

## **TI\_GERICHTE 38.2003.98 vom 14. November 2003**

TI Tribunale d'appello, 2003-11-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_38.2003.98](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2003.98)

FR: TI\_GERICHTE 38.2003.98 du 14 novembre 2003

IT: TI\_GERICHTE 38.2003.98 del 14 novembre 2003

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Erwägungen**

#### **E. 7**

In rappresentanza del lavoratore avevamo quindi inoltrato un'istanza presso la Pretura di \_\_\_\_\_, per ottenere il pagamento dei salari arretrati e del salario per il periodo di disdetta, per un totale di fr. 19'647.95. L'istanza era stata inoltrata contro il signor \_\_\_\_\_ che, dalla documentazione in nostro possesso, ritenevamo fosse il datore di lavoro. Avevamo già previsto che la \_\_\_\_\_ SA sarebbe presumibilmente fallita e non ci sembrava giusto rinunciare alla possibilità di chiamare in causa il responsabile di questa situazione. Il Pretore di \_\_\_\_\_, con sentenza del 15 maggio 2003, ha però ritenuto che il datore di lavoro era la \_\_\_\_\_ SA e non il signor \_\_\_\_\_.

#### **E. 8**

La \_\_\_\_\_ SA era stata nel frattempo dichiarata in fallimento, con decreto del 3 marzo 2003. Abbiamo quindi provveduto ad insinuare i crediti salariali all'Ufficio esecuzioni e fallimenti di \_\_\_\_\_ e a chiedere l'indennità per insolvenza. L'insinuazione del credito salariale e la domanda d'insolvenza rispecchiano quanto richiesto con l'istanza inoltrata alla Pretura di \_\_\_\_\_.

#### **E. 9**

Con decisione del 29 agosto 2002, la Cassa CO1 ci ha comunicato di non riconoscere, al fine del diritto all'indennità per insolvenza, l'importo di fr. 2'927.50 che si riferiva all'indennizzo per giorni di riposo non goduti. Questa decisione era motivata dal fatto che non esisteva una dichiarazione che il nostro rappresentato non avesse usufruito dei regolari giorni di riposo.

#### **E. 10**

In data 3 settembre 2003 abbiamo inoltrato opposizione contro la decisione citata in precedenza. Con la contestata decisione del 14.11.2003 la cassa CO1 ha riconfermato la sua posizione.

#### **E. 11**

Nell'opposizione del 3 settembre 2003 abbiamo ampiamente sviluppato la problematica riguardante il controllo delle presenze e dei giorni di libero nell'ambito del settore della ristorazione. Il Contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera (CCNL), è al proposito estremamente chiaro. L'articolo 21 impone al datore di lavoro il controllo dell'orario di lavoro e dei giorni di riposo indicando pure che, nel caso in cui il datore di

lavoro non adempie ai suoi obblighi, vale quale prova, in caso di controversia, quella effettuata dal lavoratore. Nel presente caso siamo confrontati con un datore di lavoro che, oltre a tutta una serie di mancanze che risultano chiaramente dagli atti allegati, non ha mai tenuto un controllo delle presenze. Il calcolo dell'indennizzo per i giorni di libero non goduti è quindi stato effettuato sulla base del controllo effettuato dal lavoratore.

#### **E. 12**

Nel caso in cui la \_\_\_\_\_ SA non fosse fallita, avremmo sicuramente inoltrato un'istanza salariale alla Pretura di \_\_\_\_\_. Siamo certi che il Pretore, basandosi su una solida giurisprudenza in materia, avrebbe accolto le nostre rivendicazioni. Bisogna inoltre rilevare che l'amministrazione del fallimento ha pure accolto integralmente l'insinuazione del credito salariale, indennizzo per giorni di libero compresi, e collocata in prima classe. Nel caso in cui il credito fosse stato contestato avremmo avuto la possibilità di iniziare una procedura di riconoscimento di debito che riteniamo avremmo portato a buon fine. Siamo quindi ora paradossalmente confrontati con un riconoscimento del debito da parte dell'amministrazione del fallimento e un diniego da parte della cassa CO1 per quanto riguarda l'indennizzo per giorni di libero non goduti.

#### **E. 13**

Non ci rimane quindi altra possibilità che contestare la decisione della Cassa CO1 che nega il diritto all'indennità per insolvenza per quanto concerne l'indennizzo per i giorni di libero non goduti. La decisione della Cassa ci sembra poco sostenibile ed in pratica è basata unicamente sul fatto che, e citiamo "tale rivendicazione fa sorgere qualche dubbio in quanto ciò significherebbe che, escludendo i 17 giorni di vacanza di agosto e i 2 giorni di riposo in marzo e giugno, per circa 9 mesi di lavoro non avrebbe goduto di alcun giorno di libero" . Questo fatto potrà far sorgere qualche dubbio, ma è semplicemente quanto realmente accaduto e la cassa stessa non può confutarlo. Non ci sembra quindi che si possa negare un diritto perché la rivendicazione fa sorgere qualche dubbio . La Cassa indica pure che il ricorrente non ha fornito alcuna documentazione di non aver effettuato 75.7 giorni di libero. Il nostro rappresentato ha tenuto nota dei giorni di libero effettuati e li ha comunicati, nostro tramite, alla Cassa. Se lo ritiene opportuno si può inviare un calendario con indicati questi giorni di riposo e, conseguentemente, i giorni di lavoro svolti; questo non cambia nulla alle indicazioni fornite. (...)." (cfr. doc. I) 1.3. Nella sua risposta del 1° dicembre 2003 la Cassa ha chiesto di respingere il ricorso e, in particolare, ha osservato che: "(...) Nell'ambito delle assicurazioni sociali, il Giudice fonda la propria decisione, salvo disposizione contraria, sui fatti che, in mancanza di una prova precisa, appaiono come altamente verosimili, vale a dire che presentano una verosimiglianza preponderante. Non è dunque sufficiente che un fatto sia considerato soltanto come un'ipotesi possibile (cfr. DTF 125 V 193, cons. 2; art. 74 OADI). La Cassa ritiene che il cpv. 3 dell'art. 16 CCNL debba essere interpretato alla luce di tale principio generale. Pertanto se da una parte il controllo effettuato dal lavoratore verrà ammesso come prova, dall'altra egli lo deve rendere verosimile. Il signor RI1, ma anche sua moglie alla quale è stata notificata la stessa decisione, sostiene di vantare nel periodo 1° gennaio 2002 / 23 ottobre 2002 ben 75.7 giorni di riposo non goduti. Tali affermazioni sono mere allegazioni di parte (lo stesso RA1 afferma di non avere un conteggio specifico dei giorni di riposo del signor RI1, cfr. scritto del 10 giugno 2003) ed, inoltre, fanno sorgere qualche dubbio. Infatti, escludendo i

#### **E. 17**

giorni 105 giorni 105 : 7 x 2 = giorni 30 di libero maturati giorni 30 a fr. 159.10 (22/30 di fr. 3'500.-) fr. 4'773.- Chiedo pertanto che la Cassa CO1 sia tenuta a riconoscere il versamento dell'indennità per insolvenza anche per i giorni di libero non goduti che, per il periodo riconosciuto, ammontano a fr. 4'773.-" (cfr. doc. XXVII) Dal canto suo la Cassa, con lettera del 20 luglio 2004, ha comunicato al TCA che: "(...) in risposta alla vostra lettera del 15 luglio 2004 comunichiamo che la nostra Cassa, con decisione del 14.11.2003, non ha concesso gli importi chiesti dal patrocinatoro del signor RI1 a compensazione dei giorni di riposo non effettuati (1 a settimana), pertanto non entriamo nel merito per quel che concerne i due giorni di libero settimanali. (...)" (cfr. doc. XXVIII) in diritto 2.1. Il 1° gennaio 2003 è entrata in vigore la Legge sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali del 6 ottobre 2000 (LPGA; RS 830.1). Ai sensi dell'art. 52 cpv. 1 della LPGA le decisioni emesse in virtù dell'art. 49 LPGA possono essere impugnate entro trenta giorni mediante opposizione all'istanza che le ha notificate. In virtù del fatto che in via di principio (cfr. art. 82 cpv. 2 LPGA) le norme di procedura entrano in vigore immediatamente (cfr. SVR 2004 AHV Nr. 3 consid. 3.2.; SVR 2003 IV Nr. 25, consid. 1.2, pag. 76; STFA del 27 gennaio 2004 nella causa P., I 474/03, consid. 2.3.; DTF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMI 1998 KV no. 37 pag. 316 consid. 3b), tutte le decisioni emanate dopo il 1° gennaio 2003 sono rette dalla procedura di opposizione. Per fissare il momento dell'emanazione della decisione è determinante la sua consegna alla posta (vedi DTF 119 V 95 consid. 4a) (cfr. lettera 29 novembre 2002 del TFA alle autorità di ricorso cantonali nel campo delle assicurazioni sociali). La procedura d'opposizione si applica a tutti i campi delle assicurazioni sociali, ad eccezione della previdenza professionale. L'art. 52 cpv. 2 LPGA stabilisce che le decisioni su opposizione vanno pronunciate entro un termine adeguato. Sono motivate e contengono un avvertimento relativo ai rimedi giuridici. Inoltre, secondo l'art. 52 cpv. 3 LPGA, la procedura d'opposizione è gratuita e di regola non sono accordate ripetibili. Per quanto riguarda invece le norme di diritto materiale, nel diritto delle assicurazioni sociali sono determinanti i disposti in vigore al momento in cui si è realizzata la fattispecie rilevante (cfr. DTF 129 V 1, consid. 1.2, pag. 4; DTF 128 V 315 = SVR 2003 ALV Nr. 3; DTF 127 V 466, consid. 1, pag. 467; DTF 126 V 163, consid. 4b, pag. 166; DTF 125 V 42, consid. 2b, pag. 44; DTF 123 V 70, consid. 2, pag. 71; DTF 122 V 34, consid. 1, pag. 36 con riferimenti; RAMI 1999 n. K 994 pag. 321 consid. 2; STFA del 20 gennaio 2003 nella causa V. e V.-A., K 133/01 e STFA del 23 gennaio 2002 nella causa L., H 114/01). Di conseguenza, in casu, visto che la presente fattispecie si riferisce a un periodo precedente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni (decisione impugnata del 14 novembre 2003 con effetto per il periodo dal 24 giugno al 23 ottobre 2002; cfr la domanda d'indennità per insolvenza di cui al doc. 6), non sono applicabili le disposizioni di diritto materiale della LPGA, in vigore dal 1° gennaio 2003 (cfr. STFA del 5 luglio 2004 nella causa M., I 690/03 e STFA del 4 giugno 2004 nella causa L., H 6/04). Lo stesso vale per le norme entrate in vigore il 1° luglio 2003 con la terza revisione della LADI, accettata dal popolo il 24 novembre 2002 (cfr. FF N. 14 del 9 aprile 2002 pag. 2502 segg.; RU N. 24 del 24 giugno 2003 pag. 1728 segg.). Al caso concreto vanno dunque applicate le norme in vigore fino al 31 dicembre 2002. 2.2. Secondo l'art. 51 cpv. 1 LADI i lavoratori soggetti all'obbligo di contribuzione, al servizio di datori di lavoro che sottostanno in Svizzera ad una procedura d'esecuzione forzata o che occupano in Svizzera lavoratori, hanno diritto all'indennità per insolvenza se: a. il loro datore di lavoro é stato dichiarato in fallimento e se a quel momento vantano crediti salariali oppure b. il fallimento non viene dichiarato soltanto perché in seguito a manifesto indebitamento del datore di lavoro nessun creditore é

disposto ad anticipare le spese o c. hanno presentato, contro il datore di lavoro, una domanda di pignoramento per crediti salariali. Il cpv. 2 del medesimo articolo stabilisce che non hanno diritto all'indennità per insolvenza le persone che, in qualità di soci, di membri di un organo dirigente dell'azienda o finanziariamente partecipi della società, prendono parte alle decisioni del datore di lavoro o possono esercitarvi un influsso considerevole, nonché i loro coniugi che lavorano nell'azienda. In una decisione del 24 marzo 2004 nella causa P. (C 113/03), il Tribunale federale delle assicurazioni (TFA) ha confermato l'esclusione dal diritto alle indennità per insolvenza vista la posizione dell'assicurato quale direttore con diritto di firma collettiva a due della SA sua datrice di lavoro. In quel caso, ritenuto che l'assicurato aveva lavorato anche presso un'altra SA - nella quale figurava iscritto quale amministratore con diritto di firma collettiva a due - e visto lo stretto legame tra le ditte, l'Alta Corte ha sviluppato, tra l'altro, le seguenti considerazioni: " (...) 3.2 Selon la jurisprudence relative à l'art. 31 al. 3 let. c LACI - lequel, dans une teneur équivalente, exclut du droit à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail le même cercle de personnes que celui visé par l'art. 51 al. 2 LACI et auquel on peut se référer par analogie (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 consid. 1b) - , il n'est pas admissible de refuser, de façon générale, le droit aux prestations aux employés au seul motif qu'ils peuvent engager l'entreprise par leur signature et qu'ils sont inscrits au registre du commerce. Il y a lieu de ne pas se fonder de façon stricte sur la position formelle de l'organe à considérer; il faut bien plutôt établir l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes. C'est donc la notion matérielle de l'organe dirigeant qui est déterminante, car c'est la seule façon de garantir que l'art. 31 al. 3 let. c LACI, qui vise à combattre les abus, remplisse son objectif (SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5d). En particulier, lorsqu'il s'agit de déterminer quelle est la possibilité effective d'un dirigeant d'influencer le processus de décision de l'entreprise, il convient de prendre en compte les rapports internes existant dans l'entreprise. On établira l'étendue du pouvoir de décision en fonction des circonstances concrètes (DTA 1996/1997 no 41 p. 227 sv. consid. 1b et 2; SVR 1997 ALV no 101 p. 311 consid. 5c). La seule exception à ce principe que reconnaît le Tribunal fédéral des assurances concerne les membres des conseils d'administration car ils disposent ex lege (art. 716 à 716b CO), d'un pouvoir déterminant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI (DTA 1996/1997 no 41 p. 226 consid. 1b et les références). Pour les membres du conseil d'administration, le droit aux prestations peut être exclu sans qu'il soit nécessaire de déterminer plus concrètement les responsabilités qu'ils exercent au sein de la société (ATF 122 V 273 consid. 3). 4. 4.1 En l'espèce, le rôle tenu par le recourant au service de X. \_\_\_\_\_ SA ne peut être apprécié indépendamment de celui qu'il jouait au sein de Y. \_\_\_\_\_ SA. En effet, ces sociétés étaient étroitement liées sur le plan organisationnel, comme le démontre un document daté du 17 août 1999 et intitulé « Décisions et Directives » émanant de la direction commune aux deux entités et où X. \_\_\_\_\_ SA apparaît comme un simple département de Y. \_\_\_\_\_ SA. Les activités de ces sociétés se déployaient dans des locaux communs. Sur le plan économique également, des indices montrent une certaine confusion entre les deux patrimoines. Ainsi, le recourant, qui était formellement engagé par X. \_\_\_\_\_ SA, a-t-il été rétribué tantôt par l'une, tantôt par l'autre société. Dans un tel contexte, il est vraisemblable que le recourant disposait, en qualité d'administrateur de Y. \_\_\_\_\_ SA, d'un droit de regard sur les pièces comptables et sur la conduite des deux sociétés en question et pas seulement de cette dernière. En particulier, il n'aurait pas dû ignorer l'avis de surendettement émis le 13 octobre 1999 par Y. \_\_\_\_\_ SA. Au demeurant, le fait qu'il n'a plus perçu de salaire dès le mois d'octobre 1999 devait lui

révéler, si besoin était, l'étroite interdépendance financière des deux sociétés. Dans ces circonstances, l'assuré ne pouvait être surpris par la faillite subite de son employeur de sorte qu'il n'y a pas lieu de l'exclure du champ d'application de l'art. 51 al. 2 LACI. 4.2 Le recourant fait en outre valoir que, lorsqu'il a été appelé à occuper les fonctions de directeur de l'une et d'administrateur de l'autre de ces sociétés, la situation financière de ces dernières était si précaire qu'il n'existait aucune chance d'assainissement. Il estime avoir été trompé par les propriétaires économiques de ces entreprises qui l'ont placé à ces postes alors qu'elles étaient déjà au bord de la faillite et sans pour autant lui donner le pouvoir d'influencer ni la marche des affaires, ni la politique des entreprises. Il relève en particulier qu'il a été empêché de travailler dès la mise sous séquestre pénal des locaux des sociétés survenue le 19 novembre 1999. Ces circonstances ne sauraient le faire apparaître comme un salarié ordinaire et lui ouvrir le droit aux indemnités en cas d'insolvabilité de l'assurance-chômage. En édictant l'alinéa 2 de l'art. 51 LACI, le législateur a voulu exclure d'une protection particulière les personnes qui exercent aussi bien une influence sur la conduite des affaires et sur la politique de l'entreprise qu'un droit de regard sur les pièces comptables et ne sont, de ce fait, pas surprises par la faillite subite de l'employeur (FF 1994 I p. 362). Cette disposition n'exige donc pas que l'on puisse imputer aux intéressés une responsabilité effective dans l'insolvabilité de ce dernier. Preuve en soit que les conjoints des personnes visées par l'art. 51 al. 2 LACI, lorsqu'ils sont occupés dans la même entreprise, sont également exclus du cercle des ayants droit. (...)" (cfr. STFA del 24 marzo 2004 nella causa P., C 113/03) 2.3. Come visto (cfr. consid. 2.2) secondo l'art. 51 cpv. 1 lett. a LADI hanno diritto all'indennità per insolvenza gli assicurati che "vantano crediti salariali". Sulla base della delega generale di cui all'art. 109 LADI il Consiglio federale ha emanato l'art. 74 OADI che, quale disposizione esecutiva, circa la "Prova della verosimiglianza del credito salariale" stabilisce che: "La cassa può pagare l'indennità per insolvenza soltanto se il lavoratore rende verosimile il credito salariale verso il datore di lavoro." 2.4. In una decisione del 27 marzo 1995 nella causa M. (C 1/95), c hiamata a giudicare nel caso in cui la precedente istanza aveva concluso che il credito salariale verso il datore di lavoro non era verosimile e che pertanto all'assicurato andava negato il diritto alle indennità per insolvenza ai sensi dell'art. 74 OADI, la nostra Massima Istanza ha confermato il precedente giudizio e, in particolare, ha sviluppato le seguenti considerazioni: "(...) b) Aus der dargelegten gesetzlichen Ordnung sowie aus Sinn und Zweck der Insolvenzenschädigung ergibt sich, dass es für die Ausrichtung der Entschädigung genügt, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch glaubhaft macht, weil im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eine Lohnforderung meistens nicht lückenlos nachgewiesen werden kann. Für die Glaubhaftmachung reichen im Einzelfall beispielsweise Verdienstangaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, frühere Lohnabrechnungen, die Schuldanerkennung des frühern Arbeitgebers oder die Bescheinigung des Konkurs- oder Betreibungsamtes aus (ARV 1990 Nr. 8 S. 53 Erw. 2; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, N 11 zu Art. 52 AVIG; vgl. auch Rz 4.5 des Kreisschreibens des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit über die Insolvenzenschädigung, gültig ab 1. Januar 1992). 2.- Die Schiedskommission hat die angefochtene Ablehnungs-verfügung mit der mangelnden Glaubwürdigkeit der vom Beschwerdeführer behaupteten Lohnforderungen geschützt. Das für 1993 geltend gemachte, dem Höchstbetrag des versicherten Verdienstes entsprechende monatliche Einkommen von Fr. 8100.- sei der Ausgleichskasse am 15. Juni 1994 noch nicht bekannt gewesen, was darauf schliessen lasse, dass die Forderung erst nach der Konkurseröffnung

zu Lasten der Konkursmasse beziffert wurde. Zudem sei die Forderung erst auf Aufforderung der Arbeitslosenkasse hin im Konkurs eingegeben worden. Zwar könne der Versicherte im Konkurs diesen Lohn gegenüber der AHV angeben. Dieser sei aber aufgrund der Unterlagen nicht überprüfbar, zumal aus dem Kassabuch für das Jahr 1994 lediglich Teilbeträge ersichtlich seien. Zudem zeige ein Vergleich der Einträge im Individuellen Konto 1983 bis 1991, dass der durchschnittliche Jahreslohn knapp Fr. 76 000.-, 1992 sogar nur Fr. 36 000.- betragen habe. Schliesslich erscheine die Lohnforderung auch im Hinblick auf die schlechte Finanzlage der Gesellschaft als "übereisen" und dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechend. Bei dieser Sachlage erweise sich der behauptete Lohnanspruch als unglaubhaft, weshalb die Kasse die Insolvenzenschädigung zu Recht abgelehnt habe. Diesen Überlegungen ist voll und ganz beizupflichten. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nichts vorgebracht, was zu einer andern Beurteilung führen könnte. Insbesondere hätte der Beschwerdeführer während der gesamten Verfahrensdauer genügend Zeit gehabt, seinen Lohnanspruch in geeigneter Weise (Quittungen, Auszüge aus dem (Lohn-)Konto o.ä.) zu belegen bzw. glaubhaft zu machen. Der Einwand bezüglich der durch den Konkurs des Treuhänders bewirkten Verzögerungen erweist sich daher als unbehelflich. (...)" (cfr. STFA del 27 marzo 1995 nella causa M., C 1/95) 2.5. Secondo l'art. 21 cpv. 2 del contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) dell'industria alberghiera e della ristorazione il datore di lavoro deve registrare l'orario di lavoro effettivo e i riposi. Il collaboratore può richiedere in qualsiasi momento informazioni relative all'orario del lavoro, ai riposi, ai giorni festivi e alle vacanze che gli spettano. Il cpv. 3 del medesimo articolo stabilisce che se il datore di lavoro non adempie a questi obblighi verrà ammesso come prova il controllo effettuato dal collaboratore. Applicando questa norma, in una sentenza dell'8 marzo 2004 nella causa A., 4C.7/2004, la prima Corte civile del Tribunale Federale (TF) ha sottolineato che: "(...) Il est également apparu que la défenderesse, au mépris des art. 82 ch. 2 CCNT 1992 et 21 ch. 2 CCNT 1998, n'avait pas tenu un registre des heures de travail, ce qui, sous l'empire de la première CCNT, obligeait l'employeur à prouver que les heures supplémentaires réclamées n'étaient pas dues (art. 82 ch. 5 CCNT 1992), et, sous l'empire de la seconde, autorisait l'admission comme moyen de preuve du contrôle de la durée du temps de travail tenu par le travailleur (art. 21 ch. 3 CCNT 1998). Comme la recourante n'est pas parvenue à prouver que toutes les heures supplémentaires dont se prévalait la demanderesse avaient été compensées, l'autorité cantonale, au vu des normes conventionnelles précitées, pouvait parfaitement se fonder sur les décomptes personnels émanant de la travailleuse, qui ont été produits au dossier. (...)" 2.6. La Cassa ha riconosciuto all'assicurato l'indennità di insolvenza nella misura massima di fr. 4'046.70. In particolare la Cassa non ha riconosciuto all'assicurato l'importo di fr. 2'927.50 rivendicato per i giorni di riposo non goduti (cfr. doc. 1 e 6). Durante l'udienza del 2 giugno 2004 le parti hanno concordato con il giudice che la causa è circoscritta alla questione dei giorni di riposo (cfr. doc. XVII). Questo Tribunale deve dunque stabilire se è a ragione oppure no che la Cassa ha negato all'assicurato il diritto alle indennità di insolvenza per i giorni di riposo non goduti. Durante l'udienza del 12 luglio 2004 l'amministratore unico della SA datrice di lavoro dell'assicurato ha, in particolare, dichiarato che: "(...) Il giudice delegato chiede al teste se esistevano dei controlli delle ore di lavoro. La risposta è che faceva tutto il sig. RI1, io mi recavo a \_\_\_\_\_ soltanto 2 ore alla settimana. Il giudice delegato chiede al teste se il sig. RI1 si è lamentato per i giorni di riposo non goduti. Il teste precisa al riguardo: non posso dire di no, se ne è parlato però era lui ad organizzarsi il lavoro. Il giudice delegato sottolinea che comunque il rispetto delle

norme del contratto di lavoro spettava all'amministratore. Il teste, pur riconoscendo questo aspetto, sottolinea comunque che ci si trovava in una relazione di amicizia. (...)." (cfr. doc. XXV) Anche il direttore della SA datrice di lavoro dell'assicurato, durante l'udienza del 2 giugno 2004, ha, tra l'altro, dichiarato che: " (...) Il giudice delegato chiede al teste a chi chiedeva il sig. RI1 di potere godere dei giorni di libero. Il teste risponde che a me non li ha mai chiesti, mi risulta che fosse quasi sempre a \_\_\_\_\_. (...)." (cfr. doc. XVII) Dal canto suo il teste \_\_\_\_\_, durante l'udienza del 12 luglio 2004, con riferimento agli aspetti legati alle ore di lavoro, ai giorni liberi e alle vacanze, ha, in particolare, dichiarato che: " (...) Il giudice delegato chiede al teste se gli risulta che il sig. RI1 aveva dei problemi su questi aspetti. La risposta è sì, da quello che poteva vedere. Il sig. RI1 era sempre presente, anche perché se io facevo libero lui mi rimpiazzava, per cui credo che abbia fatto solo pochi giorni di libero. (...)." (cfr. doc. XXV) Dal calendario del 2002, da lui compilato, risulta che l'assicurato dal 1° gennaio al 23 ottobre 2002, fatte salve le vacanze dal 1° all'8 gennaio e dal 15 al 31 agosto, ha avuto libero durante i giorni dal 29 al 31 marzo e il 29 e 30 giugno (cfr. doc. VI/N2). Al riguardo, durante l'udienza del 2 giugno 2004, l'assicurato ha affermato che: " (...) Il giudice delegato chiede all'assicurato di precisare quando è stato compilato il calendario (allegato N2). L'assicurato risponde che l'ha compilato quando gliel'ha chiesto il sindacato, cioè dopo la conclusione del rapporto di lavoro e prima di rivendicare le pretese salariali. Il sig. RI1 precisa che in realtà vi era un'agenda dove la moglie, che pure lavorava presso il Ristorante-Night \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, marcava tutti gli orari. Questa agenda è però sparita. (...)." (cfr. doc. XVIII) Al proposito anche il teste, durante l'udienza del 12 luglio 2004 ha, in particolare, precisato che: " (...) Riguardo agli orari di presenza, il teste rispondendo al giudice, precisa che all'inizio vi era una tabella, poi è stata tolta. Non so da chi. (...)." (cfr. doc. XXV) In simili circostanze, viste le dichiarazioni dei testi appena riprodotte (in particolare quelle riguardanti la presenza dell'assicurato sul posto di lavoro e i suoi reclami nei confronti dell'amministratore unico della società sua datrice di lavoro) e in applicazione dell'abituale criterio della verosimiglianza preponderante valido nell'ambito delle assicurazioni sociali (cfr. STFA del 15 marzo 2004 nella causa P.B., C 292/02; STFA del 24 settembre 2003 nella causa R., C 281/02, consid. 1.3.2; STFA del 2 settembre 2003 nella causa C., U 319/02, consid. 1.3; STFA del 14 aprile 2003 nella causa M., U 165/02, consid. 1.2; STFA del 18 settembre 2001 nella causa W., C 264/99; STFA del 28 novembre 2000 nella causa S., H 407/99, consid. 5b; STFA del 22 agosto 2000 nella causa B., C 116/00, consid. 2b; STFA del 23 dicembre 1999 nella causa F., C 341/98, consid. 3; RDAT II-2001 N. 91 pag. 378; SVR 2001 KV N. 50 pag. 145; DTF 125 V 195; SZS 1993 pag. 106 consid. 3a; RCC 1986 pag. 202 consid. 2c, RCC 1984 pag. 468 consid. 3b, RCC 1983 pag. 250 consid. 2b; DTF 115 V 142 consid. 8b, DTF 113 V 323 consid. 2a, DTF 112 V 32 consid. 1c, DTF 111 V 188 consid. 2b; Meyer, "Die Rechtspflege in der Sozialversicherung", in Basler Juristische Mitteilungen (BJM) 1989 pag. 31-32; Scartazzini, "Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale", Basilea 1991, pag. 63), il TCA deve concludere che le dichiarazioni dell'assicurato circa i giorni di riposo non goduti sono credibili. Questo vale a maggiore ragione se si pone mente al fatto che dall'istruttoria è emerso che fino ad un certo momento esisteva una tabella sulla quale venivano marcati gli orari di presenza, che è stata tolta successivamente (cfr. consid 1.6., dichiarazione dell'assicurato, e consid. 1.9, dichiarazione del teste \_\_\_\_\_). Del resto va ancora ricordato che è sufficiente che l'assicurato renda verosimile il suo credito salariale e che, non avendo l'ex datore di lavoro registrato l'orario di lavoro effettivo e i riposi, va ammessa come prova il controllo

effettuato dal collaboratore (cfr. consid. 2.3, 2.4 e 2.5 e gli art. 74 OADI e art. 21 CCNL) Pertanto è a torto che la Cassa non ha riconosciuto all'assicurato le pretese per i giorni di riposo non goduti. 2.7. Per i giorni di riposo non goduti negli ultimi quattro mesi del rapporto di lavoro, meglio dal 24 giugno al 23 ottobre 2002, l'assicurato ha chiesto un importo pari a fr. 2'927.50 (cfr. doc. 6, punto 15, colonna E punto 2). Al riguardo va qui osservato che, secondo l'art. 61 cpv. 1 lett. d LPGA (norma di procedura che entra immediatamente in vigore; cfr. consid. 2.1), il tribunale delle assicurazioni non è legato alle conclusioni delle parti. Può cambiare una decisione o una decisione su opposizione a sfavore del ricorrente o accordargli più di quanto chiesto; deve comunque dare alle parti la possibilità di esprimersi e di ritirare il ricorso (per un commento cfr. U. Kieser, ATSG Kommentar, Schulthess 2003, ad art. 61, n. 77-81, pag. 622-624). Il TCA, ravvisata la possibilità di una revisione della decisione a favore dell'assicurato, ha dato alle parti, che l'hanno sfruttata, la possibilità di esprimersi in merito (cfr. consid. 1.10). Secondo l'art. 16 cpv. 1 del contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL) dell'industria alberghiera e della ristorazione il collaboratore ha diritto a 2 giorni di riposo alla settimana. Secondo il cpv. 5 del medesimo articolo i giorni di riposo non effettuati devono essere compensati entro 4 settimane, nelle aziende stagionali entro 12 settimane. Se tale compensazione non è possibile, i giorni di riposo non effettuati devono essere pagati alla fine del rapporto di lavoro. Sempre il CCNL, rinviando alla legge sul lavoro, stabilisce inoltre che il pagamento ammonta a 1/22 del salario mensile lordo per ciascun giorno. Durante il periodo dal 24 giugno al 23 ottobre 2002 l'assicurato ha maturato complessivamente 30 giorni di riposo e meglio: - dal 24 al 30 giugno 2 giorni di riposo - dal 1° al 31 luglio 8,8 giorni di riposo ( $31 : 7 \times 2 = 8,8$ ) - dal 1° al 31 agosto 4 giorni di riposo ( $14 : 7 \times 2 = 4$ ) - dal 1° al 30 settembre 8,6 giorni di riposo ( $30 : 7 \times 2 = 8,6$ ) - dal 1° al 23 ottobre 6,6 giorni di riposo ( $23 : 7 \times 2 = 6,6$ ) Considerato il salario mensile di fr. 3'500.-- (cfr. doc. 12) e visti i giorni di riposo non goduti pari a 30, al momento della disdetta (meglio al 23 ottobre 2002; cfr. doc. 12), l'ex datore di lavoro doveva dunque all'assicurato la somma di fr. 4'773.-- a questo titolo ( $3'500 : 22 = \text{fr. } 159,10; 159,10 \times 30 = \text{fr. } 4'773.--$ ). Pertanto, oltre all'importo non contestato e già riconosciuto di fr. 4'046.70, all'assicurato va pure riconosciuta la somma di fr. 4'773.-- per giorni di riposo non goduti negli ultimi quattro mesi del rapporto di lavoro. Di conseguenza la decisione impugnata va riformata nel senso che la richiesta d'indennità per insolvenza, presentata dall'assicurato il 27 maggio 2003 a seguito del fallimento della \_\_\_\_\_ SA, è riconosciuta nella misura massima di fr. 8'819.70 lordi. 2.8. Nella presente fattispecie dagli atti di causa risulta che l'assicurato ha inoltrato una "Domanda d'indennità per insolvenza" a seguito del fallimento della \_\_\_\_\_ SA sua datrice di lavoro (cfr. doc. 6 e FUSC \_\_\_\_\_). Questo Tribunale rileva innanzitutto che a Registro di commercio figurano iscritti quali amministratore unico e direttore con diritto di firma individuale della \_\_\_\_\_ SA \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. Visto poi quanto emerso durante le udienze del 2 giugno e del 12 luglio 2004 (cfr. doc. XVII e XXV), in particolare ritenuto che, da una parte un teste ha espressamente dichiarato che "(...) il sig. RII era certamente dipendente, anche se aveva più contatti di lui con le due persone citate (nдр.: trattasi dell'AU e del direttore della SA). (...)." (cfr. doc. XXV pag. 2) e che "(...) Il sig. RII era sempre presente, anche perché se io facevo libero lui mi rimpiazzava, per cui credo che abbia fatto pochi giorni libero. (...)." (cfr. doc. XXV pag. 2 e 3), d'altra parte lo stesso AU ha riconosciuto che, anche se solo oralmente, l'assicurato si è lamentato per i giorni di riposo non goduti e per le ore supplementari effettuate (cfr. doc. XXV pag. 5), il TCA deve concludere che le funzioni

svolte e la posizione ricoperta dal ricorrente in seno alla SA sua datrice di lavoro non erano tali da poterlo escludere dal diritto alle indennità per insolvenza ai sensi dell'art. 51 cpv. 2 LADI e della giurisprudenza federale citata (cfr. consid. 2.2). Questo Tribunale deve comunque ancora aggiungere che, nell'ipotesi in cui dal procedimento penale in corso contro l'assicurato (cfr. consid. 1.8) dovessero emergere nuovi elementi di giudizio rilevanti, alla Cassa sarebbe riservata la facoltà di adire questo Tribunale con un'istanza di revisione (cfr. art. 14 della Legge di procedura per le cause davanti al Tribunale cantonale delle assicurazioni e art.61 cpv. 1 lett. i LPGA; vedi inoltre la STFA del 30 marzo 1999 nella causa G., H 340/98; la STFA del 17 marzo 1998 nella causa B., C 57/95; la STFA del 17 marzo 1998 nella causa J., C 58/95; la STFA del 30 ottobre 1997 nella causa L., I 297/97 e RCC 1991 pag. 381). 2.9. Secondo l'art. 61 lett. g LPGA il ricorrente che vince la causa ha diritto al rimborso delle ripetibili secondo quanto stabilito dal tribunale delle assicurazioni. L'importo è determinato senza tener conto del valore litigioso, ma secondo l'importanza della lite e la complessità del procedimento. La disposizione transitoria dell'art. 82 cpv. 2 LPGA stabilisce poi che i Cantoni devono adeguare la loro legislazione alla presente legge entro cinque anni a partire dalla sua entrata in vigore. Fino a quel momento sono valide le prescrizioni cantonali in vigore precedentemente (cfr. DTF 129 V 115). Chiamata a pronunciarsi su un ricorso inoltrato da una cassa di disoccupazione contro il dispositivo di una decisione con la quale il Tribunale amministrativo del Canton Zugo l'aveva obbligata al versamento di una somma a titolo di ripetibili, alla luce delle prescrizioni cantonali applicabili, l'Alta Corte, in una decisione pubblicata in SVR 2004 ALV Nr. 8, ha, in particolare, sviluppato le seguenti considerazioni: "(...) 1.1 Vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 am 1. Januar 2003 war der Anspruch auf Parteientschädigung für das kantonale Beschwerdeverfahren auf dem Gebiete der Arbeitslosenversicherung, ebenso wie im Bereich der beruflichen Vorsorge, nicht bundes-, sondern kantonallyrechtlich geregelt (bis 31. Dezember 2002 in Kraft gewesener Art. 103 Abs. 6 AVIG). Nach früherer Rechtsprechung trat das Eidgenössische Versicherungsgericht daher auf Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen einen aus diesen Sozialversicherungszweigen stammenden kantonalen Parteikostenentscheid mangels bundesrechtlicher Anspruchsgrundlage nicht ein (BGE 112 V 111 ff.; ARV 1990 Nr. 11 S. 63). In BGE 126 V 143 ist das Gericht von dieser Praxis abgerückt und hat neu - zwecks Wahrung des Sachzusammenhangs und der Einheit des Prozesses auf dem Gebiete der Sozialversicherung - seine sachliche Zuständigkeit zur Überprüfung auch rein kantonallyrechtlich begründeter Prozess(kosten)entscheide bejaht (BGE 126 V 143, insb. 147 ff. Erw. 2b). Mit Inkrafttreten des ATSG ist diese Rechtsprechung für das Arbeitslosenversicherungsrecht - soweit ein angefochtener Entscheid zum Anspruch auf Parteientschädigung im kantonalen Verfahren nach dem 31. Dezember 2002 ergangen ist (vgl. zur Publikation in der Amtlichen Sammlung bestimmtes Urteil T. vom 23. Januar 2003 [H 255/02] Erw. 2.2; ndr.: pubblicata in DTF 129 V 113) - nur noch von beschränkter Tragweite, wie sich aus nachstehender Erwägung ergibt. 1.2 Neu verankert Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG für sämtliche von diesem Gesetz erfassten Regelungsgebiete, einschliesslich die Arbeitslosenversicherung (Art. 2 ATSG in Verbindung mit Art. 1 AVIG in der seit 1. Januar 2003 geltenden Fassung), einen Anspruch der obsiegenden Beschwerde führenden Person auf Ersatz der Parteikosten. Nach der Rechtsprechung ist diese geänderte prozessrechtliche Norm des Bundesrechts - im Unterschied zu den mit dem ATSG geänderten materiellrechtlichen Vorschriften - ab dem Tag dessen Inkrafttretens am 1.

Januar 2003 sofort anwendbar geworden; vorbehalten bleiben anders lautende Übergangsbestimmungen (BGE 129 V 115 Erw. 2.2, 117 V 93 Erw. 6b, 112 V 360 Erw. 4a; RKUV 1998 Nr. KV 37 S. 316 Erw. 3b; Urteil E. vom 20. März 2003 [I 238/02] Erw. 1.2). Von den im ATSG enthaltenen Übergangsregelungen ist allein Art. 82 Abs. 2 ATSG verfahrensrechtlicher Natur. Danach haben die Kantone ihre Bestimmungen über die Rechtspflege diesem Gesetz innerhalb von fünf Jahren nach seinem Inkrafttreten anzupassen; bis dahin gelten die bisherigen kantonalen Vorschriften. § 28 Abs. 2 des Zuger Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (Verwaltungsrechtspflegegesetz; Bereinigte Gesetzessammlung 162.1) sieht vor, dass im Rechtsmittelverfahren der ganz oder teilweise obsiegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen ist, ohne einzelne Gebiete des Verwaltungs-, insbesondere des Sozialversicherungsrechts hiervon auszunehmen. Materiellrechtlich genügt die kantonale Regelung damit den bundesrechtlichen Vorgaben des Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG. Hinsichtlich des grundsätzlichen Anspruchs der obsiegenden Partei auf Parteientschädigung (auch) im Arbeitslosenversicherungsprozess ist der zugerische Gesetzgeber mithin zu keiner Anpassung des Verwaltungsrechtspflegegesetzes innert fünf Jahren gehalten, womit der übergangsrechtliche Art. 82 Abs. 2 ATSG hier - wovon im vorliegenden Fall auch die Vorinstanz ausgegangen ist - keine eigenständige Rechtswirkung entfaltet, die der sofortigen Anwendbarkeit des Art. 61 lit. g Satz 1 ATSG entgegensteht. (...)" (cfr. SVR 2004 ALV Nr. 8, consid. 1, pag. 21 e 22) Secondo l'art. 22 della legge di procedura per le cause davanti al Tribunale cantonale delle assicurazioni (LPTCA), il ricorrente che vince la causa ha diritto nella misura stabilita dal giudice al rimborso delle spese processuali, dei disborse e delle spese di patrocinio (cpv. 1). L'importo delle ripetibili è determinato in relazione alla fattispecie ed alla difficoltà del processo, senza tener conto del valore litigioso (cpv. 2). Ora, visto il tenore della disposizione cantonale suenunciata e alla luce della giurisprudenza federale appena illustrata, anche nel nostro Cantone, la regolamentazione cantonale non deve essere adeguata all'art. 61 lett. g LPG (cfr. STFA del 31 marzo 2004 nella causa D., I 665/03). Va inoltre ricordato che, di regola, le ripetibili sono assegnate al ricorrente vincente in causa e rappresentato da un'organizzazione sindacale (cfr. STFA del 15 ottobre 2003 nella causa S., B 27/01 e B 30/01; STFA del 30 settembre 1998 nella causa R., I 462/97; STFA del 3 febbraio 1998 nella causa P., I 7/97; STFA dell'8 luglio 1997 nella causa D., I 73/96; DTF 122 V 278; circa il diritto a ripetibili della persona cognita in materia vedi pure STFA del 16 dicembre 2003 nella causa concernente C., K 140/01; STFA del 26 maggio 2003 nella causa M., C 98/02 e STFA del 13 gennaio 2000 nella causa K., U 284/99) anche in assenza di una esplicita richiesta (cfr. DTF 118 V 139). Al proposito, il Tribunale Federale delle Assicurazioni, nella sentenza pubblicata in DTF 126 V 11, ha avuto occasione di ricordare che: " Dans un arrêt du 12 juillet 1996 (ATF 122 V 278), le Tribunal fédéral des assurances a changé sa jurisprudence en matière de droit aux dépens. Il a jugé qu'une partie représentée par l'Association suisse des invalides (ASI) et qui obtient gain de cause a droit à une indemnité de dépens, tant pour la procédure de recours fédérale (ATF 122 V 280 consid. 3e/aa) que pour la procédure cantonale (VSI 1997 p. 36 consid. 5). A cette occasion, la Cour de céans a laissé indécis le point de savoir si cette réglementation est applicable lorsque d'autres organismes offrent une représentation qualifiée aux assurés (ATF 122 V 280 consid. 3e/bb). Selon la jurisprudence, peuvent également prétendre des dépens les assurés qui sont représentés par le Service juridique de la Fédération suisse pour l'intégration des handicapés (SVR 1997 IV n° 110 p. 341), Pro infirmis (arrêt non publié K du 30 avril

1998), l'Union Helvetia (arrêt non publié B. du 3 février 1995), le Syndicat industrie et bâtiment (arrêt non publié S. du 18 octobre 1982), un médecin (consid. 7 non publié de l'arrêt ATF 122 V 230), la rédaction du Schweizerischer Beobachter (arrêt non publié H. du 15 février 1999), le Patronato INCA (arrêt non publié G. du 19 novembre 1998), CARITAS (arrêt non publié P. du 28 mai 1998), diverses communautés de travail de malades et d'invalides (consid. 4 non publié dans Praxis 1998 n° 59 p. 374; arrêts non publiés S. du 28 novembre 1989 et H. du 7 mars 1986), l'avocat d'une assurance de protection juridique (arrêt non publié H. du 27 janvier 1992), le Centro Consulenze (arrêt non publié F. du 6 avril 1990) et l'association Schweizerische Multiple Sklerose (arrêt non publié S. du 3 février 1999)." In simili condizioni, visto l'esito della procedura, la Cassa verserà all'assicurato, rappresentato dalla RA1, la somma di fr. 800.-- a titolo di ripetibili.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.