstager til en anden virksomhed, selv om førstnævnte virksomhed i henhold til national ret ikke anerkendes som et vikarbureau, eftersom den ikke råder over en administrativ tilladelse til dette formål?

B) Såfremt direktiv 2008/104/EF finder anvendelse på virksomheder, der udsender arbejdstagere uden at være anerkendt som vikarbureauer i henhold til national ret, skal arbejdstageren i en situation som den ovennævnte da anses for en vikaransat som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2008/104/EF, virksomheden Leadmarket S.L. for et vikarbureau som omhandlet i samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra b), og virksomheden Microsoft Ibérica for en brugervirksomhed som omhandlet i samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra d), og kan det konkret fastslås, at virksomheden Leadmarket S.L. fortsat førte tilsyn med arbejdet og leddede det (hvorved det kan udelukkes, at der er tale om en udsendelse af arbejdstageren), idet direktøren for denne virksomhed modtog en månedlig aktivitetsrapport fra arbejdstageren og desuden underskrev arbejdstagerens orlovs-, ferie- og timesedler, selv om arbejdstagerens daglige arbejde bestod i at betjene Microsofts kunder, idet arbejdstageren udførte opgaver med hyppig kontakt til ansvarlige medarbejdere i Microsoft, arbejdede hjemmefra fra en computer, som Microsoft havde stillet til rådighed for arbejdstageren, og ugentligt mødte op på Microsofts arbejdssted?

C) Såfremt direktiv 2008/104/EF finder anvendelse, og der er tale om en udsendelse af arbejdstageren, skal arbejdstagerens løn som følge af anvendelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104/EF da mindst være den løn, der ville være gældende, hvis den pågældende havde været ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L.?

D) Finder arbejdstagerens ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde efter udløbet af barselsorloven i henhold til artikel 15 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv anvendelse under de i hovedsagen omhandlede omstændigheder? Selv om aftalen mellem Microsoft Ibérica S.L. og Leadmarket S.L. var ophørt, og der ikke fandtes et tilsvarende arbejde i Leadmarket S.L., skal tilbagevenden da finde sted hos Microsoft Ibérica S.L.?

E) Såfremt direktiv 2008/104/EF finder anvendelse, idet der er tale om en udsendelse, skal de spanske bestemmelser, hvorefter en afskedigelse er ugyldig i tilfælde af arbejdstagere som er gravide, eller som ammer, som følge af anvendelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104/EF da medføre, at det fastslås,

at vikarbureauet og brugervirksomheden hæfter solidarisk for de lovbestemte konsekvenser af den ugyldige afskedigelse, nærmere bestemt: – arbejdstagerens genindsættelse i stillingen, betaling af skyldig løn fra afskedigelsen og frem til genindsættelsen samt forpligtelsen til at betale den erstatning, der følger af den ulovlige afskedigelse?

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde (herefter »direktiv 2008/104«): artikel 1, stk. 1, artikel 3, stk. 1, litra a), b), c), d), e) og f), artikel 5, stk. 1.

Rådets direktiv 92/85/EØF af 19. oktober 1992 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af sikkerheden og sundheden under arbejdet for arbejdstagere som er gravide, som lige har født, eller som ammer (tiende særdirektiv i henhold til artikel 16, stk. 1, i direktiv 89/391/EØF) (herefter »direktiv 92/85«): artikel 2 og 10.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/54/EF af 5. juli 2006 om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med beskæftigelse og erhverv (herefter »direktiv 2006/54«): artikel 2, stk. 2, artikel 14, stk. 1, og artikel 15.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder: artikel 21, 23 og 30.

Anførte nationale forskrifter

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 (kongeligt lovdekret nr. 2/2015 af 23.10.2015 om omarbejdning af lov om arbejdstageres rettigheder): artikel 13 og artikel 43, stk. 1, 2, 3 og 4, artikel 43, stk. 1, litra d), samt artikel 53 og 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (lov nr. 14/1994 af 1.6.1994, der regulerer vikararbejde): artikel 1, artikel 2, artikel 2, stk. 2, litra a), samt artikel 12 og 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (lov nr. 31/1995 af 8.11.1995 om forebyggelse af farer på arbejdspladsen): artikel 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (kongeligt lovdekret nr. 28/2020 af 22.9.2020 om fjernarbejde), erstattet af Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (lov nr. 20/2021 af 9.7.2021 om fjernarbejde): artikel 11 og 12.

Det nedenstående følger af spansk ret:

- a) Vikaransættelse eller udsendelse af arbejdstagere er en retshandel, der generelt kun er lovlig, når den foretages af et vikarbureau.
- b) Vikarbureauer er karakteriseret derved, at de skal have en forudgående administrativ tilladelse til at udøve deres virksomhed.
- c) En aftale om vikaransættelse eller udsendelse af arbejdstagere er kendetegnet ved, at vikarbureauet ansætter arbejdstageren, betaler den pågældendes løn og registrerer vedkommende i den sociale sikringsordning, men arbejdstageren er under brugervirksomhedens tilsyn og ledelse.
- d) Vikarbureauet forestår desuden arbejdstagerens uddannelse med hensyn til forebyggelse af farer på arbejdspladsen og tilsyn med arbejdstagernes sundhed, hvilket ikke betyder, at der ikke er tale om en vikaransættelse eller en udsendelse.
- e) Af disse grunde er vikarbureauet ikke en fiktiv eller ikke-eksisterende virksomhed, men skal derimod have en organisationsstruktur, der gør det muligt for den at opfylde sine forpligtelser.

En udsendelse af arbejdstagere, der forestås af et vikarbureau, som ikke har den fornødne tilladelse, medfører ud over eventuelle administrative eller endda strafferetlige sanktioner følgende:

- a) Begge virksomheder, den overdragende virksomhed og den modtagende virksomhed, hæfter solidarisk for de forpligtelser, som de har indgået med arbejdstagerne og med den sociale sikringsordning (artikel 43, stk. 3, i lov om arbejdstageres rettigheder).
- b) Den vikaransatte arbejdstager anses som fastansat og kan vælge mellem at fortsætte som arbejdstager hos den overdragende virksomhed eller at blive anset som arbejdstager hos den modtagende virksomhed, hvorved den pågældendes rettigheder og forpligtelser vil være de samme som for en arbejdstager, der er beskæftiget i den samme eller en tilsvarende stilling, selv om ancienniteten beregnes fra påbegyndelsen af den ulovlige vikaransættelse (artikel 43, stk. 4, i lov om arbejdstageres rettigheder).

Med hensyn til kvalificeringen af en afskedigelse som ugyldig i forbindelse med afholdelse af barselsorlov bestemmer lov om arbejdstageres rettigheder (artikel 53 og 55), at en afskedigelse (af objektive eller disciplinære grunde) skal kvalificeres som ugyldig, bl.a. når der er tale om gravide arbejdstagere, fra datoen for graviditetens indtræden, og om afskedigelse af arbejdstagere, efter de er vendt tilbage til arbejdet efter udløbet af en suspension af ansættelsesforholdet som følge af barselsorlov, såfremt der ikke er gået mere end 12 måneder fra fødselsdatoen. Afskedigelsen skal imidlertid ikke erklæres ugyldig, hvis den anses for at være berettiget, eftersom de grunde, der i henhold til loven kan begrunde den, foreligger, således at »det fastslås, at afskedigelsen er begrundet ud fra

hensyn, der ikke har forbindelse med graviditeten eller udøvelsen af retten til ferie og fritagelse fra stillingen som nævnt ovenfor«.

Ifølge den spanske forfatningsdomstol er en afskedigelses ugyldige karakter i henhold til disse bestemmelser en objektiv garanti, der er indført med henblik på at beskytte de grundlæggende rettigheder, og som også skal finde anvendelse, selv når virksomheden, på tidspunktet for afskedigelsen, ikke vidste, at arbejdstageren var gravid.

I øvrigt skal afskedigelsen ligeledes erklæres ugyldig, hvis det fastslås, at den skyldes en af de former for forskelsbehandling, der i henhold til forfatningen eller ved lov er forbudt, eller at den er sket under tilsidesættelse af arbejdstagerens grundlæggende rettigheder og offentlige frihedsrettigheder.

Kvalificering af afskedigelsen som ugyldig medfører, at »arbejdstageren omgående skal genindsættes i sin stilling samtidig med, at ikke-betalt løn skal udbetales« (artikel 55, stk. 6, i lov om arbejdstageres rettigheder), og arbejdsgiveren kan ikke vælge at yde erstatning til arbejdstageren i stedet for at genindsætte vedkommende i stillingen.

Med hensyn til fjernarbejde og ordningen for telearbejde defineres dette som »arbejde, hvis udførelse hovedsageligt finder sted i arbejdstagerens hjem eller på et sted, som arbejdstageren frit vælger, som et alternativ til udførelse af arbejdet under fremmøde på virksomhedens arbejdssted« (artikel 13 i lov om arbejdstageres rettigheder). I henhold til spansk ret skal den part, der anses som arbejdsgiver, stille teknisk udstyr til rådighed til fjernarbejde.

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 LM (herefter »LM« eller »arbejdstageren«) var i et praktikophold hos Microsoft Ibérica fra september 2010 til juni 2011. Hun blev efterfølgende ansat af tre virksomheder: Omnitel Comunicaciones S.L. (fra den 24.8.2011 til den 24.1.2012 og fra den 21.7.2014 til den 23.12.2014), Indi Marketers S.L. (fra den 4.3.2015 til den 31.5.2017) og Leadmarket S.L. (fra den 1.8.2017, indtil hun blev afskediget i april 2021). Disse virksomheder havde indgået aftaler om udførelse af forskellige tjenester med Microsoft Ibérica S.L., og LM's arbejde var knyttet til udførelsen af den tjeneste, som var omfattet af aftalen mellem disse virksomheder og Microsoft Ibérica S.L.
- 2 LM indgik tre på hinanden følgende tidsbegrænsede arbejdskontrakter med Omnitel Comunicaciones S.L., i hvilken forbindelse hun arbejdede i Microsofts Customer Partner Experience.
- 3 Hos Indi Marketers S.L. arbejdede LM med marketing i forbindelse med kampagnerne »Datamining Breath Microsoft« og »Telemarketing Azure partner Microsoft«. I forbindelse med denne kontrakt udførte LM vedligeholdelse og

oprydning af databaser, i hvilken forbindelse hun udførte fjernarbejde i tidsrum efter eget valg og mødte op på Microsofts kontorer ugentligt.

- 4 I den periode, hvor hun var ansat af Leadmarket S.L., arbejdede LM som rådgiver/salgsagent på lederniveau i afdelingen Original Equipment Manufacturer (OEM) hos Microsoft, hvor hun udførte marketingopgaver med henblik på at yde bistand til Microsofts partnerkonti. Ingen af Microsofts ansatte udførte de samme opgaver, som udelukkende blev udført gennem eksterne kontrakter. Den aftalte udførelse af tjenester havde følgende kendetegn:
 - a) Arbejdstageren var ansat af Leadmarket S.L., som havde en kontrakt med Microsoft Ibérica S.L. med henblik på levering af kundeservice via fjernarbejde til OEM-kunder, hvilken tjeneste blev udført af arbejdstageren.
 - b) Arbejdstageren udførte fjernarbejde fra sit hjem og mødte op på Microsoft Ibérica S.L.'s kontorer ugentligt, i hvilken forbindelse hun havde et adgangskort til eksternt personale, som Microsoft Ibérica S.L. havde udstedt.
 - c) Med henblik på udførelsen af tjenester benyttede hun en computer, som Microsoft Ibérica S.L. havde stillet til rådighed af hensyn til it-sikkerheden, selv om hun i begyndelsen benyttede en anden computer, som ikke var fra Microsoft.
 - d) Tjenesten bestod i kundeservice via fjernarbejde til kunder, der havde købt Microsofts OEM-produkter. Arbejdstageren var i direkte kontakt med kunderne og havde en e-mailadresse på domænet microsoft.com, og ingen andre ansatte hos Microsoft Ibérica S.L. udførte den samme tjeneste.
 - e) Med hensyn til udførelsen af tjenesten var arbejdstageren ofte i kontakt med de ansvarlige i den pågældende afdeling hos Microsoft.
 - f) Desuden gav hun underretninger på månedlig basis til direktøren for Leadmarket, som tilrettelagde hendes ferier, orlov, arbejdsdag og arbejdstid og underrettede Microsoft Ibérica S.L. herom. Denne person hos Leadmarket stod også for hendes uddannelse.
- 5 Arbejdstageren blev gravid i 2020. Da hun var gravid i syvende måned, oplyste Microsoft Leadmarket om, at aftalen ville ophøre den 30. september 2020, og at den ikke ville blive forlænget af budgetmæssige årsager.
- 6 Den 22. september 2020 blev arbejdstageren midlertidigt uarbejdsdygtig og fødte sin datter den 8. december 2020, hvorefter hun påbegyndte sin barselsorlov, som blev efterfulgt af ammeorlov og afholdelse af årlig ferie, hvilket samlet set varede indtil den 29. marts 2021. Da hun skulle vende tilbage til sit arbejde, den 29. april 2021, modtog hun en skrivelse fra direktøren for Leadmarket S.L., hvori hun blev meddelt, at hendes ansættelsesforhold var ophørt med virkning fra den 27. april 2021 under henvisning til objektive grunde, navnlig en nedgang i efterspørgslen

som følge af, at virksomheden havde mistet planlagte projekter og ikke havde nogen opgave, som hun kunne udføre.

- 7 Arbejdstageren anlagde den 14. juni 2021 sag mod Microsoft Ibérica S.L. og Leadmarket S.L. med påstand om, at det blev fastslået, at hendes afskedigelse var ugyldig, subsidiært uberettiget. Hun nedlagde påstand om, at Leadmarket S.L. og Microsoft Ibérica S.L. blev pålagt at hæfte solidarisk for konsekvenserne af denne erklæring. Hun nedlagde desuden påstand om erstatning på 110 000 EUR for tilsidesættelsen af hendes grundlæggende rettigheder (forskelsbehandling på grund af køn) og betaling af skyldig løn på i alt 1 100 EUR.
- 8 Ved dom af 30. november 2021 fastslog Juzgado de lo Social número 39 de Madrid (domstol nr. 39 i arbejds- og socialretlige sager i Madrid), at der ikke var tale om en udsendelse af arbejdstagere, eftersom det var Leadmarket, der tilrettelagde sagsøgerens arbejdsdag og arbejdstid, betalte hende løn, uddannede hende, gav tilladelse til orlov eller ferie og forvaltede hendes barselsorlov. Den nævnte domstol var ligeledes af den opfattelse, at grunden til, at Microsoft Ibérica bragte kontrakten med Leadmarket til ophør, var manglende budgetmidler og ikke arbejdstagerens graviditet og efterfølgende moderskab. Af disse grunde frifandt den nævnte domstol Microsoft Ibérica S.L. med hensyn til afskedigelsen og tilsidesættelsen af grundlæggende rettigheder og frifandt udtrykkeligt denne virksomhed for påstanden om, at arbejdstagerens løn skulle være den løn, der ville have været gældende, såfremt hun havde været ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L.
- 9 Med hensyn til Leadmarket S.L. blev det i den nævnte dom fastslået, at de objektive grunde til ansættelsens ophør, der fremgik af afskedigelsesbrevet, var »generiske, vage og utilstrækkelige«, og at afskedigelsen derfor var ulovlig og skulle erklæres ugyldig, eftersom dette følger af spansk ret, idet denne afskedigelse er sket i perioden efter fødsels- og barselsorloven.
- 10 Idet den pågældende domstol var af den opfattelse, at kontraktens ophør ikke udgjorde forskelsbehandling på grund af moderskab, frifandt den sagsøgte for erstatningspåstanden. Endelig dømte den Leadmarket S.L. til at betale arbejdstageren skyldig løn for den forholdsmæssige del af den sidste måneds arbejde og for optjent, men ikke afholdt, ferie.
- 11 LM har iværksat appel til prøvelse af dommen fra Juzgado de lo Social de Madrid (domstol i arbejds- og socialretlige sager i Madrid) ved Tribunal Superior de Justicia de Madrid (øverste regionale domstol i Madrid, herefter »den forelæggende ret«).

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 12 LM har anført, at hun var blevet udsendt af Leadmarket S.L. for at arbejde for Microsoft Ibérica S.L., og dermed bør denne virksomhed efter hendes opfattelse dømmes til at hæfte solidarisk for konsekvenserne af den afskedigelse, der er

erklæret ugyldig, herunder for genindsættelsen i hendes stilling. LM har også anført, at lønnen bør være den samme som den løn, der ville være gældende, såfremt hun havde været ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L.

- 13 LM har ligeledes anført, at anvendelsen af retsreglerne om ugyldige afskedigelser i tilfælde af gravide arbejdstagere eller arbejdstagere, der er vendt tilbage efter en barselsorlov, bør medføre, at hun tilkendes erstatning som følge af en tilsidesættelse af grundlæggende rettigheder, som Microsoft Ibérica S.L. og Leadmarket S.L. bør dømmes til at hæfte for solidarisk.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 14 I henhold til spansk ret anses kun virksomheder, hvis hovedaktivitet består i udsendelse af arbejdstagere, og som har en specifik administrativ tilladelse til at fungere som vikarbureau, som vikarbureauer. Hvis en virksomhed regelmæssigt eller lejlighedsvist udsender arbejdstagere uden at have en sådan tilladelse, anses den ikke for at være et vikarbureau. Virksomhed, der udøves på denne måde, er forbudt og giver anledning til, at arbejdstageren har ret til at vælge mellem at blive indsat som fastansat personale i brugervirksomheden eller i den overdragende virksomhed, samt at begge virksomheder hæfter solidarisk for arbejdsretlige forpligtelser, for forpligtelser under den sociale sikring og for forskellige sanktioner.
- 15 Direktiv 2008/104 definerer imidlertid et vikarbureau som enhver fysisk eller juridisk person, som i overensstemmelse med national lovgivning indgår en arbejdsaftale eller et ansættelsesforhold med vikaransatte med henblik på at udsende dem til brugervirksomheder for midlertidigt at udføre arbejdsopgaver under disses tilsyn og ledelse. Tilsyneladende er det således tilstrækkeligt, at en virksomhed udsender en arbejdstager til en anden virksomhed, selv om dette kun sker lejlighedsvist, for at førstnævnte i henhold til direktiv 2008/104 kan anses for et vikarbureau, uden at det, som i spansk ret, kræves, at der er tale om en virksomhed, hvis hovedaktivitet er at udsende arbejdstagere, og som har en administrativ tilladelse.
- 16 Den forelæggende ret ønsker med sit første præjudicielle spørgsmål oplyst, om direktiv 2008/104 finder anvendelse på en virksomhed, der udsender en arbejdstager til en anden virksomhed, selv om førstnævnte gør dette uden i henhold til national ret at være anerkendt som et vikarbureau i kraft af en administrativ tilladelse.
- 17 Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om der i hovedsagen er sket en udsendelse af den sagsøgende arbejdstager fra Leadmarket S.L. til Microsoft Ibérica S.L., således at arbejdstageren skal anses for en vikaransat som omhandlet i artikel 3, stk. 1, litra c), i direktiv 2008/104, virksomheden Leadmarket S.L. skal anses for et vikarbureau som omhandlet i samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra b), og virksomheden Microsoft Ibérica skal

anses for en brugervirksomhed som omhandlet i samme direktivs artikel 3, stk. 1, litra d).

- 18 Artikel 3, stk. 1, i direktiv 2008/104 definerer disse begreber på det grundlag, at den arbejdstager, der er ansat af vikarbureauet, udfører sine tjenester »under [brugervirksomhedens] tilsyn og ledelse«.
- 19 I betragtning af alle de forhold, der kendetegner det af arbejdstageren udførte arbejde, som fremgår af punkt 4 ovenfor, opstår der tvivl om, hvorvidt det kan fastslås, at virksomheden Leadmarket S.L. bevarede tilsynet med og ledelsen af arbejdet, og der dermed ikke er tale om en udsendelse af arbejdstageren, eftersom direktøren for den nævnte virksomhed modtog en månedlig aktivitetsrapport og endvidere underskrev arbejdstagerens orlovs-, ferie- og timesedler.
- 20 Hvis direktiv 2008/104 finder anvendelse på sagen, står det klart, at den løn, der er gældende i brugervirksomheden, udgør en del af de »væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår«, og at det følger af dette direktivs artikel 5, stk. 1, at arbejdstagerens påstand om, at hendes løn som minimum skal svare til den løn, der ville være gældende, hvis den pågældende havde været ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L. til at udføre det samme arbejde, bør tages til følge.
- 21 Det næste problem, der opstår, er problemet med hensyn til arbejdstagerens genindsættelse, efter hendes afskedigelse er blevet erklæret ugyldig af Juzgado de lo Social (domstol i arbejds- og socialretlige sager), og denne ugyldighedserklæring indebærer, at arbejdstageren har ret til at vende tilbage til den stilling, hun besad inden afskedigelsen. I henhold til artikel 15 i direktiv 2006/54 har en kvinde på barselsorlov efter udløbet af barselsorloven ret til at vende tilbage til det samme eller et tilsvarende arbejde med betingelser og vilkår, som ikke er mindre gunstige for hende, og til at nyde godt af enhver forbedring i arbejdsvilkårene, som hun ville have været berettiget til under sit fravær.
- 22 Kontraktforholdet mellem Leadmarket S.L. og Microsoft Ibérica S.L. var ophørt, da arbejdstageren blev genindsat i sin stilling og blev afskediget af Leadmarket S.L., således at den pågældende kun kunne blive genindsat i sin stilling og vende tilbage til sine opgaver fra før moderskabet, hvis denne genindsættelse fandt sted hos Microsoft Ibérica S.L., eftersom Leadmarket S.L. ikke har nogen stillinger, som hun kan blive tilbudt som et alternativ. Sidstnævnte er desuden udeblevet i sagen, giver ikke fremmøde og er formodentlig forsvundet, og dermed kan det ikke gøres gældende, at der findes en tilsvarende stilling blandt denne virksomheds personale.
- 23 Det bør endvidere tages i betragtning, at såfremt der er tale om en udsendelse, der er omfattet af direktiv 2008/104, nævner dette direktivs artikel 5, stk. 1, blandt de væsentlige arbejds- og ansættelsesvilkår, der skal overholdes med hensyn til udsendte ansatte, de regler, der gælder i brugervirksomheden, vedrørende beskyttelse af gravide og ammende kvinder og ligebehandling af mænd og kvinder og foranstaltninger til bekæmpelse af forskelsbehandling på grund af køn

»som fastsat ved lov, administrative bestemmelser, kollektive overenskomster og/eller andre generelle bestemmelser«. En retsregel, der er gældende i Spanien, såvel for brugervirksomheden som for den overdragende virksomhed, er forpligtelsen til med udbetaling af ikke-betalt løn at genindsætte arbejdstagere, der er blevet afskediget, efter de er vendt tilbage til arbejdet efter udløbet af en suspension af ansættelsesforholdet som følge af fødsel, adoption, forældremyndighed eller anbringelse af et barn under forudsætning af, at der ikke er gået mere end 12 måneder fra fødselsdatoen, adoptionen, forældremyndigheden eller anbringelsen af et barn. Denne bestemmelse er fastsat i den spanske lovgivning med henblik på alle tilfælde af afskedigelse af objektive eller disciplinære grunde, medmindre det fastslås, at afskedigelsen er berettiget.

- 24 Hvis den arbejdstager, der var udsendt til Microsoft Ibérica S.L., havde været ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L., og var blevet afskediget af denne virksomhed efter at være vendt tilbage efter en suspension af ansættelsesforholdet som følge af sin fødsels- og barselsorlov, og såfremt denne afskedigelse ikke var begrundet og berettiget, ville den være blevet erklæret ugyldig, og Microsoft Ibérica S.L. ville have været forpligtet til at genindsætte arbejdstageren i dennes stilling og udbetale ikke-betalt-løn fra afskedigelsen og frem til genindsættelsen. Eftersom arbejdstageren ikke var ansat direkte af Microsoft Ibérica S.L., men derimod af Leadmarket S.L., er spørgsmålet, om denne ret til at blive genindsat i stillingen hos Microsoft forsvinder, idet kun Leadmarket S.L. er ansvarlig for arbejdstagerens genindsættelse, eller om anvendelsen af artikel 5, stk. 1, i direktiv 2008/104 derimod medfører, at brugervirksomheden, Microsoft Ibérica S.L., ligeledes hæfter for forpligtelsen til genindsættelse og alle konsekvenser af den afskedigelse, der er erklæret ugyldig.