



Datum van inontvangstneming : 07/09/2023

Zaak C-441/23

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

12 juli 2023

Verwijzende rechter:

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 juni 2023

Appellante:

LM

Geappelleerden:

Omnitel Comunicaciones, S. L.

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Uitzendarbeid – Contract tot uitbesteding van diensten – Onderscheid – Zwangere werkneemster – Ontslag – Nietigheid van het ontslag – Gevolgen van de nietigheid van het ontslag

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Prejudiciële verwijzing met het oog op uitlegging – Artikel 267 VWEU – Richtlijn 2008/104/EG – Toepasselijkheid van de richtlijn – Begrippen

„uitzendkracht”, „uitzendbureau” en „inlenende onderneming” – Loon – Richtlijn 2006/54/EG – Zwangerschaps- en bevallingsverlof – Terugkeer – Ontslag – Gevolg van de nietigheid van het ontslag

Prejudiciële vragen

A) Is richtlijn 2008/104/EG van toepassing op een onderneming die een werknemster ter beschikking stelt van een andere onderneming, ook al is de eerstgenoemde onderneming naar nationaal recht niet erkend als uitzendbureau omdat zij niet over een administratieve vergunning daartoe beschikt?

B) Indien richtlijn 2008/104/EG van toepassing is op ondernemingen die werknemers ter beschikking stellen zonder dat zij naar nationaal recht als uitzendbureau zijn erkend, geldt dan in een situatie zoals hierboven beschreven, dat de werknemster moet worden beschouwd als uitzendkracht in de zin van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2008/104/EG, dat de onderneming Leadmarket S. L. moet worden beschouwd als uitzendbureau in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van deze richtlijn en dat de onderneming Microsoft Ibérica moet worden beschouwd als inlenende onderneming in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van deze richtlijn? Kan in het bijzonder worden aangenomen dat de onderneming Leadmarket S. L. de leiding over en het toezicht op de beroepsactiviteit behield (waardoor er geen sprake is van een terbeschikkingstelling van de werknemster), doordat de bestuurder van die onderneming een maandelijks activiteitenverslag van de werknemster ontving en ook haar verlof, vakantiedagen en werktijden goedkeurde, hoewel haar dagelijkse werkzaamheden erin bestonden de klanten van Microsoft te helpen, waarbij zij problemen oploste door vaak contact op te nemen met de verantwoordelijken bij Microsoft en van thuis uit werkte met behulp van een computer die Microsoft haar ter beschikking had gesteld en eenmaal per week naar de vestiging van Microsoft ging?

C) Indien richtlijn 2008/104/EG van toepassing is en er sprake is van een terbeschikkingstelling van de werknemster, heeft de toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG dan tot gevolg dat het salaris van de werknemster ten minste gelijk moet zijn aan het salaris dat zij zou hebben ontvangen indien zij rechtstreeks door Microsoft Ibérica S.L. in dienst was genomen?

D) Geldt in de omstandigheden van het onderhavige geval het recht van de werknemster om na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren overeenkomstig artikel 15 van richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep? En moet de terugkeer bij Microsoft Ibérica S. L. plaatsvinden, ook al is het contract tussen

Microsoft Ibérica S.L. en Leadmarket S.L. beëindigd en is er geen gelijkwaardige functie bij Leadmarket S.L.?

E) Indien richtlijn 2008/104/EG van toepassing is omdat er sprake is van een terbeschikkingstelling, heeft de toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104/EG dan tot gevolg dat de Spaanse wettelijke bepalingen betreffende de nietigheid van het ontslag in het geval van zwangere werkneemsters en werkneemsters tijdens de lactatie, ertoe moeten leiden dat het uitzendbureau en de inlenende onderneming hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de wettelijk vastgestelde gevolgen van een nietig ontslag, namelijk: – de wederindienstneming van de werkneemster met herstel in haar functie, de betaling van het niet-ontvangen loon vanaf het ontslag tot de wederindienstneming, en – de verplichting tot betaling van schadevergoeding wegens onrechtmatig ontslag?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (hierna: „richtlijn 2008/104”): artikel 1, lid 1, artikel 3, lid 1, onder a), b), c), d), e) en f), artikel 5, lid 1.

Richtlijn 92/85/EEG van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (hierna: „richtlijn 92/85”): artikelen 2 en 10.

Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (hierna: „richtlijn 2006/54”): artikel 2, lid 2, artikel 14, lid 1, en artikel 15.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: artikelen 21, 23 en 30.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

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 (koninklijk wetsbesluit 2/2015 van 23 oktober 2015 tot goedkeuring van de herschikte tekst van de wet op het werknemersstatuut): artikel 13, leden 1, 2, 3 en 4, artikel 43, lid 1, onder d), artikel 53 en artikel 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (wet 14/1994 van 1 juni 1994 betreffende uitzendbureaus: artikel 1, artikel 2, lid 2, onder a), artikel 12 en artikel 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (wet 31/1995 van 8 november 1995 ter preventie van arbeidsrisico's): artikel 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (koninklijk wetsbesluit 28/2020 van 22 september 2020 inzake afstandswerk, zoals vervangen bij wet 10/2021 van 9 juli 2021 inzake afstandswerk: artikelen 11 en 12.

Volgens de Spaanse wetgeving:

- a) is de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten een rechtshandeling die over het algemeen alleen als rechtmatig wordt beschouwd wanneer deze wordt verricht door een uitzendbureau;
- b) zijn uitzendbureaus als zodanig aan te merken omdat ze over een voorafgaande administratieve vergunning voor de uitoefening van hun activiteit moeten beschikken;
- c) wordt de overeenkomst voor de terbeschikkingstelling van arbeidskrachten gekenmerkt door het feit dat het uitzendbureau de werknemer in dienst neemt, zijn loon betaalt en hem bij de sociale zekerheid inschrijft, maar de werknemer staat onder toezicht en leiding van de inlenende onderneming;
- d) neemt het uitzendbureau ook de opleiding van de werknemer inzake preventie van arbeidsrisico's alsmede het toezicht op de gezondheid van de werknemers op zich, zonder dat er daarom geen sprake meer is van een terbeschikkingstelling;
- e) is het uitzendbureau dus geen fictieve of niet-bestaande onderneming, maar moet het een organisatiestructuur hebben die het in staat stelt zijn verplichtingen na te komen.

De terbeschikkingstelling van arbeidskrachten door een uitzendbureau dat niet naar behoren is erkend, kan niet alleen mogelijke administratieve of zelfs strafrechtelijke sancties tot gevolg hebben, maar kan er ook toe leiden dat:

- a) zowel de uitzendende onderneming als de inlenende onderneming hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor de verplichtingen jegens de werknemers en de sociale zekerheid (artikel 43, lid 3, van het werknemersstatuut);
- b) de uitzendkracht wordt beschouwd als vaste werknemer en ervoor kan kiezen door te gaan als werknemer van de uitzendende onderneming of te worden beschouwd als werknemer van de inlenende onderneming, waar voor hem dezelfde rechten en plichten zullen gelden als die welke voor een werknemer in dezelfde of een gelijkwaardige functie gelden, hoewel de anciënniteit wordt berekend vanaf het begin van de onrechtmatige terbeschikkingstelling (artikel 43, lid 4, van het werknemersstatuut).

Met betrekking tot de nietigverklaring van een ontslag bij ontvangst van een geboorte- en kinderverzorgingsuitkering bepaalt het werknemersstatuut (artikelen 53 en 55) dat een ontslag (om objectieve of tuchtrechtelijke redenen) onder meer in de volgende gevallen nietig moet worden verklaard: indien het een zwangere werkneemster betreft, vanaf het begin van de zwangerschap en indien het een werkneemster betreft, nadat zij na afloop van de periode van schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens geboorte en kinderverzorging opnieuw aan het werk is gegaan, op voorwaarde dat niet meer minder dan twaalf maanden zijn verstreken sinds de geboorte. Het ontslag mag echter niet nietig worden verklaard indien het gegrond wordt geacht om redenen die dat wettelijk rechtvaardigen, zodat „het ontslagbesluit is gebaseerd op andere gronden dan zwangerschap of de uitoefening van het recht op een van bovengenoemde vormen van verlof”.

Volgens de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) is de nietigheid van een ontslag zoals vastgesteld in de voormelde bepalingen, een objectieve garantie ter bescherming van de grondrechten die ook moet gelden wanneer de onderneming op het moment van het ontslag niet wist dat de werkneemster zwanger was.

Een ontslag moet daarentegen eveneens nietig worden verklaard indien het wordt geacht te berusten op een van de bij de grondwet of de wet verboden discriminatiegronden of indien het in strijd is met de grondrechten of openbare vrijheden van de werknemer.

De nietigverklaring van een ontslag heeft voor de onderneming tot gevolg „dat de werknemer onmiddellijk weer in dienst wordt genomen en dat het niet-ontvangen loon wordt betaald” (artikel 55, lid 6, van het werknemersstatuut), zonder dat de werkgever ervoor kan kiezen om de werkneemster te vergoeden in plaats van haar weer in dienst te nemen.

Met betrekking tot afstandswerk en telewerk geldt de volgende definitie: „werk waarbij de beroepsactiviteit hoofdzakelijk bij de werknemer thuis of op een door de werknemer vrij gekozen plaats wordt uitgevoerd als alternatief voor fysieke aanwezigheid op de vestiging van de onderneming” (artikel 13 van het werknemersstatuut). Naar Spaans recht moeten technische middelen voor afstandswerk worden verstrekt door de degene die als werkgever wordt beschouwd.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 LM (hierna ook: „werkneemster”) liep van september 2010 tot juni 2011 stage bij Microsoft Ibérica. Daarna was ze achtereenvolgens in dienst bij drie ondernemingen: Omnitel Comunicaciones S. L. (tussen 24 augustus 2011 en 24 januari 2012, alsook tussen 21 juli 2014 en 23 december 2014), Indi Marketers S. L. (tussen 4 maart 2015 en 31 mei 2017) en Leadmarket S. L. (van 1 augustus 2017 tot haar ontslag in april 2021). Deze ondernemingen hadden met Microsoft Ibérica S. L. een contract tot uitbesteding van verschillende diensten gesloten en

LM verrichtte de diensten die tussen deze ondernemingen en Microsoft Ibérica S. L. waren overeengekomen.

- 2 LM had drie opeenvolgende ad-interimovereenkomsten bij Omnitel Comunicaciones S. L. in het kader waarvan ze de functie van Microsoft Customer Experience Partner vervulde.
- 3 Bij Indi Marketers S. L. voerde de werknemster marketingtaken uit voor de campagnes „Datamining Breath Microsoft” en „Telemarketing Azure partner Microsoft”. In het kader van die overeenkomst vervulde ze taken inzake databaseonderhoud en -opschoning, werkte ze op afstand en op zelfgekozen tijden, en kwam ze één keer per week naar de kantoren van Microsoft.
- 4 Tijdens haar dienstverband bij Leadmarket S. L. werkte LM als senior adviseur/verkoopvertegenwoordiger voor de afdeling Original Equipment Manufacturer (OEM) van Microsoft, waar ze marketingtaken uitvoerde ter ondersteuning van Microsoft Partner Accounts. Bij Microsoft waren er geen werknemers die deze taken vervulden; ze werden uitsluitend uitgevoerd via externe contracten. De uitbestede diensten hadden de volgende kenmerken:
 - a) De werknemster had een arbeidsovereenkomst met Leadmarket S. L., die op haar beurt met Microsoft Ibérica S. L. een contract had voor het verlenen van klantenservice op afstand aan klanten van OEM-producten, waarvoor de werknemster werd ingezet.
 - b) De werknemster verleende de diensten op afstand van thuis uit, maar ging één keer per week naar de kantoren van Microsoft Ibérica S. L. en daartoe beschikte zij over een door Microsoft Ibérica S. L. verstrekte toegangskaart voor extern personeel.
 - c) Voor de dienstverlening gebruikte zij een door Microsoft Ibérica S. L. verstrekte computer, die de onderneming haar om redenen van IT-veiligheid ter beschikking stelde, hoewel zij in het begin een andere computer gebruikte die niet van Microsoft was.
 - d) De dienst bestond uit de verlening van klantenservice op afstand aan klanten van OEM-producten van Microsoft. De werknemster nam rechtstreeks contact op met klanten en had een e-mailaccount met domeinnaam microsoft.com. Bij Microsoft Ibérica S. L. verrichtte geen enkele andere werknemer deze dienst.
 - e) Bij alle aangelegenheden in verband met de uitvoering van de dienst had zij veelvuldig contact met de verantwoordelijken van de betrokken afdeling bij Microsoft.
 - f) Zij bracht ook maandelijks verslag uit aan de bestuurder van Leadmarket, die haar vakanties, verlof, werktijden en werkschema regelde en aan

Microsoft Ibérica S. L. doorgaf. Deze persoon bij Leadmarket was ook degene die haar opleiding gaf.

- 5 De werknemster werd zwanger in 2020. In de zevende maand van haar zwangerschap deelde Microsoft Leadmarket mee dat het contract op 30 september 2020 zou aflopen en om budgettaire redenen niet zou worden verlengd.
- 6 Op 22 september 2020 werd de werknemster tijdelijk arbeidsongeschikt en op 8 december 2020 werd haar dochter geboren, waarna ze geboorte- en kinderverzorgingsverlof opnam, gevolgd door borstvoedingsverlof en een jaarlijkse vakantie, tot 29 maart 2021. Toen zij weer aan het werk zou gaan, namelijk op 29 april 2021, ontving zij een brief van de bestuurder van Leadmarket S. L. waarin haar werd meegedeeld dat haar arbeidsovereenkomst met ingang van 27 april 2021 was beëindigd wegens objectieve redenen, met name een daling van de vraag als gevolg van het wegvallen van geplande projecten en het feit dat de onderneming geen dienst had waar zij kon worden tewerkgesteld.
- 7 Op 14 juni 2021 stelde de werknemster een vordering in tegen Microsoft Ibérica S. L. en Leadmarket S. L., strekkende tot vaststelling van de nietigheid of, subsidiair, de ongegrondheid van haar ontslag. Zij eiste dat Leadmarket S. L. en Microsoft Ibérica S. L. hoofdelijk aansprakelijk zouden worden gesteld voor de gevolgen van die verklaring. Zij eiste ook een schadevergoeding van 110 000 EUR wegens schending van haar grondrechten (discriminatie op grond van geslacht) en de betaling van achterstallig loon ten bedrage van 1 100 EUR.
- 8 Bij vonnis van 30 november 2021 oordeelde de Juzgado de lo Social número 39 de Madrid (arbeidsrechter, rechtbank nr. 39 Madrid, Spanje) dat er geen sprake was van een terbeschikkingstelling van arbeidskrachten, aangezien Leadmarket de werktijden en het werkschema van verzoekster regelde, haar loon betaalde, haar opleiding gaf, haar verlof en vakantie goedkeurde en de administratie voor haar zwangerschapsverlof beheerde. De arbeidsrechter was ook van oordeel dat Microsoft Ibérica het contract met Leadmarket had beëindigd vanwege het gebrek aan budget, en niet vanwege de zwangerschap en het daaropvolgende moederschap van de werknemster. Daarom werd Microsoft Ibérica S. L. niet aansprakelijk gesteld voor het ontslag en de schending van de grondrechten en werd uitdrukkelijk de vordering afgewezen dat het salaris van de werknemster moest overeenkomen met het salaris dat zij zou hebben ontvangen indien zij rechtstreeks door Microsoft Ibérica S. L. in dienst was genomen.
- 9 Met betrekking tot Leadmarket S. L. werd in dat vonnis geoordeeld dat de in de ontslagbrief uiteengezette objectieve redenen voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst „algemeen, vaag en ontoereikend” waren en dat het ontslag derhalve onrechtmatig was en naar Spaans recht nietig moest worden verklaard, aangezien het ontslag had plaatsgevonden na het geboorte- en kinderverzorgingsverlof.

- 10 Aangezien was vastgesteld dat de werkelijke oorzaak van de beëindiging van het contract geen verband hield met discriminatie op grond van moederschap, wees de arbeidsrechter de vordering tot schadevergoeding af. Ten slotte gelastte de arbeidsrechter Leadmarket S. L. om de werkneemster het achterstallige loon over het evenredige deel van de laatste maand waarin zij had gewerkt, alsmede de opgebouwde en niet-opgenomen vakantiedagen, te betalen.
- 11 Tegen de uitspraak van de arbeidsrechter heeft LM hoger beroep ingesteld bij de Tribunal Superior de Justicia de Madrid (hoogste rechterlijke instantie van de autonome regio Madrid, Spanje; hierna: „verwijzende rechter”).

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 12 LM betoogt dat haar situatie bij Leadmarket S. L. een terbeschikkingstelling van haar arbeidsdiensten aan Microsoft Ibérica S. L. inhield en dat deze onderneming derhalve hoofdelijk moet worden veroordeeld voor de gevolgen van het nietig verklaarde ontslag, daaronder begrepen haar wederindienstneming. Zij stelt tevens dat het salaris moet overeenkomen met het salaris dat zij zou ontvangen indien zij rechtstreeks door Microsoft Ibérica S. L. in dienst was genomen.
- 13 Voorts voert zij aan dat de toepassing van de rechtsregels inzake de nietigheid van het ontslag in het geval van zwangere werkneemsters of werkneemsters die na hun moederschapsverlof weer aan het werk zijn gegaan, moet leiden tot de toekenning van een schadevergoeding wegens schending van de grondrechten, waarvoor Microsoft Ibérica S. L. en Leadmarket S. L. hoofdelijk aansprakelijk hadden moeten worden gesteld.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 14 Naar Spaans recht wordt een onderneming slechts als uitzendbureau aangemerkt indien haar hoofdactiviteit erin bestaat arbeidskrachten ter beschikking te stellen en zij over een specifieke administratieve vergunning beschikt uit hoofde waarvan zij de activiteiten van een uitzendbureau mag verrichten. Indien een onderneming regelmatig of occasioneel arbeidskrachten ter beschikking stelt zonder over een dergelijke vergunning te beschikken, wordt zij niet aangemerkt als uitzendbureau. Een dergelijke activiteit is verboden en heeft tot gevolg dat voor de werknemer het recht ontstaat om te kiezen tussen een vast dienstverband bij de inlenende onderneming of bij de uitzendende onderneming, dat beide ondernemingen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor arbeids- en socialezekerheidsverplichtingen en dat diverse sancties worden opgelegd.
- 15 Niettemin wordt een „uitzendbureau” in richtlijn 2008/104 gedefinieerd als iedere natuurlijke of rechtspersoon die, overeenkomstig het nationale recht, een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding aangaat met uitzendkrachten teneinde deze ter beschikking te stellen van inlenende ondernemingen om daar

onder toezicht en leiding van deze ondernemingen tijdelijk te werken. Het lijkt dus te volstaan dat een onderneming een werknemer, zelfs occasioneel, ter beschikking stelt van een andere onderneming om als uitzendbureau in de zin van richtlijn 2008/104 te worden beschouwd, zonder dat zij, zoals naar Spaans recht is vereist, een onderneming moet zijn die als hoofdactiviteit arbeidskrachten ter beschikking stelt en daartoe over een administratieve vergunning beschikt.

- 16 Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of richtlijn 2008/104 van toepassing is op een onderneming die een werknemer ter beschikking stelt van een andere onderneming, ook al doet zij dit zonder dat zij naar nationaal recht als uitzendonderneming is erkend door middel van een administratieve vergunning.
- 17 Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, vraagt de verwijzende rechter of de verzoekende werkneemster in casu door Leadmarket S. L. ter beschikking is gesteld van Microsoft Ibérica S. L., zodat de werkneemster moet worden beschouwd als een uitzendkracht in de zin van artikel 3, lid 1, onder c), van richtlijn 2008/104, de onderneming Leadmarket S. L. moet worden beschouwd als een uitzendbureau in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van deze richtlijn en de onderneming Microsoft Ibérica moet worden beschouwd als een inlenende onderneming in de zin van artikel 3, lid 1, onder d), van deze richtlijn.
- 18 Ten grondslag aan de definitie van deze begrippen in artikel 3, lid 1, van richtlijn 2008/104 ligt het feit dat de door het uitzendbureau aangeworven werknemer diensten verleent „onder toezicht en leiding” van de inlenende onderneming.
- 19 Gelet op alle elementen die de door de werkneemster uitgevoerde taken kenmerken, zoals uiteengezet in punt 4, twijfelt de verwijzende rechter of kan worden aangenomen dat de onderneming Leadmarket S. L. de leiding over en het toezicht op de beroepsactiviteit behield, zodat er geen sprake zou zijn van een terbeschikkingstelling van de werkneemster, doordat de bestuurder van die onderneming een maandelijks activiteitenverslag ontving en ook het verlof, de vakantiedagen en de werktijden van de werkneemster goedkeurde.
- 20 Indien richtlijn 2008/104 in casu van toepassing is, lijkt het dus duidelijk dat de bezoldiging van de inlenende onderneming zelf deel uitmaakt van de „essentiële arbeidsvoorwaarden” en krachtens artikel 5, lid 1, van deze richtlijn zou de vordering van de werkneemster dat haar salaris ten minste hetzelfde moet zijn als het salaris dat zij zou hebben ontvangen indien zij rechtstreeks door Microsoft Ibérica S. L. voor dezelfde functie in dienst was genomen, moeten worden toegewezen.
- 21 Het volgende vraagstuk dat zich voordoet, betreft de wederindienstneming van de werkneemster nadat haar ontslag nietig is verklaard door de arbeidsrechter, aangezien deze nietigverklaring inhoudt dat de werkneemster het recht heeft om terug te keren naar haar baan die zij vóór het ontslag had. Volgens artikel 15 van

richtlijn 2006/54 heeft een vrouw die zwangerschaps- en bevallingsverlof heeft, na afloop van haar zwangerschaps- en bevallingsverlof het recht om onder voor haar niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar baan of naar een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij tijdens haar afwezigheid aanspraak had kunnen maken.

- 22 De contractuele relatie tussen Leadmarket S. L. en Microsoft Ibérica S. L. was beëindigd toen de werknemster terugkeerde naar haar baan en zij werd door Leadmarket S. L. ontslagen. Zij zou dus slechts naar haar baan en haar functies van voor haar moederschap kunnen terugkeren indien zij weer bij Microsoft Ibérica S. L. in dienst zou treden, aangezien Leadmarket S. L. geen baan als alternatief kon aanbieden. Leadmarket S. L. heeft zelfs verstek laten gaan, is niet verschenen en bestaat vermoedelijk niet meer, zodat niet kan worden aangenomen dat er binnen die onderneming nog een gelijkwaardige functie bestaat.
- 23 Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat indien het in casu een terbeschikkingstelling in de zin van richtlijn 2008/104 betreft, artikel 5, lid 1, van deze richtlijn bepaalt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden die voor ter beschikking gestelde werknemers moeten worden gewaarborgd, ook zien op de in de inlenende onderneming geldende regels voor de bescherming van zwangere vrouwen en zogende moeders, alsmede op de regels inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen en maatregelen ter bestrijding van discriminatie op grond van geslacht, „ongeacht of deze regels bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve overeenkomsten en/of andere bepalingen van algemene strekking zijn vastgesteld”. In Spanje geldt zowel voor de inlenende als de uitzendende onderneming de rechtsregel dat zij gehouden zijn tot wederindienstneming, met betaling van het niet-ontvangen loon, van werknemers die zijn ontslagen nadat zij na afloop van de periode van schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens geboorte, adoptie, opvang met het oog op adoptie of pleegzorg opnieuw aan het werk zijn gegaan, op voorwaarde dat niet meer dan twaalf maanden zijn verstreken sinds de geboorte, adoptie, opvang met het oog op adoptie of pleegzorg. Deze regel is vastgelegd in de Spaanse wetgeving voor alle gevallen van ontslag om objectieve of tuchtrechtelijke redenen, tenzij het ontslag gegrond is verklaard.
- 24 Indien de werknemster die ter beschikking van Microsoft Ibérica S. L. is gesteld, rechtstreeks door deze onderneming was aangeworven en door haar was ontslagen nadat zij na afloop van de periode van schorsing van de arbeidsovereenkomst wegens geboorte en kinderverzorging opnieuw aan het werk was gegaan, en indien dit ontslag niet gerechtvaardigd en gegrond was, zou dat ontslag dus nietig zijn en zou Microsoft Ibérica S. L. verplicht zijn de werknemster weer in dienst te nemen met herstel in haar functie en met betaling van het niet-ontvangen loon vanaf het ontslag tot de wederindienstneming. Aangezien zij niet rechtstreeks door Microsoft Ibérica S. L., maar door Leadmarket S. L. is aangeworven, rijst de vraag of dit recht om terug te keren naar haar baan bij Microsoft, vervalt omdat alleen Leadmarket S. L. aansprakelijk is voor haar wederindienstneming, dan wel

of, integendeel, de toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104 inhoudt dat de verplichting tot wederindienstneming en alle gevolgen van het nietig verklaarde ontslag ook op de inlenende onderneming, Microsoft Ibérica S. L., rusten.