

RHT, personnes qui fixent
ou influencent les décisions
de l'employeur, fonction de
cadre subalterne

Art. 31 al. 3 let. c LACI

Cette affaire concerne le droit aux indemnités pour réduction de l'horaire de travail (RHT) d'une employée, occupant le poste de directrice au sein d'une entreprise individuelle, durant le mois de septembre 2020. Ce droit lui a été refusé par la Caisse de chômage, qui avait estimé qu'elle occupait une position similaire à celle d'un employeur.

Le TF commence par rappeler que **l'ordonnance COVID-19 sur l'assurance-chômage** avait introduit des allègements en matière de réduction de l'horaire de travail, notamment en étendant le droit aux indemnités de chômage à certaines catégories d'ayants droit. Il en allait ainsi de la dérogation faite à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, en ce sens que les personnes qui fixaient les décisions que prenait l'employeur – ou pouvaient les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise, et les conjoints de ces personnes, occupés dans l'entreprise, pouvaient prétendre à des indemnités de chômage. Il conclut toutefois que **dite ordonnance n'était pas applicable pour la période de septembre 2020 et que le régime de la LACI s'appliquait donc.**

Le TF procède ensuite à **l'examen de la notion de personne qui fixe ou influence de manière considérable les décisions de l'employeur.** Pour trancher la question, il faut vérifier en premier lieu si ce pouvoir de décision découle de la loi, comme c'est le cas par exemple pour les associés d'une Sàrl. En second lieu, il faut examiner la structure interne de l'entreprise (confirmation de jurisprudence). Il passe ainsi en revue, de manière très détaillée, le cahier des charges de l'employée, son pouvoir décisionnel et son influence. Les critères examinés sont notamment le pouvoir de signature inscrit au registre du commerce, la limite des dépenses qu'elle pouvait engager sans en référer à l'employeur, le pouvoir de prendre des décisions dépassant le cadre des affaires courantes, l'influence sur la politique de l'entreprise et les compétences en matière de planification du personnel (existence ou non d'un pouvoir d'engagement, d'augmentation des salaires, de contrôle sur le temps de travail), etc. L'implication de l'employeur dans les activités non courantes est également examinée. Le montant du salaire en revanche n'est pas déterminant. Le TF conclut en l'espèce que la directrice n'avait pas d'influence déterminante sur son employeur, de sorte que le droit à l'indemnité de chômage lui était en principe ouvert.

Enfin, le TF rappelle que derrière la réglementation de l'art. 31 al. 3 let. c LACI se cache l'idée de prévenir les abus (auto-délivrance d'attestations nécessaires à l'indemnisation du chômage partiel, attestations de complaisance, impossibilité de contrôler la perte effective de travail, décision ou responsabilité dans l'introduction du chômage partiel, etc.). **Un tel risque d'abus existe principalement chez les personnes qui, en tant que décideurs suprêmes d'une entreprise, sont habilitées à ordonner le chômage partiel. La disposition ne s'applique donc pas aux employés occupant des fonctions de cadre subalternes.**

Auteur : Me David Métille, avocat à Lausanne

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17. Februar 2022 (715 21 132 / 37).

Sachverhalt:

A.

B. betreibt als Inhaber die Einzelfirma Hotel A.. Am 20. Oktober 2020 reichte er für C. und D. eine Voranmeldung für Kurzarbeit ein. Das Kantonale Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA)

Baselland verfügte, dass Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 16. März 2020 bis 31. Mai 2021 durch die Arbeitslosenkasse ausgerichtet werden könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Mit Verfügung vom 11. November 2020 verneinte die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für beide Mitarbeiterinnen in der Abrechnungsperiode September 2020. C. als Geschäftsführerin und D. als deren Stellvertreterin hätten arbeitgeberähnliche Stellungen im Betrieb inne. Es bestehe daher kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. An dieser Auffassung hielt die Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 10. März 2021 fest.

B.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft hiess die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 17. Februar 2022 in dem Sinne gut, als es den Einspracheentscheid vom 10. März 2021 aufhob und die Angelegenheit zur Neuberechnung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückwies.

C.

Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt im Wesentlichen die Aufhebung dieses Urteils und die Bestätigung des vorangegangenen Einspracheentscheids, indem festzustellen sei, dass C. eine arbeitgeberähnliche Stellung inne hat.

B. beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 145 V 380 E. 1 Ingress mit Hinweis).

Rückweisungsentscheide, mit denen eine Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, gelten grundsätzlich als Zwischenentscheide, weil sie das Verfahren nicht abschliessen; sie können nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 oder 93 BGG beim Bundesgericht angefochten werden (BGE 140 V 282 E. 2; 133 V 477 E. 4.2). Wenn aber der unteren Instanz, an die die Sache zurückgewiesen wird, kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt und die Rückweisung bloss der (rein rechnerischen) Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich materiell um einen Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG (BGE 140 V 282 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil 8C_759/2018 vom 13. Juni 2019 E. 1).

Mit dem angefochtenen Rückweisungsentscheid wird die Arbeitslosenkasse gezwungen, die weiteren Voraussetzungen des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung zu prüfen. Da das Verfahren somit noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient, handelt es sich um einen selbstständig eröffneten Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Die Vorinstanz bejahte in grundsätzlicher Hinsicht den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in der hier zu beurteilenden Zeit (September 2020) für C. und D.. In dieser verbindlichen Vorgabe liegt der nicht wiedergutmachende Nachteil. Sollten die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein, wäre die Arbeitslosenkasse gezwungen, eine ihres Erachtens rechtswidrige Verfügung zu erlassen, während sie sich ausserstande sähe, ihren eigenen Rechtsakt anzufechten (vgl. BGE 140 V 282 und SVR 2016 IV Nr. 4 S. 11, 9C_703/2015 E. 5.1). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

2.1. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

2.2. Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

3.

3.1. Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat September 2020 für C. in grundsätzlicher Hinsicht bejaht hat. Der vorinstanzliche Schluss auf eine fehlende arbeitgeberähnliche Stellung von D. wird letztinstanzlich nicht beanstandet.

3.2.

3.2.1. Mit der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) hat der Bundesrat Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt, u.a. den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet.

So sah Art. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vor, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten oder eingetragenen Partner oder Partnerinnen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Diese Bestimmung wurde allerdings mit Änderung der Verordnung vom 20. Mai 2020 mit Wirkung per 1. Juni 2020 wieder aufgehoben (AS 2020 1777), weshalb die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung hier keine Rechtsgrundlage bildet.

3.2.2. Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

Hervorzuheben ist, dass die Frage, ob Arbeitnehmende einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten ist (BGE 122 V 270 E. 3; ARV 2004 S. 196, C 113/03 E. 3.2). Keine Prüfung des Einzelfalls ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. OR) sowie die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, für welche das Gesetz in der Eigenschaft als Verwaltungsrat in Art. 716-716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben vorschreibt (BGE 145 V 200 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen).

4.

4.1. Die Vorinstanz erwog, C. sei gemäss Arbeitsvertrag vollzeitlich seit 1. Januar 2020 als Geschäftsführerin der Einzelfirma zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 6600.- angestellt. Sie sei Leiterin Food und Beverage (F & B) mit den Abteilungen Service und Küche. D. sei vollzeitlich seit 1. Februar 2020 als stellvertretende Geschäftsführerin angestellt zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 6000.-. Ihr obliege die Hotelleitung mit Rezeption und Housekeeping. Die jeweiligen Stellvertretungen würden gegenseitig übernommen. Beide seien nicht im Handelsregister eingetragen und besässen daher auch keine Zeichnungsbefugnis. Unstrittig seien sie damit Angestellte in leitenden Funktionen. C. sei als Geschäftsführerin direkt B. unterstellt. Als Fachfrau im Bereich F & B erledige sie sämtliche anfallenden administrativen Aufgaben. Sie sei Hauptansprechperson bei Fragen oder Anliegen der Gäste in ihrem Fachbereich. Sie unterstütze die Küchenleitung in der Planung und Umsetzung ihrer Aufgaben. Sie leite daher auch direkt die Service- und Küchencrew. Weiter übernehme sie die Administration, Organisation und Leitung der Bankettabteilung. Sie sei verantwortlich für die Speisekarte und das Weinsortiment in Zusammenarbeit mit B.. Weiter sei sie für die Bestellungen der Getränke verantwortlich. Sie setze die Budgetvorgaben um und sei zuständig für die Personalplanung im Bereich Service und Bankett. Sie übernehme auch Schichten im Service. Gegenüber Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sei sie weisungsberechtigt und gebe Empfehlungen bezüglich Boni für die Mitarbeitenden ab. Ausgaben bis Fr. 1000.- könne sie ohne Absprache mit B. tätigen.

Die Vorinstanz zog hieraus den Schluss, die Kompetenzen von C. (und D.) beschränkten sich klar auf das operative Tagesgeschäft. B. begleite dieses operative Geschäft eng. Alle Entscheidungen, die über das Tagesgeschäft hinausgingen, treffe dieser alleine oder zusammen mit seiner Ehefrau. Die Unternehmenspolitik liege ausschliesslich in den Händen des Ehepaares. Hinsichtlich der Zukunftsplanung, der Entwicklung und der strategischen Ausrichtung von Hotel und Gasthof seien vor allem das Ehepaar zusammen mit ihrem Treuhänder Entscheidungsträger. Die Kompetenz zur Personalplanung von C. beinhalte nicht die Möglichkeit, ohne vorgängige Zustimmung von B. Mitarbeitende einzustellen, zu entlassen, Pensumsänderungen oder Lohnerhöhungen auszusprechen oder Kurzarbeit anzuordnen. Sie besässe lediglich ein Vorschlagsrecht. Wie alle anderen Mitarbeitenden führe sie überdies eine von B. kontrollierte und gegengezeichnete Arbeitszeitkontrolle. Sie könne demnach die Unternehmung nicht massgeblich beeinflussen und sei kein faktisches Organe der Einzelfirma im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG, weshalb sie grundsätzlich auch nach dem 1. Juni 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe.

4.2. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, B. sei nicht nur Inhaber der Einzelfirma Hotel A., sondern auch Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der E. AG. Beides seien seit Generationen Familienbetriebe. Einmal pro Woche finde eine Sitzung mit B., seiner Ehefrau, C. und D.

statt. Dabei werde B. vom operativen Geschäft berichtet und dieses besprochen. Wichtige Themen würden diskutiert, danach treffe B. die Entscheidungen. Diese Sitzungen seien als Geschäftsleitungssitzungen zu qualifizieren. Mit Blick auf das Personalwesen habe die Geschäftsführerin C. die Bewerbungsgespräche für neue Mitarbeitende alleine geführt und B. habe einzig seine Zustimmung zu den einzelnen Schritten (Stelleninserat) und zur Einstellung erteilt. Massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes werde auch dadurch ausgeübt, dass der Entscheidungsträger durch Berichte oder Argumente überzeugt werde, was die Vorinstanz verkenne. Entgegen der bundesrechtswidrigen Auffassung im angefochtenen Urteil könne eine arbeitgeberähnliche Stellung somit auch ohne Entscheidungskompetenz der betreffenden Person vorliegen. Der wöchentliche Austausch und die Meinung von C. bildeten die Grundlage für die Entscheidungen von B., weshalb C. massgeblichen Einfluss darauf habe. Auch treffe die Aussage von B. anlässlich der vorinstanzlichen Parteiverhandlung nicht zu, wonach C. keinen Arbeitsvertrag unterzeichnen dürfe, denn derjenige von D. sei von ihr unterschrieben worden. Die aktive Personalführung liege bei ihr. Erst bei grossen Problemen mit Mitarbeitenden komme B. oder seine Ehefrau dazu.

5.

5.1. Es steht fest, dass C. keine formelle Organstellung innehat. Sie unter Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu subsumieren, ginge nur dann an, wenn nachgewiesen wäre, dass sie als materielles oder faktisches Organ zu qualifizieren wäre, sie mithin als Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums über massgeblichen Einfluss hinsichtlich der unternehmerischen Willensbildung verfügt hätte. Die Vorinstanz stellte fest, dass sich die Kompetenzen von C. klar auf das operative Tagesgeschäft beschränkten, wobei auch dieses eng von B. zusammen mit seiner Ehefrau begleitet werde und an den wöchentlichen Sitzungen die Geschehnisse der vergangenen Woche nach- und die kommende Woche vorbesprochen würden. Umsatzzahlen, Mitarbeiterkosten, Budgetfragen und Anliegen sowie anstehende Entscheidungen seien Sitzungsthemen. Alle Entscheidungen über das Tagesgeschäft hinaus, treffe B. allein oder zusammen mit seiner Ehefrau. Diese Feststellungen der Vorinstanz sind nicht willkürlich.

5.2.

5.2.1. In Bezug auf die Rechtslage ist vor Augen zu halten, dass hinter dieser Regelung der Gedanke der Verhütung von Missbräuchen steht (Selbstausschaltung von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen usw., Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit u.ä.). Eine solche Missbrauchsgefahr besteht hauptsächlich bei Personen, die als oberste Entscheidungsträger eines Betriebes befugt sind, Kurzarbeit anzuordnen. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG erfasst nur Personen, welchen bei der Willensbildung des Betriebes entscheidende oder zumindest massgebliche Bedeutung zukommt, was auf Mitglieder des höchsten Entscheidungsgremiums, nicht aber auf Angestellte in untergeordneten Kaderfunktionen zutrifft (BGE 120 V 526 mit Hinweisen; vgl. ferner BGE 122 V 272; SVR 1997 ALV Nr. 101 S. 309, E. 5a, C 102/96).

5.2.2. Eine derart weitreichende Entscheidungskompetenz kommt C. nach den Feststellungen der Vorinstanz nicht zu. Darunter fallen nach dem soeben Dargelegten einzig versicherte Personen, die nicht nur Entscheidungskompetenzen im Rahmen des operativen Tagesgeschäfts besitzen, sondern auch in strategischer Hinsicht über die Unternehmung (mit) bestimmen können (Ausrichtung,

Einschränkung und Beendigung der Unternehmenstätigkeit). Dass C. massgeblichen Einfluss im Rahmen der Geschäftsführung hat und sich B. mit ihr und den übrigen genannten Personen wöchentlich im beschriebenen Umfang austauscht und berät, rechtfertigt keinen Ausschluss vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Wie die Vorinstanz zutreffend darlegte, genügt für die massgebliche Beeinflussung der Unternehmensgeschicke nicht, dass B. als gelernter Metzger auf die langjährige Erfahrung von C. im Gastronomiebereich setzt und im Einzelfall auf ihre Vorschläge eingeht oder gewisse Berichte als überzeugend wertet. Dies trifft in diesem Sinne für viele leitende Angestellte zu, ohne dass sie als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums zu qualifizieren und vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen wären.

5.3. Was die Beschwerdeführerin konkret zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten will, dass B. nicht nur Inhaber der Einzelfirma Hotel A. sei, sondern in erster Linie Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der E. AG, legt sie nicht substantiiert dar. Die zu diesem Einwand neu ins Recht gelegten Dokumente (Auszüge aus dem Internet-Auftritt der E. AG) sind, soweit novenrechtlich überhaupt zulässig (Art. 99 BGG), für den Verfahrensausgang ohne Belang. Gleiches gilt für den beigelegten Auszug aus der Internetseite www.lohnanalyse.ch, der in Bezug auf die Lohnhöhe von C. darlegen soll, dass sie mit einem Monatslohn von Fr. 6'600.- mehr als eine "normale Angestellte" verdiene. Selbst wenn damit ihr monatliches Gehalt über dem Durchschnitt einer "normalen Angestellten" liegen sollte, kann daraus im vorliegenden Kontext nicht abgeleitet werden, dass sie für den Betrieb massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der Rechtsprechung besitzt. Weiter ist der ebenfalls eingereichte Handelsregisterauszug über die E. AG zwar als gerichtsnotorische Tatsache vom Novenverbot nicht erfasst (BGE 135 III 88 E. 4.1; vgl. auch JOHANNA DORMANN, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 99 BGG). Es lässt sich hieraus aber nichts ableiten für die in Bezug auf die Einzelunternehmung zu beantwortende Frage der arbeitgeberähnlichen Stellung von C., die im Handelsregister nicht eingetragen ist.

5.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz in bundesrechtskonformer Weise C. nicht als oberste Entscheidungsträgerin qualifizierte, die einen bestimmenden Einfluss auf die betrieblichen Entscheidungen und somit die Geschicke der Einzelfirma hat. Das vorinstanzliche Urteil ist rechtens.

6.

Die unterliegende Arbeitslosenkasse trägt die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1) und hat dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Demnach erkennt das Bundesgericht:

Demnach erkennt das Bundesgericht

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.