

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.437 van 18 december 2019
in de zaak A. 222.211/XIV-37.425**

In zake :

1. FEDERGON, Federatie van partners voor werk, beroepsvereniging
2. de NV ADECCO PERSONNEL SERVICES
3. de NV KONVERT INTERIM VLAANDEREN
4. de NV RANDSTAD BELGIUM
5. de NV MANPOWER BELGIUM
6. de NV START PEOPLE
7. de NV AXIS
8. de NV VIO INTERIM
9. de NV DAOUST
10. de NV T-GROEP

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dany Socquet
kantoor houdend te 3080 Tervuren
Merenstraat 28
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Tilleman
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 24, bus 6

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 mei 2017, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 17 februari 2017 van de Vlaamse Regering tot toekenning van aanwervingsincentives voor langdurig werkzoekenden, zoals gepubliceerd in het Belgische staatsblad van 22 maart 2017, ‘in de mate dat artikel 2, §2, 1° van het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2017 bepaalt dat de aanwervingsincentive niet kan worden toegekend aan ondernemingen die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen in één van de volgende gevallen:

- tewerkstelling als uitzendkracht als vermeld in hoofdstuk II, afdeling 1, van de wet van 24 juli 1987 betreffende tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers;”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2019.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dany Socquet, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2017 ‘tot toekenning van aanwervingsincentives voor langdurig werkzoekenden’ (hierna: het besluit van 17 februari 2017) strekt ertoe een regeling in te stellen waarbij aanwervingsincentives voor langdurig werkzoekenden worden toegekend aan ondernemingen. Het treft aldus maatregelen die ertoe strekken een aanmoediging te creëren in hoofde van werkgevers ten aanzien van een specifieke groep, namelijk langdurig werkzoekenden. De aanwerving van langdurig werkzoekenden wordt voor werkgevers, zowel in de publieke als in de private sector, financieel aantrekkelijker gemaakt, en dit door in te zetten op een duurzame tewerkstelling. Het betreft meer bepaald de categorie van werkzoekenden tussen 25 en 55 jaar die twee jaar of langer werkzoekend zijn (artikel 2 van het besluit van 17 februari 2017). De aanwervingsincentive die bestaat uit een subsidie wordt in twee schijven aan de werkgever toegekend, met name een eerste schijf na drie maanden en een tweede schijf bij een jaar tewerkstelling (artikel 3 van datzelfde besluit).

Het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2017 is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 22 maart 2017 en is in werking getreden op 1 maart 2017.

Dit is het bestreden besluit waarvan, zo blijkt uit het voorwerp van het beroep, de gedeeltelijke vernietiging wordt gevorderd.

3.2. Het volledige artikel 2 luidt:

“Art. 2. § 1. Binnen de perken van de jaarlijks goedgekeurde begroting kan het departement een aanwervingsincentive toekennen aan ondernemingen die aan de volgende voorwaarden voldoen:

1° de onderneming werft vanaf 1 januari 2017 een niet-werkende werkzoekende aan die op het ogenblik van zijn indiensttreding aan de volgende voorwaarden voldoet:

a) hij is gedurende minstens twee jaar als niet-werkende werkzoekende bij de VDAB ingeschreven;

b) op het einde van het kwartaal van de indiensttreding is hij minstens 25 jaar en heeft hij de leeftijd van 55 jaar nog niet bereikt.

2° de onderneming sluit met de niet-werkende werkzoekende een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur die voldoet aan de wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;

3° de onderneming stelt de niet-werkende werkzoekende tewerk in een exploitatiezetel in het Vlaamse Gewest.

Voor de bepaling van de periode, vermeld in het eerste lid, 1°, a), kan de minister periodes van inactiviteit gelijkstellen met de inschrijving als niet-werkende werkzoekende.

In afwijking van de voorwaarde, vermeld in het eerste lid, 2°, kan de onderneming een of meer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten afsluiten die minstens een tewerkstelling van drie maanden bedragen. De onderneming toont daarbij aan dat die tijdelijke arbeidsovereenkomsten overeenstemmen met het gangbare wervingsbeleid van de onderneming. De minister kan nader bepalen wat onder gangbare wervingsbeleid moet worden verstaan.

§ 2. De aanwervingsincentive kan niet toegekend worden aan ondernemingen die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen in een van de volgende gevallen:

1° tewerkstelling als uitzendkracht als vermeld in hoofdstuk II, afdeling 1, van de wet van 24 juli 1987 betreffende tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers;

2° tewerkstelling als flexi-jobwerknemer, vermeld in artikel 3, 3°, van de wet van 16 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake sociale zaken;

3° tewerkstelling als gelegenheidswerknemer als vermeld in artikel 8bis of 31ter van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.”

3.3. De verzoekende partijen benaarstigen een gedeeltelijke vernietiging van het genoemde artikel 2 namelijk in zoverre in paragraaf 2, 1°, ervan wordt bepaald dat de aanwervingsincentive niet kan worden toegekend aan “ondernemingen die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen in een van de volgende gevallen:

1° tewerkstelling als uitzendkracht als vermeld in hoofdstuk II, afdeling 1, van de wet van 24 juli 1987 betreffende tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers;”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In het verzoekschrift wordt in een enig middel een schending aangevoerd van de grondwettelijke regels inzake gelijkheid der Belgen en niet-discriminatie zoals omschreven in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het rechtszekerheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel. De verzoekende partijen stellen dat het bestreden besluit voorziet in de toekenning van een aanwervingsincentive aan ondernemingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 2 ervan doch dat de incentive niet kan worden toegekend aan ondernemingen die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen als uitzendkracht als vermeld in hoofdstuk II, afdeling 1, van de wet van 24 juli 1987 ‘betreffende tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers’ (hierna: de wet van 24 juli 1987). Hierdoor wordt zonder enige redelijke verantwoording een verschil in behandeling tussen de onderworpen ondernemingen en hun personeel gecreëerd met betrekking tot de toekenningsvoorwaarden van de aanwervingsincentive waarbij de uitzendkantoren ten onrechte uit de bestreden regeling worden uitgesloten. De verzoekende partijen lichten het middel nader toe. Zij zetten uiteen dat door het uitsluiten van de premie van tewerkstelling als uitzendkracht net het tegenovergestelde wordt bewerkstelligd dan hetgeen de verwerende partij voorhoudt te willen bereiken, namelijk het bevorderen van de duurzame tewerkstelling van langdurig werkzoekenden. De uitzendarbeid is volgens de verzoekende partijen juist de sterkste motor om de langdurig werkzoekenden opnieuw aan een vaste betrekking te helpen. De uitzendarbeid zou

zonder enig onderzoek of enige motivering worden uitgesloten van de aanwervingsincentive. In de toelichting bij het bestreden besluit wordt zonder meer gesteld dat de aanwervingsincentive niet kan worden toegekend bij een tewerkstelling als uitzendkracht omdat de maatregel de duurzame tewerkstelling van langdurig werkzoekenden beoogt te bevorderen. Voorts ontwaren de verzoekende partijen waar in de toelichting wordt gesteld dat “wanneer de werkgever-gebruiker de uitzendkracht aanwerft binnen de drie maanden, [...] hij wel nog gebruik [zal] kunnen maken van de aanwervingsincentive”, een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit toont immers dat “de minister arbitrair zal kunnen oordelen of en onder welke voorwaarden een onderneming die beroep doet op een uitzendkracht vooralsnog in aanmerking zou kunnen komen voor de aanwervingsincentive.” “Feit is”, aldus de verzoekende partijen, dat er vooreerst een ongelijke behandeling bestaat tussen eensdeels een werkgever die een niet-werkende werkzoekende wil tewerkstellen met een contract van bepaalde duur van drie maanden en anderdeels een werkgever die een niet-werkende werkzoekende aanwerft op basis van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid met drie maanden. Er is eveneens een ongelijke behandeling tussen een niet-werkende werkzoekende die het werk hervat op basis van een arbeidsovereenkomst van drie maanden en een niet-werkende werkzoekende die het werk hervat op basis van een interim-contract van drie maanden. Tot slot, is er een ongelijke behandeling in hoofde van een uitzendkantoor waar het recht zal hebben op een incentive voor zijn vast personeel maar niet voor de uitzendkrachten. Er dient vastgesteld dat de aangewende middelen redelijkerwijs niet evenredig zijn met het beoogde doel. Het is volgens de verzoekende partijen een historisch gegeven dat de uitzendarbeid het middel bij uitstek is om de langdurig niet-werkende werkzoekenden aan een vaste betrekking te helpen. De eerste verzoekende partij brengt daartoe statistische gegevens bij die zij uitgebreid toelicht. Zij besluit dat “aldus ten onrechte de toekenning van de aanwervingsincentive aan onderneming [en wordt] geweigerd die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen als uitzendkracht, temeer daar de sector kan aantonen dat uitzendarbeid in zeer veel gevallen kan leiden tot een werkrelatie van langere duur. In deze context lijkt het niet voor de hand liggend om overtuigend te

kunnen argumenteren dat de uitzendsector geen gewone werkgever is en uit haar aard niet streeft naar een duurzame tewerkstelling van uitzendkrachten terwijl de duurzame tewerkstelling van niet-werkende werkzoekende het streefdoel is van het bestreden besluit.”

In hun memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen dat de verwerende partij het potentieel van uitzendarbeid om werkzoekenden in het algemeen, en kansengroepen in het bijzonder, aan het werk te helpen, volkomen miskent. De verwerende partij beperkt er zich toe enkel het tijdelijk karakter van de uitzendarbeid centraal te stellen ter staving waarvan zij verwijst naar een studie over uitzendarbeid en flexibiliteit waaruit zou blijken dat meer dan de helft van de uitzendopdrachten minder dan drie maanden duren wat volgens de verzoekende partijen feitelijk onjuist is daar 51,2% van de uitzendopdrachten meer dan drie maanden duurt en een uitzendtewerkstelling meerdere opeenvolgende uitzendopdrachten kan omvatten. Bovendien heeft een uitzendkracht dankzij het “user pay”-principe hetzelfde statuut als een “volwaardige werknemer” van een onderneming en al helemaal indien die laatste de eerste drie maanden van de tewerkstelling vol maakt met opeenvolgende contracten van bepaalde duur. De verwerende partij kan niet worden gevolgd waar die stelt dat uitzendarbeid een opstap kan zijn naar duurzaam werk maar dat de aanwerving als uitzendkracht in rechte geen duurzame tewerkstelling vormt. Immers, geen enkel contract garandeert een duurzame tewerkstelling. In die zin kan de aanwervingsincentive een aanwerving stimuleren, maar geen duurzame tewerkstelling garanderen. Bovendien gebeurt het aanwerven als uitzendkracht niet noodzakelijk voor een tijdelijk werk, maar ook via het motief “Terbeschikkingstelling van een uitzendkracht aan een gebruiker met het oog op vaste aanwerving”, dit is de zogenaamde “instroom”, met de bedoeling te komen tot een “duurzame” of “langdurige” tewerkstelling. Met betrekking tot de aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel - waar de verwerende partij stelt dat zij zorgvuldig is te werk gegaan bij het nemen van de aanmoedigingsmaatregel nu in overeenstemming met het beoogde doel de premie in twee schijven wordt betaald -, merken de verzoekende partijen op dat het de gangbare praktijk is van

vele bedrijven om aan te werven via uitzendarbeid. Met betrekking tot de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel herhalen de verzoekende partijen dat het streven naar een duurzame tewerkstelling van de uitzendkrachten mogelijk is binnen de bestaande motieven en al zeker binnen het motief van artikel 1, § 1bis van de wet van 24 juli 1987. Met betrekking tot de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel achten de verzoekende partijen de verschillende wettelijke basis voor gewone arbeidsovereenkomsten en uitzendarbeid niet relevant nu het in de feiten een volledige identieke situatie zou betreffen. In de feiten is er geen onderscheid tussen een werkgever die een niet-werkende werkzoekende tewerk wil stellen met een contract van bepaalde duur van drie maanden en een werkgever die een niet-werkende werkzoekende aanwerft op basis van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid met drie maanden. Het betreft een volledig identieke situatie: zelfde loon, zelfde arbeidsvoorwaarden, zelfde instructies, ... De verzoekende partijen besluiten dat de verwerende partij “uiteindelijk wel toe[geeft]” dat de activiteiten van de verzoekende partijen met betrekking tot uitzendarbeid wel degelijk voldoen aan de doelstelling van de aanwervingsincentive, waar zij stelt dat uitzendarbeid mogelijks wel een duurzame tewerkstelling faciliteert, maar dan wel bij een andere werkgever die hen een vaste arbeidsovereenkomst aanbiedt. Dit is volgens de verzoekende partijen volledig in lijn met het doel en de objectieven van de aanwervingsincentive.

In hun laatste memorie volharden de verzoekende partijen in hun standpunt. Zij beklemtonen nog dat de begrippen “duurzaam” en “onbepaalde duur” door elkaar worden gehaald. De (eerste) officiële betekenis van “duurzaam” volgens Van Dale is “1 lang durend” zodat duurzaam geen synoniem is voor “onbepaalde duur”. Een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur kan in de praktijk van kortere duur (en dus minder “duurzaam”) zijn dan een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid. Ook de eventueel uit te betalen opzegvergoeding kan korter zijn: “[i]ndien een werkgever in de eerste drie maanden een klassieke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur beëindigt, dient deze twee weken opzegvergoeding uit te betalen. Doet de werkgever hetzelfde met een arbeids-

overeenkomst voor uitzendarbeid van drie maanden, dan betaalt deze uit tot het einde van de overeenkomst (en dus vaak langer dan 2 weken)”. Overigens beschouwt ook de Vlaamse regering de begrippen “duurzaam” en “onbepaalde duur” niet als synoniemen wat blijkt “uit artikel 2, § 1, 3°, van het bestreden besluit” (lees: artikel 2, § 1, laatste lid). Een klassieke arbeidsovereenkomst van bepaalde duur geeft aldus uitzicht op de aanwervingsincentive hoewel die naar duurtijd noch naar beëindiging meer garantie op een duurzame relatie dan een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid met een identieke duurtijd biedt.

De verzoekende partijen vermelden tot slot nog dat de reden waarom de initiële argumentatie voornamelijk gebouwd was op de eerste schijf van drie maanden, geen erkenning is van het feit dat uitzendarbeid niet duurzaam zou zijn maar enkel werd aangehaald omdat ook voor klassieke arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur de limiet op drie maanden werd gelegd. Het spreekt vanzelf dat ook de tweede schijf van 12 maanden op uitzendarbeid moet kunnen worden toegepast, uiteraard in functie van de concrete situatie.

Beoordeling

5. Het auditoraat besluit tot de ongegrondheid van dit middel op grond van de volgende overwegingen.

De verzoekende partijen zijn gegriefd door artikel 2, § 2, 1°, van het besluit van de Vlaamse regering van 17 februari 2017 luidens welk de aanwervingsincentive niet kan worden toegekend aan ondernemingen die niet-werkende werkzoekenden tewerkstellen “als uitzendkracht als vermeld in hoofdstuk II, afdeling 1, van de wet van 24 juli 1987 betreffende tijdelijke arbeid, de uitzendarbeid en het ter beschikking stellen van werknemers ten behoeve van gebruikers”.

Blijkens de “Nota aan de Vlaamse regering” heeft de aanwervingsincentive tot doel de “aanwerving en duurzame tewerkstelling van

langdurig werkzoekenden voor de werkgevers financieel aantrekkelijk(er) te maken”.

Tijdelijke arbeid zoals gedefinieerd in artikel 1, §§ 1 en *1bis* van de wet van 24 juli 1987, laat zich niet inpassen in deze doelstelling, ook niet op grond van het motief “instroom”, zoals omschreven door artikel 1, § *1bis* van diezelfde wet. Het ter beschikking stellen van een uitzendkracht aan een gebruiker voor de invulling van een vacante betrekking, met de bedoeling om na afloop van de periode van terbeschikkingstelling de uitzendkracht vast in dienst te laten nemen door de gebruiker voor diezelfde betrekking, doet geen afbreuk aan het tijdelijk karakter van de uitzendactiviteit op grond van de arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid. Krachtens artikel 20*ter* van de wet van 24 juli 1987 is het in dat geval immers de gebruiker die een uitzendkracht vast in dienst neemt die hem ter beschikking is gesteld met toepassing van artikel 1, § *1bis*, die met deze uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd afsluit.

In aanmerking genomen dat krachtens het niet-betwiste artikel 2, § 1, eerste lid, 2° van het besluit van 17 februari 2017 het sluiten door de onderneming met de niet-werkende werkzoekende van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur die voldoet aan de wet van 3 juli 1978 ‘betreffende de arbeidsovereenkomsten’, een voorwaarde is opdat de aanwervingsincentive kan worden toegekend, kunnen de verzoekende partijen niet worden bijgevalen in hun stelling dat uitzendarbeid binnen alle door artikel 1, §§ 1 en *1bis* van de wet van 24 juli 1987 bedoelde motieven en in het bijzonder het motief “instroom” zou beantwoorden aan het doel en de objectieven van de aanwervingsincentive.

Anders is het indien het uitzendbureau met een uitzendkracht overeenkomstig artikel 8*ter* van de wet van 24 juli 1987, zoals ingevoegd bij artikel 32 van de wet van 5 maart 2017 ‘betreffende werkbaar en wendbaar werk’ (dat in werking is getreden op 1 februari 2017), een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou afsluiten met het oog op het uitvoeren van opeenvolgende uitzendopdrachten bij een of meer gebruikers en aldus onderworpen is aan de

regels inzake de voor onbepaalde tijd gesloten arbeidsovereenkomsten, ingesteld door de algemene wetgeving betreffende de arbeidsovereenkomsten, onder voorbehoud van hetgeen waarin door het genoemde artikel 8ter is voorzien (*cfr.* artikel 8ter, §2). In dat geval is geen sprake van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid, maar van een zendingsbrief (*cfr.* artikel 8ter, § 3). De ‘Nota aan de Vlaamse regering’ bevestigt dat “sectoren die dergelijke werknemers tewerkstellen, [...] wel gebruik [kunnen] maken van de aanwervingsincentive voor de aanwerving van personeel onder andere statuten”.

Het statuut van een uitzendkracht verbonden door een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid en dat van een uitzendkracht of elke andere werknemer verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur is dus wel degelijk verschillend. Bij de eerste is de tewerkstelling per definitie tijdelijk en dus niet duurzaam. Het valt overigens op dat de verzoekende partijen hun grieven alle opbouwen rond het uitgesloten worden van de eerste schijf van de subsidie die overeenkomstig artikel 3 van het besluit van 17 februari 2017 wordt toegekend na drie maanden. Het niet-betrekken in hun uiteenzetting van de tweede schijf van de subsidie na een tewerkstelling van 12 maanden, bevestigt nogmaals de per definitie tijdelijke tewerkstelling. In de mate overigens dat de verzoekende partijen diezelfde termijn van drie maanden betrekken in hun grief ontleend aan de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel, wordt bovendien bedacht dat zij hierbij vertrekken van de afwijking op de algemene regel dat, om aanspraak te kunnen maken op de aanwervingsincentive, de arbeidsovereenkomst wordt afgesloten voor onbepaalde duur. De verzoekende partijen maken aldus niet aannemelijk dat zij zich in eenzelfde feitelijke en rechtstoestand bevinden.

De argumentatie dat uitzendarbeid kan leiden of zelfs vaak zou leiden tot een vaste betrekking bij de gebruiker, of nog, dat de genomen maatregel, dit is de aanwervingsincentive, geen duurzame tewerkstelling kan garanderen, doet aan de voorgaanden geen afbreuk. De verwerende partij heeft in redelijkheid kunnen oordelen dat de tewerkstelling van een uitzendkracht door middel van een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid niet beantwoordt aan de objectieven van

het bestreden besluit dat is gericht op het stimuleren van duurzame tewerkstelling van langdurig werklozen. De “Nota aan de Vlaamse regering” bevat de motieven in die zin.

In de gegeven omstandigheden maken de verzoekende partijen evenmin aannemelijk waarom zij er meenden op te mogen vertrouwen dat ook de tewerkstelling van uitzendkrachten met een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid in aanmerking zou komen voor de aanwervingsincentive voor langdurig werkzoekenden.

In de mate de verzoekende partijen tot slot een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel ontwaren in de toelichting blijkt welke de “werkgever-gebruiker [die] de uitzendkracht aanwerft binnen de drie maanden, [...] wel nog gebruik [zal] kunnen maken van de aanwervingsincentive”, kan zulks niet worden begrepen. Immers, overeenkomstig artikel 20^{ter} van de wet van 24 juli 1987 sluit de “gebruiker die een uitzendkracht vast in dienst neemt die hem ter beschikking is gesteld met toepassing van artikel 1, § 1^{bis}, [...] met deze uitzendkracht een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd af. [...] Wanneer een gebruiker een uitzendkracht die hem ter beschikking is gesteld met toepassing van artikel 1, § 1^{bis}, vast in dienst neemt, wordt voor de toepassing van de bepalingen van de wetten en overeenkomsten die steunen op de anciënniteit van de werknemer in de onderneming rekening gehouden met alle periodes van activiteit die de uitzendkracht met toepassing van dit artikel 1, § 1^{bis}, bij de gebruiker heeft gepresteerd”.

6. De verzoekende partijen hebben na kennisneming van het verslag van het auditoraat, niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. De verzoekende partijen gaan immers geheel voorbij aan de kern zelf van dat verslag waaruit blijkt dat het statuut van een uitzendkracht verbonden door een arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid en dat van een uitzendkracht of elke andere werknemer verbonden door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde

duur wel degelijk verschillend is. De tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst voor uitzendarbeid is eraan inherent. De bij artikel 2, § 1, eerste lid, 2°, van het besluit van 17 februari 2017 (dat niet wordt betwist) bepaalde toekenningsvoorwaarde voor de subsidie die vergt dat “de onderneming met de niet-werkende werkzoekende een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur die voldoet aan de wet van 3 juli 1978” sluit, beoogt precies een duurzame, en dus ook “lang durende” tewerkstelling. Zoals is gebleken kunnen op grond van het ingevoegde artikel 8ter van de wet van 24 juli 1987 ook de uitzendbureaus zelf dergelijke arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur sluiten met hun werknemer wat, volgens de parlementaire voorbereiding bij die wetsbepaling, het voordeel biedt voor de uitzendbureaus om uitzendkrachten beter aan zich te binden en, voor de uitzendkrachten “dat zij op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zullen worden tewerkgesteld, waardoor hun anciënniteit niet wordt onderbroken (*Parl.St.* Kamer, 2016-2017, 54-2247/001, 25), wat opnieuw wijst op het belang van de nagestreefde duurzame tewerkstelling of, zoals de verzoekende partijen het formuleren, het lang durend karakter ervan. Het gegeven dat een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur met inachtneming van de daarop toepasselijke wettelijke bepalingen, kan worden beëindigd doet aan de finaliteit van het vereiste van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur, dit is het nastreven en bewerkstelligen van een duurzame tewerkstelling, niet af. Overigens voorziet het besluit van 17 februari 2017 (*cfr.* de artikelen 9, § 1, tweede lid, 11 en 12) in de vereiste waarborgen, toezicht- en controlemechanismen om misbruiken te voorkomen.

De vermelding in de laatste memorie tot slot dat de reden waarom de initiële argumentatie voornamelijk gebouwd was op de eerste schijf van drie maanden, “geen erkenning is van het feit dat uitzendarbeid niet duurzaam zou zijn maar enkel werd aangehaald omdat ook voor klassieke arbeidsovereenkomsten van bepaalde duur de limiet op drie maanden werd gelegd”, doet evenmin afbreuk aan wat voorafgaat. De afwijkingsmogelijkheid wat het sluiten van een arbeidsovereenkomst van onbepaalde duur betreft zoals voorzien in artikel 2, § 1, laatste lid, van het besluit van 17 februari 2017, dit is een te motiveren uitzondering

op de regel, vereist - zo blijkt ook uit de toelichting in de ‘Nota aan de Vlaamse regering’ - dat met het oog op de toekenning van de premie “de duur van de (openvolgende) arbeidsovereenkomst(en) minimaal drie maanden [moet] bedragen” en dat de werkgever “kan aantonen dat aanwervingen van bepaalde duur een gangbare praktijk zijn binnen het bedrijf”, waarbij onder meer wordt gedacht aan sectorale of bedrijfscao’s.

De Raad van State ziet aldus geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het enig middel ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 2000 euro, elk voor een tiende, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien december tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques