

Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (RHT), entreprises publiques ou subventionnées, risque d'exploitation

**Art. 31 al. 1 LACI ;  
51 al. 1 OACI**

A l'annonce des mesures prises par les autorités suisses suite à la pandémie Covid-19, une société ayant notamment pour buts de promouvoir, d'encadrer, de soutenir, de protéger et d'intégrer dans la société des personnes handicapées demande à bénéficier d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. Déboutée par l'autorité administrative, puis par la juridiction cantonale, elle recourt au TF.

Le TF rappelle que, lors de l'appréciation des conditions de l'art. 31 al. 1 let. d LACI, il faut, selon une pratique constante, partir du caractère probablement temporaire de la perte de travail et du maintien des emplois lors de l'octroi de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail, tant qu'il n'existe pas de faits concrets permettant de tirer la conclusion contraire. Selon la jurisprudence, le but de l'indemnité est de compenser le risque économique auquel le personnel concerné par la réduction de l'horaire de travail est exposé en raison de la perte de son emploi, perte due aux risques propres à l'entreprise (faillite, fermeture).

**Dans le cas du personnel des entreprises publiques**, l'élément déterminant pour l'évaluation du droit est de savoir si l'octroi de l'indemnité permet d'éviter à court terme un licenciement ou une non-réélection (« *Nichtwiederwahl* »). **Dans le cas d'entreprises subventionnées par les pouvoirs publics**, il convient d'examiner dans quelle mesure, respectivement dans quels domaines partiels de l'entreprise concernée il existe, d'une part, une assurance de couverture complète des frais d'exploitation et, d'autre part, s'il faut s'attendre, dans les domaines partiels financés exclusivement (ou éventuellement partiellement) par des fonds privés, à un recul de la demande dû à des mesures prises par les autorités et à la résiliation de postes de travail qui en résulterait (c. 3.1.2). Selon la juridiction cantonale, lorsqu'un employeur n'assume pas de risque d'exploitation, il n'a pas de raison de licencier des collaborateurs, même en cas de mauvaise marche des affaires ; tel est notamment le cas lorsque les éventuels déficits sont pris en charge par les pouvoirs publics. **Dans le cas d'espèce, l'entreprise recourante avait conclu un contrat de prestations avec le canton, prévoyant le versement d'un forfait par personne prise en charge.** Compte tenu de ce financement partiel par les pouvoirs publics, la situation n'était pas comparable à celle d'une entreprise privée. C'est donc à bon droit que l'autorité administrative avait, selon les juges cantonaux, nié le droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (c. 3.2).

**Le TF ne partage pas cet avis.** Il n'est pas prouvé, relève-t-il d'emblée, que les contributions versées par le canton constituent une garantie de déficit ; on ne peut donc soutenir que l'entreprise n'assume pas de véritable risque d'exploitation. **Tout au plus est-il établi que celle-ci est partiellement subventionnée par les pouvoirs publics, ce qui ne suffit pas pour exclure l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail** (c. 3.4.1). L'argument selon lequel les emplois auraient de toute façon dû être maintenus en raison du but social de la recourante, de sorte que l'indemnité de chômage n'aurait servi qu'à compenser une perte de chiffre d'affaires, ne permet pas non plus de nier le droit à l'indemnité de chômage. Un risque de perte d'emploi existait au contraire, dès lors que l'institution n'était financée que partiellement par les pouvoirs publics. En l'absence de véritable garantie de déficit, la recourante supportait donc, comme une entreprise privée, un risque d'exploitation, voire de faillite. Enfin, le risque de licenciement ne peut être évalué rétrospectivement, comme l'avait fait l'instance cantonale (c. 3.4.2). Le TF admet donc le recours et renvoie la cause à la juridiction inférieure pour qu'elle procède à des investigations complémentaires et rende une nouvelle décision (c. 3.4.3).

**Auteur : Alexis Overney, avocat à Fribourg**

Beschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2022 (AVI 2021/18).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die Gesellschaft A. reichte am 27. März 2020 die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie ab 27. März bis 27. September 2020 ein. Sie erwartete Arbeitsausfälle für die Bereiche B. (100 % für 9 Arbeitnehmende), Werkstätten (Industriegruppen; 80 % für 90 Arbeitnehmende), Tagesstruktur Autismus (80 % für 5 Arbeitnehmende), Mechanik (80 % für 11 Arbeitnehmende), Komiktheater (100 % für 9 Arbeitnehmende) sowie schliesslich für den Bereich Beschäftigung C. (60 % für 20 Arbeitnehmende). Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen (AWA) erhob mit den Verfügungen vom 2. Juni 2020 jeweils keinen Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen, wobei ein Anspruch in der Begründung jedoch unter Hinweis auf die von Bund und Kanton übertragene soziale Aufgabe der einzelnen Bereiche der Gesellschaft A. verneint wurde. Am 23. Juli 2020 wurden für alle Bereiche neue Verfügungen erlassen mit dem Hinweis "ersetzt Verfügung vom 2. Juni 2020", in denen das AWA, mit gleichbleibender Begründung, Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen erhob. An dieser Auffassung hielt das AWA auch auf die erhobenen Einsprachen für die Bereiche Werkstätten, Mechanik und B. hin fest (Einspracheentscheid vom 18. Januar 2021).

### **B.**

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen mit Entscheid vom 20. Januar 2022 ab.

### **C.**

Die Gesellschaft A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides seien ihr die angebotenen Kurzarbeitsentschädigungen für die Bereiche Werkstätten, Mechanik und B. zuzusprechen. Das AWA und das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichteten auf eine Stellungnahme.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** 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).

**1.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG; BGE 145 V 57 E. 4).

## **2.**

Zur Frage steht zunächst, ob ein Rückkommen auf die Verfügungen vom 2. Juni 2020, in denen das AWA zwar einleitend "keinen Einspruch" gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen erhob, sich in der nachfolgenden Begründung aber dagegen aussprach, zulässig war.

**2.1.** Die Vorinstanz qualifizierte diesen Widerspruch als zweifellose Unrichtigkeit der Verfügungen und erkannte daher auf die Zulässigkeit einer Wiedererwägung im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG. Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine zweifellose Unrichtigkeit der Verfügungen sei nicht gegeben. Der Argumentation der Vorinstanz, dass die Begründung nicht dem Willen der Verwaltung entsprochen habe, könne nicht gefolgt werden, weil nicht die Begründung, sondern das Dispositiv der (bereits rechtskräftigen) Verfügungen massgeblich sei.

**2.2.** Inwiefern das kantonale Gericht Bundesrecht verletzt haben sollte, indem es das Rückkommen auf die Verfügungen vom 2. Juni 2020 bestätigte, ist nicht erkennbar. Die Verfügungen enthalten einen unauflösbaren Widerspruch, wenn einerseits kein Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben wird, andererseits aber mit der Begründung ein Anspruch darauf ausgeschlossen wird. Ein solcher Widerspruch ist von der Behörde gestützt auf Art. 93quater ff. des sanktgallischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; sGS 9515.1) ohne Verhandlung von Amtes wegen zu erläutern. Die Behörde ist dabei nicht an eine Frist gebunden (vgl. Urteil 5A\_316/2017 vom 30. August 2017 E. 4 mit Hinweisen). Dass der Beschwerdegegner am 23. Juli 2020 neue Verfügungen (jeweils mit dem Hinweis "ersetzt Verfügung vom 2. Juni 2020") erlassen hat, ist damit im Ergebnis mit der Vorinstanz nicht zu beanstanden.

## **3.**

Streitig ist im Übrigen, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die mit Einspracheentscheid vom 18. Januar 2021 durch das AWA verfügte Ablehnung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung ab 27. März 2020 bestätigte.

### **3.1.**

**3.1.1.** Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, insbesondere zur Voraussetzung des vorübergehenden Arbeitsausfalls und des durch die Kurzarbeitsentschädigung zu erwartenden Arbeitsplatzerhalts (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG) sowie zu den durch behördliche Massnahmen bedingten Arbeitsausfällen (Art. 51 Abs. 1 AVIV), zutreffend dargelegt. Es wird darauf verwiesen.

**3.1.2.** Hervorzuheben ist, dass bei der Beurteilung der Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG nach ständiger Praxis von der wahrscheinlich vorübergehenden Natur des Arbeitsausfalls und vom Erhalt der Arbeitsplätze bei Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung auszugehen ist, solange nicht konkrete Sachverhalte vorliegen, welche die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 121 V 371 E. 2a; 111 V 379; SVR 1996 ALV Nr. 73 S. 223 ff., C 191/95 E. 3b; ARV 1995 Nr. 19 S. 112 ff., C 218/94 E. 1).

Zu ergänzen ist, dass der Zweck der Entschädigung rechtsprechungsgemäss darin besteht, das wirtschaftliche Risiko auszugleichen, welches dem von Kurzarbeit betroffenen Personal durch Arbeitsplatzverlust zufolge der dem Betrieb eigenen Risiken (Konkurs, Schliessung) droht. Beim Personal von öffentlichen Betrieben ist unter diesem Aspekt bei der Beurteilung des Anspruchs entscheidend, ob durch die Zusprechung der Entschädigung kurzfristig eine Entlassung oder Nichtwiederwahl verhindert werden kann (BGE 121 V 362; ARV 2008 Nr. 14 S. 239 ff., 8C\_198/2007; ARV 1996/1997 Nr. 22 S. 123 ff., C 8/96; ARV 1993/1994 Nr. 18 S. 137 ff., C 55/93; Urteil 8C\_558 + 559/2021 vom 20. Januar 2022; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2415 Rz. 496).

Bei Betrieben, welche durch die öffentliche Hand subventioniert werden, ist zu prüfen, inwieweit beziehungsweise in welchen Teilbereichen des gesuchstellenden Unternehmens einerseits eine Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und ob andererseits in den ausschliesslich (oder allenfalls teilweise) durch private Gelder finanzierten Teilbereichen ein durch behördliche Massnahmen bedingter Nachfragerückgang und die dadurch bedingte Kündigung von Arbeitsstellen zu erwarten ist (Urteil 8C\_769/2021 vom 3. Mai 2022 E. 5).

**3.2.** Das kantonale Gericht erwog, es bestehe auch bei schlechtem Geschäftsgang und fehlenden Aufträgen kein Bedarf, Mitarbeitende zu entlassen, wenn ein Arbeitgeber kein eigentliches Betriebsrisiko trage, weil allfällige Defizite durch die öffentliche Hand übernommen würden. Gemäss Handelsregistereintrag bestehe der Zweck des von der Beschwerdeführerin betriebenen Ladenlokals ("B.") sowie ihrer Abteilungen Mechanik und Industrie vorab darin, Menschen mit Behinderung zu fördern, betreuen, unterstützen, beschützen und in die Gesellschaft zu integrieren. Dafür erhalte sie unter anderem gestützt auf das sanktgallische Gesetz über die soziale Sicherung und Integration von Menschen mit Behinderung (BehG; sGS 381.4; Art. 16) Leistungen des Kantons im Rahmen jährlich abgeschlossener Leistungsvereinbarungen. Diese würden, so die Vorinstanz weiter, Pauschalen pro leistungsnutzende Person bis zum maximalen Leistungsumfang vorsehen. Diese Leistungen seien auch in der ausserordentlichen Phase der Covid-19-Pandemie ausgerichtet worden. Es sei davon auszugehen, dass die soziale Zielsetzung und nicht wirtschaftliche Faktoren im Vordergrund stünden. Gemäss den von der Beschwerdeführerin eingereichten Betriebsrechnungen habe sich die Zahl der Mitarbeitenden denn auch im Rahmen der Vorjahre bewegt. Ein Kündigungsrisiko sei zudem von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht worden. Auch habe sie im Jahr 2020 gestützt auf die Leistungsvereinbarung weit mehr erhalten, als sie selber erwirtschaftet habe. Schliesslich verfüge sie über einen Schwankungsfonds, was zusätzlich gegen ein Entlassungsrisiko der Arbeitnehmenden spreche. Angesichts der teilweisen Finanzierung durch die öffentliche Hand lasse sich die Situation in der vorliegenden Konstellation nicht mit privaten Arbeitgebenden vergleichen. Gestützt auf diese Erwägungen erkannte die Vorinstanz, dass der Beschwerdegegner den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu Recht verneint habe.

**3.3.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe ein Betriebsrisiko zu Unrecht retrospektiv beurteilt und verneint, weil die öffentliche Hand ihre Defizite übernehme. Ihr Betrieb werde durch den Kanton jedoch lediglich (gestützt auf eine Leistungsvereinbarung) mitfinanziert, eine Defizitgarantie bestehe indessen nicht. Von Kündigungen habe sie, so die Beschwerdeführerin weiter, abgesehen, nachdem sie gestützt auf die Verfügungen vom 2. Juni 2020 von ihrer Anspruchsberechtigung ausgegangen sei. Dem Schwankungsfonds würden nur Überschüsse, welche die Einrichtung mit stationären Wohnangeboten und Tagesstrukturen erziele, in limiterter Weise zugewiesen zur Deckung von Defiziten. Insgesamt trage sie das unternehmerische Risiko wie ein privates Unternehmen.

### **3.4.**

**3.4.1.** Gemäss Vorinstanz setzt sich die Beschwerdeführerin für Menschen ein, die Förderung, Betreuung, Unterstützung oder Schutz brauchen, und betreibt zu diesem Zweck Institutionen, die auf deren besondere Bedürfnisse eingehen. Das kantonale Gericht scheint davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bei der Erfüllung dieser Aufgaben kein eigentliches Betriebsrisiko trage, weil allfällige Defizite durch die öffentliche Hand übernommen würden. Dass es sich dabei um eine eigentliche Defizitgarantie handle, ist gestützt auf die vorinstanzlichen Feststellungen indessen nicht ausgewiesen. Vielmehr beschafft sich die Beschwerdeführerin die finanziellen Mittel nach den Erwägungen des kantonalen Gerichts gemäss Handelsregisterauszug durch Jahresbeiträge der Mitglieder, freiwillige Beiträge von Mitgliedern und Gönnern, Vermächtnisse und Vergabungen, Erträge des Vereinsvermögens und eventuelle Betriebsüberschüsse der Institutionen. Die öffentliche Hand gewähre Beiträge, wobei die gemäss Leistungsvereinbarung geschuldeten Abgeltungen in Form von Pauschalen auch während der Pandemie ausgerichtet worden seien. Damit kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Beschwerdeführerin staatliche Zuschüsse erhält. Zu deren Umfang beziehungsweise inwieweit die Betriebskosten durch die öffentliche Hand gestützt auf die Leistungsvereinbarung gedeckt werden, erwog die Vorinstanz indessen lediglich, dass von den betroffenen Betriebsabteilungen im Jahr 2020 weitaus tiefere Erträge aus Dienstleistung, Handel und Produktion erzielt worden seien, als sie aus der inner- und ausserkantonalen Leistungsabteilung eingenommen hätten. Damit steht allein fest, dass die Beschwerdeführerin teilweise durch die öffentliche Hand subventioniert wird, was für den Ausschluss eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung indessen nicht genügt. Schliesslich geht auch die Vorinstanz selber davon aus, dass im Jahr 2020 ein Umsatzrückgang stattgefunden habe.

**3.4.2.** Auch mit dem Argument, dass die Arbeitsstellen wegen des sozialen Zwecks der Beschwerdeführerin ohnehin hätten erhalten werden müssen, die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung somit lediglich zum finanziellen Ausgleich für den Umsatzrückgang gedient hätte, lässt sich eine Anspruchsberechtigung nicht verneinen. Angesichts der lediglich teilweisen Finanzierung durch die öffentliche Hand und des somit auch für die Beschwerdeführerin vorhandenen wirtschaftlichen Risikos bestand entgegen der Vorinstanz auch die Gefahr eines Arbeitsplatzverlustes. Unter welchen Voraussetzungen überhaupt und mit welchen Fristen den Beschäftigten - seien es Betreuende oder Betreute - bei schlechtem Geschäftsgang gekündigt werden könnte, klärte die Vorinstanz nicht. Besteht keine Defizitgarantie, trägt die Beschwerdeführerin wie ein privates Unternehmen ein entsprechendes Betriebs- beziehungsweise Konkursrisiko, dem ein solches Unternehmen mit Kündigungen begegnen würde. Daran kann nichts ändern, dass die Beschwerdeführerin gemäss Vorinstanz über einen Schwankungsfonds verfügt habe, ist damit doch über das massgebliche Kriterium des Arbeitsplatzverlusts noch nichts gesagt. Wie die Beschwerdeführerin schliesslich zu Recht geltend macht, lässt sich das für die Beurteilung der Anspruchsberechtigung massgebliche Kündigungsrisiko auch nicht rückblickend bestimmen und anhand der tatsächlichen Mitarbeiterzahlen verneinen, die sich gemäss Vorinstanz Ende 2020 gegenüber den Vorjahren auf ungefähr gleichem Niveau bewegt hätten.

**3.4.3.** Zusammengefasst traf die Vorinstanz keine hinreichenden Feststellungen zur Frage, inwieweit die von der öffentlichen Hand zwar subventionierten, aber nicht durch eine Defizitgarantie abgedeckten Betriebskosten von einem durch die behördlichen Pandemiemassnahmen bedingten Nachfragerückgang betroffen waren. Gleiches gilt hinsichtlich der Frage, ob beziehungsweise in welchem Zeitrahmen die Möglichkeit bestanden hätte, Mitarbeitenden zu kündigen. Damit verletzte das kantonale Gericht Bundesrecht, denn die Anspruchsberechtigung liess sich dadurch nicht

zuverlässig beurteilen (vgl. BGE 143 V 19 E. 6.1.3 a.E.). Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen weiteren Abklärungen treffe und nach Prüfung der Leistungsberechtigung gestützt auf eine entsprechende Gesamtbetrachtung neu entscheide.

**4.**

Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz mit noch offenem Ausgang gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen im Sinne von Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG (BGE 132 V 215 E. 6.1; Urteil 8C\_715/2016 vom 6. März 2017 E. 6). Das Verfahren ist grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 62 BGG), dem unterliegenden, in seinem amtlichen Wirkungskreis und nicht in seinem eigenen Vermögensinteresse handelnden AWA sind indessen keine Gerichtskosten (Art. 65 Abs. 1 und 4 lit. a BGG) aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; BGE 133 V 640 E. 4; Urteil 8C\_432/2021 vom 20. Januar 2022 E. 6). Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2022 aufgehoben. Die Sache wird zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

**3.**

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2800.- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.