

Préavis de réduction de
l'horaire de travail,
employeur ayant son siège
à l'étranger

**Art. 8 ALCP ; 65 al. 1 R (CE)
n° 883/2004 ; 31, 36 et 121
LACI ; 119 OACI**

En date du 27 mars 2020, la société X. Ltd, ayant son siège au Royaume-Uni, présente une déclaration préalable de réduction de l'horaire de travail du salarié A., employé en Suisse. La Caisse bernoise de chômage refuse cette annonce, au motif que la société n'a **pas de siège en Suisse**. Le Tribunal administratif du canton de Berne admet le recours interjeté par A. contre cette décision au motif que le droit interne n'exige pas que l'employeur ait son siège en Suisse, et renvoie la cause à la caisse. La caisse recourt au TF.

Le TF rappelle que, s'agissant d'une situation transfrontalière, **le droit européen est applicable**, via l'art. 121 al. 1 let. a LACI. Il cite le chiffre 2 de la décision U3 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale du 12 juin 2009 relative au chômage partiel, selon lequel si une personne reste employée par une entreprise dans un Etat membre autre que celui sur le territoire duquel elle réside, mais que son activité est suspendue alors qu'elle reste candidate à réintégrer son poste à tout moment, elle est considérée comme étant en chômage partiel et **les prestations afférentes sont servies par l'institution compétente de l'Etat membre d'emploi**, conformément à l'art. 65, par. 1, R (CE) n° 883/2004 (c. 3.1).

Si l'Etat d'emploi n'est pas la Suisse, les employés ne peuvent pas prétendre aux indemnités de chômage partiel selon le droit suisse, quel que soit leur lieu de domicile. Selon le droit suisse, est considérée comme « en emploi » la personne qui est affiliée comme dépendante à l'AVS (c. 5.1). En l'espèce, l'employée **travaillait en Suisse et était affiliée au système d'assurances sociales suisses** (art. 13 al. 1 R [CE] n° 883/2004). **Ceci ne suffit toutefois pas à lui ouvrir le droit aux prestations de chômage partiel selon le droit suisse**. D'autres conditions doivent être remplies **au niveau de l'entreprise**. L'entreprise doit notamment démontrer une perte minimale d'heures de travail sur l'ensemble de l'entreprise ou dans l'un de ses départements pour que la Suisse soit considérée comme le pays d'emploi. A cet égard, une employée en Suisse ne représente pas à elle seule une structure opérationnelle permanente de l'entreprise en Suisse, si bien que **la Suisse ne saurait être considérée comme le pays d'emploi** (c. 5.2). De plus, l'art. 65 R (CE) n° 883/2004 constitue une *lex specialis* par rapport aux dispositions générales du règlement ancrées au titre II (art. 11 à 16). La Caisse bernoise de chômage n'est donc pas compétente pour faire droit à la demande de RHT.

Auteure : Emilie Conti Morel, avocate à Genève

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. November 2020 (200 20 585 ALV und 200 20 742 ALV).

Sachverhalt:

A.

Die im Vereinigten Königreich domizilierte, im Tourismusbereich tätige X. Ltd. liess am 27. März 2020 die Voranmeldung von Kurzarbeit ab dem 1. April 2020 für die in der Schweiz beschäftigte Angestellte A. einreichen. Dagegen erhob das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (nachfolgend: AfA) mit Verfügung vom 7. Mai 2020 Einspruch, weil die X. Ltd. keinen Betriebssitz in der Schweiz habe, weshalb sie keine Voranmeldung für Kurzarbeit einreichen könne. Die dagegen von A. erhobene Einsprache wies das AfA ab (Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020).

B.

Die hiergegen eingereichte Beschwerde der A. hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Bern gut und wies die Sache zur Abklärung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen im Sinne der Erwägungen und Neuverfügung an das AfA zurück (Entscheid vom 26. November 2020). An der im Namen der X. Ltd. geführten Beschwerde hielt A. im Laufe des Verfahrens nicht mehr fest, sodass das Verwaltungsgericht, nachdem es beide Verfahren vereinigt hatte, dieses Verfahren als erledigt vom Protokoll abschrieb.

C.

Das AfA führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei der Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020 zu bestätigen.

A. schliesst sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde. Die X. Ltd. wie auch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Beim angefochtenen Rückweisungsentscheid handelt es sich, da das Verfahren noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (SVR 2008 IV Nr. 39 S. 131, 9C_684/2007 E. 1.1), um einen - selbstständig eröffneten - Vor- oder Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (BGE 133 V 477 E. 4.2 S. 481 f. mit Hinweisen). Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt somit - alternativ - voraus, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Abs. 1 lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Abs. 1 lit. b).

1.2. Nach der Rechtsprechung liegt bei einem Rückweisungsentscheid, welcher - wie vorliegend - der Verwaltung Vorgaben für den Erlass einer ihres Erachtens rechtswidrigen Verfügung macht, für diese ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG vor (BGE 133 V 477 E. 5.2 S. 483; Urteil 8C_682/2007 vom 30. Juli 2008 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 134 V 392). Auf die Beschwerde des AfA ist demnach 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 S. 236 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. Es liegt ein länderübergreifender Sachverhalt vor, der auf der Grundlage von Art. 8 FZA (SR 0.142.112.681) und Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA in Verbindung mit Art. 11 ff. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1; nachfolgend: VO Nr. 883/2004) und den diese konkretisierenden Vorgaben der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO Nr. 883/2004 (SR 0.831.109.268.11; nachfolgend: VO Nr. 987/2009) zu beurteilen ist. Die entsprechenden Bestimmungen finden in der Arbeitslosenversicherung durch den Verweis in Art. 121 Abs. 1 lit. a AVIG Anwendung.

Ziff. 2 des Beschlusses Nr. U3 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12. Juni 2009 hält zur Bedeutung des Begriffs «Kurzarbeit» im Hinblick auf die in Art. 65 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 genannten Personen fest, dass eine Person, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dessen Gebiet sie wohnt, weiter bei einem Unternehmen beschäftigt ist und die vorübergehend nicht arbeitet, die jedoch jederzeit an ihren Arbeitsplatz zurückkehren kann, als Kurzarbeiter anzusehen ist, und die entsprechenden Leistungen gemäss Art. 65 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 vom zuständigen Träger des Beschäftigungsmitgliedstaats zu erbringen sind. Als Grund hierzu nennt die Verwaltungskommission in Ziff. 6 ihrer Erwägungen, das von Art. 65 der VO Nr. 883/2004 verfolgte Ziel des Schutzes der Arbeitslosen würde verfehlt, wenn eine Person, die bei demselben Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnstaat beschäftigt bliebe und vorübergehend nicht arbeite, dennoch als vollarbeitslos anzusehen wäre und sich somit an den Träger des Wohnorts wenden müsste, um dort Leistungen bei Arbeitslosigkeit zu erhalten.

3.2. Gemäss schweizerischem Recht hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit bei der kantonalen Amtsstelle anzumelden (Art. 36 Abs. 1 AVIG). Die örtliche Zuständigkeit der kantonalen Amtsstelle richtet sich für die Kurzarbeitsentschädigung nach dem Ort des Betriebes (Art. 119 Abs. 1 lit. b AVIG).

Die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen [AS 2020 877, 1075, 1201]) und den damit eingeführten Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit enthält für die zu beurteilende Problematik keine einschlägigen Bestimmungen, weshalb sie als Rechtsgrundlage ausser Betracht fällt.

4.

4.1. Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie trotz Sitz der X. Ltd. im Vereinigten Königreich einen grundsätzlichen Anspruch der angemeldeten Arbeitnehmerin auf Kurzarbeitsentschädigung nach AVIG bejaht hat.

4.2. Die Vorinstanz erwog, es gebe keine gesetzliche Grundlage, die einen Betriebssitz in der Schweiz verlange. Namentlich Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG setze einzig die Beitragspflicht des betroffenen Arbeitnehmers voraus (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 3 AHVG), was hier erfüllt sei. Ebenso wenig ergebe sich eine solche Anspruchsvoraussetzung aus Art. 36 Abs. 1 AVIG, welcher einzig das Verfahren zur Anmeldung von Kurzarbeit regle und namentlich bestimme, dass die Voranmeldung bei der kantonalen Amtsstelle einzureichen sei. Art. 37 AVIG umschreibe die Pflichten des Arbeitgebers, ohne Anspruchsvoraussetzungen festzulegen. Damit sei bereits aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Unterstellung der betroffenen Mitarbeiterin in der Schweiz nach den Bestimmungen des AVIG ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu bejahen, sofern die weiteren Voraussetzungen nach Art. 31 AVIG erfüllt seien. Die Anwendbarkeit des FZA liess die Vorinstanz offen, da die Beschwerde bereits gestützt auf nationales Recht gutzuheissen sei. Die Sache sei deshalb zur Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an den Beschwerdeführer zurückzuweisen sei.

4.3. Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Vorinstanz verletze mit ihrer Auffassung Art. 36 AVIG in Verbindung mit Art. 119 Abs. 1 lit. b AVIV. Denn das AfA sei für die Beurteilung der Voranmeldung von Kurzarbeit für den im Vereinigten Königreich und somit nicht in der Schweiz bzw. im Kanton Bern domizilierten Betrieb örtlich nicht zuständig. Der von Kurzarbeit betroffene Betrieb müsse im Zuständigkeitsbereich einer inländischen kantonalen Amtsstelle liegen, was bei fehlendem Betrieb in der Schweiz nicht der Fall sei.

5.

5.1. Abweichend vom Territorialitätsprinzip, das für sozialrechtliche Ansprüche mit grenzüberschreitendem Bezug grundsätzlich an den Wohnort anknüpft, ist für die Leistungsausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung der Beschäftigungsstaat zuständig (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2402 Rz. 458). Dieses Prinzip ist auch in der VO Nr. 883/2004 verankert, die in koordinationsrechtlichem Sinne festlegt, welcher Mitgliedstaat für die verschiedenen Zweige der sozialen Sicherheit zuständig ist. Anwendung findet sie gemäss ihres Art. 3 Abs. 1 lit. h unter anderem für alle Rechtsvorschriften, die Leistungen bei Arbeitslosigkeit betreffen und bezüglich der Kurzarbeit verweist sie auf das Recht des Beschäftigungsstaats (Art. 65 Abs. 1). Kurzarbeit gilt dabei als eine Sonderform der Arbeitslosigkeit, die EU-rechtlich als vorübergehende Teilarbeitslosigkeit im Rahmen eines fortbestehenden Arbeitsverhältnisses definiert wird (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2402 Rz. 458; SUSANNE DERN, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO [EG] Nr. 883/2004, Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Kommentar, 2012, N. 9 ff. zu Art. 65 VO Nr. 883/2004; Kreisschreiben des SECO über die Auswirkungen der Verordnungen [EG] Nr. 883/2004 und 987/2009 auf die Arbeitslosenversicherung [KS ALE 883], Rz. A38 f.). Liegt der Beschäftigungsort nicht in der Schweiz, können die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden nicht von der Kurzarbeitsentschädigung nach schweizerischem Recht profitieren, und zwar unabhängig von ihrem Wohnort. Nach Art. 1 lit. a VO Nr. 883/2004 gilt dabei als Beschäftigung jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt. Eine Beschäftigung nach schweizerischem Recht liegt vor, wenn die betreffende Person in einem für Beschäftigung geschaffenen System sozialer Sicherheit gesetzlich versichert ist

(KS ALE 883 Rz. A4 ff.). Entscheidend ist, ob die betreffende Person AHV-rechtlich als unselbstständig erwerbstätig gilt. Als Beschäftigte sind folglich alle Personen zu betrachten, die AHV-rechtlich als unselbstständig erwerbstätig gelten.

5.2. Es steht in sachverhaltlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdegegnerin in der Schweiz tätig und sozialversicherungsrechtlich abgabepflichtig ist (vgl. Art. 13 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 8 VO Nr. 987/2009). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist damit jedoch der grundsätzliche Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nach Schweizer Recht nicht bereits gegeben. Auch wenn die Arbeitnehmenden allein Anspruchsberechtigte sind und die Anspruchsberechtigung auf Kurzarbeit in persönlicher Hinsicht an das AHV-Beitragsstatut anknüpft (Art. 31 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG), sind zusätzlich betriebsbezogene Voraussetzungen zu erfüllen. Denn die Kurzarbeitsregelung greift an verschiedenen Stellen den Begriff des Betriebes auf. So ist organisatorische Bezugsgrösse für die Berechnung des Mindestarbeitsausfalls der gesamte Betrieb oder eine Betriebsabteilung, sofern diese als Organisationseinheit betrachtet werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn die Gruppe nur wenige Arbeitnehmende oder gar nur eine einzelne Person umfasst (Weisung des SECO in: AVIG-Praxis KAE Rz. C31-C36). Auch der Anspruch eines ausländischen Arbeitgebers auf Kurzarbeitsentschädigung in der Schweiz hängt entscheidend hiervon ab, was die Vorinstanz in Verletzung von Bundes- und internationalem Recht verkennt. In der vorliegenden Konstellation mit nur einer in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden, die nicht in einem Betrieb oder Betriebszweig der X. Ltd. in der Schweiz beschäftigt wird und daher nicht als eigene Betriebsabteilung angesehen werden kann, gilt die Schweiz nicht als Beschäftigungsstaat. Daran knüpft aber die Leistungsberechtigung, wie dargelegt, in betrieblicher Hinsicht bei Kurzarbeit an. Das Institut der Kurzarbeitsentschädigung folgt insoweit eigenen Anspruchs- und Bemessungsvorschriften (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2401 Rz. 456). Deshalb ist ein solcher Anspruch nicht schon aufgrund des Umstands zu bejahen, dass die Beschäftigte in der Schweiz sozialversicherungspflichtig ist und allenfalls bei Ganzarbeitslosigkeit Arbeitslosenentschädigung nach schweizerischem Recht erhalten könnte. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besitzt dementsprechend andere Anknüpfungskriterien, indem echte und unechte Grenzgänger bei Vollarbeitslosigkeit Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Wohnstaats erhalten bzw. erhalten können (unechte Grenzgänger besitzen ein Wahlrecht; zum Begriff der Vollarbeitslosigkeit vgl. DERN, a.a.O., N. 9 ff. zu Art. 65 VO Nr. 883/2004; KS ALE 883 Rz. A38 f. A71 ff. und D34; für den deutschen Staat spiegelbildlich ebenso: Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Kurzarbeit in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug, WD 6 - 3000 - 073/20, vom 24. August 2020 [www.bundestag.de]).

5.3. Zu keinem anderen Ergebnis führte Art. 11 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 VO Nr. 883/2004, da diese vorliegend nicht zur Anwendung gelangen. Art. 11 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 bestimmt als Grundregel, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. Art. 13 Abs. 1 VO Nr. 883/2004 befasst sich mit der Zuständigkeit bei Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten. Der Titel II der VO Nr. 883/2004 (Art. 11-16) enthält allgemeine Kollisionsregeln zur Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften. Diese allgemeinen Vorschriften gemäss Titel II gelten jedoch nur insoweit, als die besonderen Bestimmungen für die einzelnen Leistungsarten nichts anderes bestimmen, welche Titel III bilden ("Besondere Bestimmungen über die verschiedenen Arten von Leistungen": Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft [Kapitel 1, Art. 17-35], Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten [Kapitel 2, Art. 36-40], Sterbegeld [Kapitel 3, Art. 42-43], Leistungen bei Invalidität [Kapitel 4, Art. 44-49], Alters- und Hinterbliebenenrenten [Kapitel 5, Art. 50-60], Leistungen bei Arbeitslosigkeit [Kapitel 6, Art. 61-65], Vorruhestandsleistungen [Kapitel 7, Art. 66], Familienleistungen [Kapitel 8, Art. 67-69], besondere

beitragsunabhängige Geldleistungen [Kapitel 9, Art. 70]; BGE 144 V 127 E. 4.2.2 S. 130 m.w.H; SVR 2019 Nr. 39 S. 151, 2C_461/2018 E. 3.3.1). Als besondere Bestimmung für Leistungen bei Arbeitslosigkeit geht damit Art. 65 VO Nr. 883/2004 den allgemeinen Bestimmungen vor.

5.4. Zusammenfassend fehlt es hier an einer Anbindung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Arbeitgeberin an dauerhafte betriebliche Strukturen in der Schweiz. Nachdem somit bei Kurzarbeit oder sonstigem vorübergehenden Arbeitsausfall Arbeitslosenleistungen nach den Vorschriften des Beschäftigungsstaats, als ob die Arbeitnehmenden dort wohnten, gewährt werden (Art. 65 Abs. 1 VO Nr. 883/2004; KS ALE 883 Rz. D34) und Art. 119 Abs. 1 lit. b AVIV damit übereinstimmend die örtliche Zuständigkeit der kantonalen Amtsstelle nach dem Ort des Betriebs festlegt, bestehen hinreichende gesetzliche Grundlagen, die den anspruchsverneinenden Entscheid des Beschwerdeführers stützen. Der vorinstanzliche Entscheid, der sich einzig nach der sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht der von Kurzarbeit betroffenen Beschwerdegegnerin richtet, ist somit rechtswidrig ergangen. Die Beschwerde ist begründet.

6.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 26. November 2020 wird aufgehoben und der Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom 6. Juli 2020 bestätigt.

2.

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

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, der X. Ltd., dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.