

TI_GERICHTE 38.2004.100 vom 18. Mai 2005

TI Tribunale d'appello, 2005-05-18, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2004.100

FR: TI_GERICHTE 38.2004.100 du 18 mai 2005

IT: TI_GERICHTE 38.2004.100 del 18 maggio 2005

Regeste

Diritto a indennità di insolvenza negato. L'assicurato, che al momento del licenziamento vantava ancora pretese salariali e conosceva i problemi finanziari della ditta, ha infatti fatto valere i suoi crediti solo dopo il fallimento della stessa e dopo più di 17 mesi dalla fine del rapporto di impiego.

Erwägungen

E. 1

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 è stato dichiarato in fallimento e se a quel momento vantano crediti salariali oppure b. il fallimento non viene dichiarato soltanto perchè in seguito a manifesto indebitamento del datore di lavoro nessun creditore è disposto ad anticipare le spese o c. hanno presentato, contro il loro datore di lavoro, una domanda di pignoramento per crediti salariali." L'art. 55 cpv. 2 LADI stabilisce invece che: " Il lavoratore deve restituire l'indennità per insolvenza, se il credito salariale è respinto nella procedura di fallimento o di pignoramento, non è coperto per sua colpa intenzionale o sua grave negligenza oppure è successivamente soddisfatto dal datore di lavoro." 2.2. In una sentenza pubblicata in DLA 2002 pag. 190 seg. il TFA ha sottolineato che l'obbligo di riduzione del danno a carico del lavoratore, menzionato all'articolo 55 capoverso 1 LADI, esiste già prima dello scioglimento del rapporto di lavoro quando il datore di lavoro non versa - o non versa interamente - il salario e il lavoratore deve aspettarsi di subire una perdita. L'obbligo di riduzione del danno non è tuttavia lo stesso prima o dopo lo scioglimento del rapporto di lavoro: ciò dipende di volta in volta dal singolo caso. Non si esige necessariamente che l'assicurato avvii senza indugio un'esecuzione contro il suo datore di lavoro o che presenti un'azione contro quest'ultimo. Occorre invece che il lavoratore mostri in modo non equivoco e riconoscibile per il datore di lavoro il carattere serio del suo credito salariale. Contravviene al proprio obbligo di ridurre il danno, e non ha pertanto diritto all'indennità per insolvenza, l'assicurato che rinuncia a qualsiasi pratica utile per riscuotere il suo salario, poiché accetta di differire per un lungo periodo l'incasso del proprio credito in attesa di giorni migliori, senza una vera e propria garanzia che il datore di lavoro sia in grado di adempiere, in futuro, i suoi obblighi finanziari. In particolare l'Alta Corte ha sviluppato le seguenti considerazioni: " D'après la jurisprudence antérieure, lorsque l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie intervient après la fin des rapports de travail, le droit à l'indemnité présuppose que l'employeur ait déjà été insolvable au moment de la dissolution des rapports de travail et que l'ouverture de la faillite ou la demande de saisie ait été différée pour des motifs sur lesquels l'assuré n'avait aucune prise (ATF 114 V 59 consid. 3d). Par la suite, le Tribunal fédéral des assurances a

jugé qu'il existait également un droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité lorsque l'insolvabilité de l'employeur ne survient qu'après la dissolution des rapports de travail (arrêt B. du 18 février 2000 [C 362/98], dont un compte-rendu est publié dans la RSAS 2001 p. 92). L'obligation de diminuer le dommage qu'exprime l'art. 55 al. 1 LACI exige toutefois du travailleur qui n'a pas reçu son salaire, en raison de difficultés économiques rencontrées par l'employeur, qu'il entreprenne à l'encontre de ce dernier toute démarche utile en vue de récupérer sa créance, sous peine de perdre son droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Il s'agit d'éviter que l'assuré ne reste inactif en attendant le prononcé de la faillite de son ex-employeur (ATF 114 V 60 consid. 4; DTA 1999 no 24 p. 143 consid. 1c). En principe, l'obligation de diminuer le dommage à la charge du travailleur existe également avant la dissolution du rapport de travail, quand l'employeur ne verse pas - ou pas entièrement - le salaire et que le salarié peut s'attendre à subir une perte. Ce n'est pas le but de l'indemnité en cas d'insolvabilité de couvrir des créances de salaire auxquelles l'assuré a renoncé sans raison justifiée. L'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré avant la résiliation des rapports de travail n'est toutefois pas soumise aux mêmes exigences que la même obligation qui lui incombe après la résiliation des rapports de travail. L'étendue des démarches qui peuvent être exigées du travailleur pour récupérer tout ou partie de son salaire avant la fin des rapports de travail dépend de l'ensemble des circonstances du cas concret. On n'exige pas nécessairement de l'assuré qu'il introduise sans délai une poursuite contre son employeur ou qu'il ouvre action contre ce dernier. Il faut en tout cas que le salarié montre de manière non équivoque et reconnaissable pour l'employeur le caractère sérieux de sa prétention de salaire (arrêt N. du 15 octobre 2001 [C 194/01]). Une absence de liquidités de l'employeur de longue durée peut justifier une demande de sûretés par le travailleur (art. 337a CO), si ce dernier peut craindre légitimement que son salaire ne lui soit pas versé conformément au contrat, cela à la différence d'un retard exceptionnel et de peu d'importance qui ne saurait compromettre la confiance du travailleur dans le respect par l'employeur de ses obligations (Gabriel Aubert , l'employeur insolvable, in: Journée 1992 du droit du travail et de la sécurité sociale, p. 110). Lorsqu'il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur ne pourra ou ne voudra pas s'acquitter, sans un retard excessif, de ses obligations, il est normal que le salarié soit mis en mesure d'exiger des sûretés et de résilier son contrat avec effet immédiat si ces dernières ne lui sont pas fournies (Aubert, loc. cit., p. 110). Du point de vue de l'assurance-chômage, il importe d'éviter que le personnel d'un employeur insolvable renonce à réclamer les arriérés de salaire pendant de nombreux mois, en tablant sur le fait que l'assurance-chômage garantisse la couverture de ses arriérés si l'employeur tombe en faillite (cf. le message du Conseil fédéral concernant le programme de stabilisation 1998 du 28 septembre 1998, FF 1999 32)." In quel caso il TFA, trattandosi di un assicurato che aveva lavorato dal 1° agosto 1998 fino al momento del fallimento della ditta (giugno 1999), ha stabilito che non era stato soddisfatto l'obbligo di ridurre il danno, argomentando: " (...) b) Il est établi en l'occurrence que la créance de salaire de l'intimé était déjà compromise au début des rapports de travail, en août 1998. A ce moment-là, la société était à court de liquidités puisqu'elle n'a même pas été en mesure de verser le premier salaire mensuel. Au dire de l'intimé, il aurait reçu en tout et pour tout, à fin 1998, un versement de 5000 fr. à titre d'acompte. On peut d'ailleurs s'interroger sur la réalité de ce versement dès lors que l'intimé ne l'a pas porté en déduction de sa production de salaire dans la faillite. Quoi qu'il en soit, l'intimé était parfaitement au courant du fait que l'employeur n'était pas à même de le rémunérer. En fait, comme il l'a déclaré en procédure cantonale, s'il a accepté de travailler sans rémunération, c'est

notamment parce que la qualité du projet qu'il était chargé de réaliser était «exceptionnelle». Sur la base de ces déclarations et compte tenu de la durée pendant laquelle l'intimé n'a pas été rémunéré, on est fondé à considérer que le versement d'un salaire, en réalité, était subordonné à la réalisation et au succès du projet que la société était chargée de développer, situation dont l'intimé s'est accommodé. On a d'autant plus de raison de le penser que l'intéressé, à la différence d'autres salariés de la société, n'a été déclaré durant la période en cause ni à l'AVS ni à l'institution de prévoyance de son employeur. Les télécopies auxquelles les premiers juges font allusion ne permettent pas d'admettre que l'intimé ait reçu des assurances de son employeur au sujet de son salaire, ou qu'il ait eu des raisons de croire que sa créance serait réglée à brève échéance. Ces documents n'établissent pas non plus l'existence de démarches utiles de la part de l'assuré en vue de recouvrer son salaire. Ces pièces - non datées - adressées à l'administrateur de la société - montrent qu'à un moment donné, l'intimé a réclamé une partie des salaires arriérés pour parer aux échéances les plus pressantes. Compte tenu de la demeure prolongée - et à l'évidence excessive - de l'employeur, l'intimé devait prendre des mesures contraignantes et non pas seulement se contenter de réclamations orales ou écrites qui n'offraient aucune garantie. A cet égard, on ne trouve au dossier aucun indice qui aille dans le sens d'une mise en demeure sérieuse ou d'une quelconque pression exercée par l'intimé sur l'employeur pour obtenir le versement de son salaire. Quant aux témoignages recueillis en procédure cantonale, ils n'apportent pas non plus d'éléments propres à établir l'existence de telles démarches, bien au contraire. Ainsi, selon le procès-verbal d'audition d'un technicien en informatique (ex-employé de la société), l'intimé a accepté de travailler sans recevoir de salaire parce que l'administrateur affirmait qu'il allait recevoir «des millions de dollars», ce qui tend à confirmer que l'intéressé avait accepté de différer l'encaissement de sa créance à des jours meilleurs, sans véritable garantie que l'employeur fût en mesure de remplir un jour ses obligations." In una sentenza del 2 aprile 2003 nella causa M. (C 297/02) il TFA ha considerato violato l'obbligo di ridurre il danno nel caso di un assicurato, attivo presso una ditta dal 1° gennaio al 31 marzo 2002, che malgrado non ricevesse il salario del 1° giugno 2001 ha atteso fino il 22 aprile 2002 per fare valere le proprie pretese salariali. " (...)

E. 2

Nach der Rechtsprechung (vgl. Erw. 1 hievor) hat der Versicherte, welcher Insolvenzschiädigung beansprucht, auf Grund der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht je nach den gesamten Umständen im Einzelfall bereits vor, jedenfalls aber nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses alle zumutbaren Massnahmen zur Realisierung des Lohnanspruchs vorzunehmen. Die Vorinstanz erwägt zutreffend, dass der Beschwerdeführer dadurch, dass er nach Ausbleiben der Lohnzahlungen ab Juni 2001 mit der konkreten Geltendmachung seiner Lohnforderungen bis am 22. April 2002 zuwartete, seine Schadenminderungspflicht verletzt hat. Obwohl er angesichts der Lohnrückstände die finanziellen Schwierigkeiten seiner Arbeitgeberin schon im Sommer 2001 nicht mehr ignorieren konnte und er spätestens seit Ende des Jahres 2001 davon ausgehen musste, dass seine Lohnansprüche in hohem Mass gefährdet waren, unternahm er erst im April 2002 - und nachdem ihn die Arbeitslosenkasse hiezu aufgefordert hatte - konkrete Massnahmen zur Realisierung seiner Lohnforderungen. Bis zu jenem Zeitpunkt gab er sich mit blossen Schuldanererkennungen der Arbeitgeberin zufrieden und handelte auch dann nicht, als die S. _____ AG im Januar 2002 um Nachlassstundung ersuchte (welches Begehren in der Folge allerdings zurückgezogen wurde) und ihm das Arbeitsverhältnis auf den 31. März 2002 gekündigt wurde.

E. 3

Was in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorgebracht wird, vermag zu keinem andern Ergebnis zu führen. Wohl mag es zutreffen, dass der Versicherte sich wiederholt beim Arbeitgeber bezüglich der Lohnzahlungen erkundigt und seine Lohnansprüche auch geltend gemacht hat. Es handelte sich jedoch ausschliesslich um telefonische Interventionen und nicht um rechtliche Schritte zur Realisierung der Lohnausstände, wie sie dem Leistungsansprecher auf Grund der Schadenminderungspflicht für die Zeit nach erfolgter Auflösung des Arbeitsverhältnisses obliegen. Es mag sodann als verständlich erscheinen, dass der Beschwerdeführer eine Rechtsschutzversicherung mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt hat. Er kann jedoch nicht nachweisen, dass er dies vor der am 11. November 2002 erfolgten Konkursöffnung über den Arbeitgeber getan hat. Es liegt diesbezüglich lediglich ein Schreiben der Orion vom 12. Dezember 2002 vor, mit welchem diese vom ehemaligen Arbeitgeber nähere Angaben zum Arbeitsverhältnis und zu den Lohnverhältnissen verlangt hat. Selbst wenn dem Beschwerdeführer anlässlich der Kontaktnahme mit der Rechtsschutzversicherung die Konkursöffnung noch nicht bekannt gewesen sein sollte, ist ihm vorzuhalten, dass er ohne ersichtlichen Grund mit Massnahmen zur Realisierung der Lohnausstände zugewartet hat, obschon er mit einem Lohnverlust rechnen musste. Der Lohnausstand hat zwar nur etwas mehr als drei Monate umfasst und zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und der Konkursöffnung liegen lediglich rund zwei Monate. Nach den gesamten Umständen ist die verfügte Leistungsverweigerung jedoch nicht als unverhältnismässig zu qualifizieren. Schliesslich kann entgegen den Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht angenommen werden, dass der Schaden (Lohnverlust) auch bei pflichtgemässem Handeln nicht zu vermeiden gewesen wäre. Denn es ist nicht auszuschliessen, dass bei sofortiger Androhung oder Einleitung betriebsrechtlicher Massnahmen noch eine Zahlung erfolgt wäre. Demzufolge besteht kein Grund, die Rechtmässigkeit der Leistungsverweigerung mangels einer Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens des Beschwerdeführers zu verneinen.(...)" In una sentenza del 2 settembre 2003 nella causa S. (C 145/03) il TFA ha ritenuto che un assicurato non aveva violato gravemente l'obbligo di ridurre il danno. In proposito la nostra Massima Istanza ha in particolare rilevato: " (...) 2.2 Nach den Angaben im Antrag auf Insolvenzenschädigung war der Beschwerdeführer ohne schriftlichen Arbeitsvertrag zu einem Monatslohn von Fr. 2'000.- angestellt. Das Arbeitsverhältnis dauerte vom 20. August bis 18. September 2001 und wurde vom Arbeitgeber noch während der Probezeit aufgelöst. Letzter Arbeitstag war der 10. September 2001. Als eine Lohnzahlung unterblieb, setzte sich gemäss Darstellung des Beschwerdeführers seine Freundin im Oktober 2001 telefonisch mit dem Arbeitgeber in Verbindung, welcher ihr mitgeteilt habe, die Zahlung werde im Laufe des Monats Oktober, spätestens aber im November 2001 erfolgen. Dabei sei ihr erklärt worden, dass noch eine Rechnung über einen vom Arbeitnehmer verursachten Schaden abgewartet werde. Nach weiteren telefonischen Interventionen habe sich die Freundin im November an die CAP AG gewandt, welche mit Schreiben vom 30. Januar 2002 vom Arbeitgeber nähere Angaben zum Sachverhalt verlangt habe. Auf die Antwort des Arbeitgebers vom 22. Februar 2002 forderte sie am 7. März 2002 bis Ende des Monats eine Lohnabrechnung und die Überweisung des Guthabens unter der Androhung einer Klageeinreichung bei unbenutztem Ablauf der Frist. Am 11. April 2002 beauftragte sie Rechtsanwalt Andreas Frei mit der Wahrung der Interessen des Versicherten. Nachdem der Arbeitgeber auf einen Vergleichsvorschlag vom 25. April 2002 auf Zahlung von Fr. 1'000.- nicht eingetreten war, reichte der Rechtsvertreter am 21. Mai

2002 beim Friedensrichteramt Klage auf Lohnzahlung im Betrag von Fr. 1'500.- ein. Auf die am 11. Juni 2002 erfolgte Konkurseröffnung über den Arbeitgeber hin gab er eine entsprechende Forderung in den Konkurs ein und beantragte bei der Arbeitslosenkasse die Ausrichtung von Insolvenzenschädigung.

2.3 Der Beschwerdeführer hat nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses zunächst keine konkreten Massnahmen zur Durchsetzung des Lohnanspruchs unternommen. Die wiederholten mündlichen Interventionen seiner Freundin genügen unter dem Gesichtspunkt der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht. Auch die von ihm geltend gemachte Hinhaltenaktik des Arbeitgebers vermag ihn nicht zu exkulpieren, bestand nach der noch während der Probezeit erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses doch kein Grund, mit konkreten Schritten zuzuwarten. Sein Pflichtversäumnis kann indessen nicht als schwer qualifiziert werden. Der Lohnausstand umfasste lediglich knapp einen Monat und es bestanden für den Beschwerdeführer glaubhaftermassen keine Anhaltspunkte für finanzielle Schwierigkeiten des Arbeitgebers. Im Hinblick darauf, dass er über keinen schriftlichen Arbeitsvertrag verfügte und der Arbeitgeber eine Gegenforderung (Art. 321e OR) geltend machte, ist verständlich, dass er vor weiteren Vorkehren eine Rechtsschutzversicherung beigezogen hat, was zu einer Verzögerung in der Geltendmachung des Lohnanspruchs führte. An die Rechtsschutzversicherung ist er bereits am 2. November 2001 und damit weniger als zwei Monate nach Fälligkeit des Lohnanspruchs und Auflösung des Arbeitsverhältnisses gelangt. Rechtsschutzversicherung und Rechtsanwalt haben ebenfalls innert vertretbarer Fristen gehandelt. Dem Beschwerdeführer kann auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er unter den gegebenen Umständen zunächst eine vergleichsweise Erledigung des Falles angestrebt hat (vgl. ARV 1999 Nr. 24 S. 143 Erw. 1c i.f.). Zudem wurde die arbeitsrechtliche Klage noch vor der Konkurseröffnung (11. Juni 2002) eingereicht. Auf Grund der gesamten Umstände wiegt die Verletzung der Schadenminderungspflicht nicht derart schwer, dass sie mit einer Leistungsverweigerung zu sanktionieren wäre.(...)"

2.3. Nella presente fattispecie RI 1, ha lavorato per la _____ dal 2 settembre 2002 (cfr. doc. 9) fino al 30 maggio 2003 quando è stato licenziato con effetto immediato (cfr. Doc. B1). Al momento della disdetta del rapporto di lavoro l'assicurato vantava delle pretese salariali di fr. 2'700.-- (differenza salariale di fr. 900.-- per il mese di giugno 2003 e tredicesima pro rata temporis di fr. 1800, cfr. Doc. B2). In una sentenza del 12 maggio 2005 nella causa V. (38.2004.99), relativa ad uno dei colleghi dell'assicurato, il TCA, dopo approfondita istruttoria, in particolare l'audizione dell'assicurato e del suo patrocinateur (il quale rappresenta davanti al TCA tutti gli ex dipendenti della ditta), ha confermato la decisione su opposizione con la quale la Cassa negò il diritto ad indennità per insolvenza, sulla base delle seguenti argomentazioni: "L'istruttoria della causa, ed in particolare l'udienza del 18 aprile 2005 (cfr. consid. 1.8.), ha permesso di stabilire che durante l'estate 2003 l'assicurato unitamente ai suoi colleghi ha sollecitato il datore di lavoro a versargli gli arretrati e si è rivolto al RA 1. Il patrocinateur dell'assicurato il 4 settembre 2003 ha poi inviato alla ditta uno scritto del seguente tenore per i dipendenti _____ e RI 1:

" Egregi Signori, i nostri patrocinateur citati a margine ci hanno informato che nel mese di luglio hanno ricevuto un acconto. Dopo nostra sollecitazione avete infatti versato ai nostri assistiti fr. 3000.-- a testa. - 1'595.-- differenze mese di dicembre, - 1'800.-- 13° mensilità pro-rata temporis, - 585.-- differenza salariale mese di giugno 2003, _____ 3'980.-- totale; mentre il signor RI 1: - 1'800.-- 13° mensilità pro-rata temporis, - 900.-- differenza salariale mese di giugno, _____ 2'700.-- totale Vi concediamo un termine di 10 giorni per versare il dovuto dopo di che ci

vedremo costretti a intraprendere la via legale per ottenere quanto richiesto. Non escludiamo inoltre di rendere pubblica la vicenda." (Doc. 16) Il 15 ottobre 2003 il patrocinatore dell'assicurato ha scritto al datore di lavoro una lettera del seguente tenore per i dipendenti _____ e RI 1: " _____ Egregio Signor _____, malgrado le sue rassicurazioni, non ha ancora provveduto a versare il dovuto ai nostri assistiti. Vi concediamo un termine di 5 giorni per versare quanto spetta loro, in caso contrario adiremo le vie legali. Ci permettiamo ricordarvi che oltre a questi colleghi ve ne sono altri che attendono la liquidazione da parte sua!" (Doc. A6) Malgrado il datore di lavoro non abbia versato quanto dovutogli entro il termine assegnato l'assicurato ha rinunciato sia a fare emettere un precetto esecutivo sia ad inoltrare in Pretura un'azione per mercede e salario. Egli sperava infatti che il direttore della ditta gli avrebbe procurato entro un breve termine un nuovo impiego. Inoltre durante l'estate il datore di lavoro aveva pagato a tutti i dipendenti fr. 3'000.-- (cfr. consid. 1.7). _____ ha fatto valere i suoi crediti soltanto il 25 novembre 2004 (cfr. Doc. B2), dopo che la ditta era fallita il 27 agosto 2004 e dopo che erano trascorsi più di 17 mesi dalla conclusione del rapporto di lavoro. Egli ha così manifestamente violato il proprio obbligo di ridurre il danno ai sensi dell'art. 55 cpv. 1 LADI. La giurisprudenza esige infatti che metta in atto tutte le misure possibili per rivendicare il salario (cfr. STFA del 2 aprile 2003 nella causa M., C 297/02: "Schriftliche Mahnung, Zahlungsbefehl, Betreiburg (recte: Betreibung), Lohnklage") il più presto possibile (cfr. STFA del 17 aprile 2003 nella causa S., C 323/02). Questa soluzione si giustifica tanto più se si considera che, secondo l'espressione usata dal patrocinatore dell'assicurato nella sua opposizione, la situazione finanziaria della ditta _____ era "apparsa chiaramente in tutta la sua drammaticità" già al momento della chiusura della ditta (cfr. consid. 1.2). Inoltre, quando è stato inviato lo scritto del 15 ottobre 2003 erano già trascorsi i due mesi entro il quale il sig. _____ si sarebbe impegnato a procurare all'assicurato un nuovo lavoro (cfr. consid. 1.7). Infine e soprattutto già il 1° dicembre 2003 la Cassa CO 1 aveva indicato al patrocinatore la procedura che doveva adottare per poter ottenere l'indennità per insolvenza (e cioè arrivare fino alla richiesta di fallimento, cfr. consid. 1.5 e 1.7). Quanto alla scelta del patrocinatore dell'assicurato di inoltrare un'azione in Pretura solo per la dipendente che vantava il più ingente credito salariale, il TCA constata che se è vero che in una sentenza del 17 aprile 2003 nella causa S., C 133/02 (riprodotta in esteso al consid. 2.2.), il TFA ha ritenuto sufficiente che la causa giudiziaria fosse stata inoltrata da un collega di lavoro è altrettanto vero che, in quel caso, il rappresentante dell'assicurato aveva fatto valere le proprie pretese, facendo emettere un precetto esecutivo, ciò che non è avvenuto nella presente fattispecie. L'udienza ha peraltro permesso di chiarire che delle modalità d'azione scelte dal patrocinatore dell'assicurato insieme con i dipendenti (in particolare di non fare emettere precetti esecutivi e di inoltrare un'azione in Pretura soltanto per _____) la Cassa di disoccupazione non è mai stata ufficialmente informata (cfr. consid. 1.7). In simili condizioni la decisione su opposizione deve essere confermata." Le considerazioni appena riprodotte, alle quali integralmente si rinvia, valgono anche per RI 1. La decisione impugnata deve pertanto essere confermata.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer war für die D. _____ GmbH als Kraftfahrer im Fernverkehr tätig und hatte nach seiner Darstellung bis Ende März 2000 den Lohn erhalten. Den von diesem Zeitpunkt an ausstehenden Lohn samt Spesen liess er durch seinen Rechtsvertreter mit Schreiben vom 20. Dezember 2000 geltend machen und der Arbeitgeberin eine Zahlungs- und Sicherstellungsfrist bis 8. Januar 2001 ansetzen, ansonsten das Arbeitsverhältnis auf

diesen Zeitpunkt hin fristlos gekündigt werde. Am 9. Januar 2001 bestätigte sein Rechtsvertreter die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 8. Januar 2001. Die Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag bezifferte er gegenüber der Arbeitgeberin mit Schreiben vom 23. Januar 2001 auf Fr. 34 700.- Lohn und Fr. 11 766.10 Spesen und ersuchte um Überweisung bis spätestens 31. Januar 2001. Am 22. Februar und am 19. März 2001 hatte er mit der Arbeitgeberin in der Angelegenheit telefonischen Kontakt, wobei es u.a. um die Höhe der Ratenzahlungen ging. Am 31. August 2001 reichte er schliesslich für den Beschwerdeführer das Betreibungsbegehren über die ausstehende Forderung ein. 3.2 Zuvor hatte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bereits am 14. Dezember 2000 für einen Arbeitskollegen des Beschwerdeführers gestützt auf ein Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 13. November 2000 die Betreuung gegen die Arbeitgeberin eingeleitet und am 8. Februar 2001 die Fortsetzung der Betreuung verlangt. Am 30. März 2001 setzte das Zivilgericht Basel-Stadt auf den 26. April 2001 die Verhandlung über die Konkursöffnung an. Am 26. April 2001 bezahlte die Arbeitgeberin dem andern Arbeitnehmer einen Betrag von Fr. 8000.- an die insgesamt ausstehende Forderung und verpflichtete sich, den Rest von Fr. 6448.55 bis zum 10. Mai 2001 zu begleichen. Gestützt darauf zog der Arbeitskollege das Konkursbegehren einstweilen zurück. Nachdem die Arbeitgeberin den vereinbarten Zahlungstermin und zwei zusätzliche Fristen nicht eingehalten hatte, stellte der gemeinsame Rechtsvertreter am 15. Juni 2001 für den Arbeitskollegen wiederum das Konkursbegehren. Dieses Konkursbegehren konnte der Schuldnerin weder auf postalischem Wege noch durch die Polizei zugestellt werden, sodass mit Ediktalzitazion vom 5. Oktober 2001 auf den 18. Oktober 2001 zur Verhandlung betreffend Konkursöffnung vorgeladen werden musste. An diesem Tag wurde in der Folge durch das Zivilgericht Basel-Stadt über die Arbeitgeberin der Konkurs eröffnet.

E. 3.3

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seiner Schadenminderungspflicht während des Arbeitsverhältnisses nachgekommen ist (vgl. ARV 2002 Nr. 30 S. 190), indem er seinen Lohn samt Spesen sowie gestützt auf Art. 337a OR deren Bezahlung und Sicherstellung verlangt hatte. Nach der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 8. Januar 2001 machte sein Rechtsvertreter am 23. Januar 2001 schriftlich die Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis geltend. Ferner hatte dieser am 22. Februar und am 19. März 2001 telefonisch mit der Arbeitgeberin Kontakt. Schliesslich stellte er am 31. August 2001 für den Beschwerdeführer das Betreibungsbegehren. Diese Vorgehensweise kann entgegen der Auffassung der Arbeitslosenkasse und der Vorinstanz nicht als zu langes Zuwarten und damit als Verletzung der Pflicht zur Geltendmachung der Lohnansprüche innert nützlicher Frist betrachtet werden. Zwar wurde in ARV 2002 Nr. 8 S. 62, auf welchen die Beschwerdegegnerin in der Vernehmlassung hinweist, eine Pflichtverletzung bejaht bei einem Versicherten, der drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine Lohnforderungen immer noch nicht gestellt hatte und auf die Konkursöffnung warten wollte. Im vorliegenden Fall verhält sich die Situation indessen anders. Der Beschwerdeführer liess zum Einen durch seinen Rechtsvertreter unmittelbar nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses seine Forderung schriftlich sowie telefonisch geltend machen und mit einer gewissen Verzögerung die Betreuung einleiten. Zum Andern versuchte sein Rechtsvertreter für einen seiner Arbeitskollegen bei derselben Arbeitgeberin Lohnansprüche gerichtlich sowie betreibungsrechtlich durchzusetzen und stellte für diese am 27. März und am 15. Juni 2001 jeweils das Konkursbegehren. Ferner wusste sein Rechtsvertreter im Anschluss an das zweite Konkursbegehren, dass der Arbeitgeberin die

Betreibungshandlungen nicht mehr zugestellt werden konnten. Unter diesen Umständen bedeutet es keine Verletzung der Schadenminderungspflicht, wenn ein Rechtsvertreter, der zwei Arbeitnehmer der gleichen Firma vertritt, die gerichtlichen und betriebsrechtlichen Handlungen nur für einen Arbeitnehmer bis zur Stellung des Konkursbegehrens durchführt. Die Sache geht daher an die Arbeitslosenkasse zurück, damit diese nach Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen in betraglicher Hinsicht über die

Insolvenzenschädigung neu verfüge. (...)" In una sentenza del 2 settembre 2003 nella causa K. (C 121/03) l'Alta Corte ha stabilito che un assicurato attivo fino al 9 settembre 2002 presso una ditta dichiarata in fallimento l'11 novembre 2002, aveva rispettato l'obbligo di ridurre il danno rilevando: " (...) 2.1 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hält der Beschwerdeführer zu Recht nicht am sinngemäss erhobenen Einwand fest, der Einspracheentscheid beruhe insofern auf einer unzutreffenden Auslegung und Anwendung des Gesetzes, als er von einer Schadenminderungspflicht nach Art. 55 AVIG auch ausserhalb des Konkurs- oder Pfändungsverfahrens ausgehe. Zwar bezieht sich die in Abs. 1 der Bestimmung statuierte Pflicht des Versicherten, alles zu unternehmen, um seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber zu wahren, dem Wortlaut nach auf das Konkurs- und Pfändungsverfahren. Die Norm bildet jedoch Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht, welche auch dann Platz greift, wenn das Arbeitsverhältnis vor der Konkurseröffnung aufgelöst wird (BGE 114 V 60 Erw. 4; ARV 1999 Nr. 24 S. 140 ff.), und der versicherten Person in reduziertem Umfang schon vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses obliegt, wenn der Arbeitgeber der Lohnzahlungspflicht nicht oder nur teilweise nachkommt und mit einem Lohnverlust zu rechnen ist (ARV 2002 Nr. 30 S. 190; Urteile T. vom 4. Juli 2002, C 39/02, und N. vom 15. Oktober 2001, C 194/01). 2.2 Der Beschwerdeführer hat die Lohnforderung für die Zeit ab 1. Juni 2002 seinen Angaben zufolge wiederholt mündlich geltend gemacht. Dass er sich zunächst mit der ebenfalls mündlichen Zusicherung des Arbeitgebers begnügt hat, die Lohnzahlungen würden sobald als möglich erfolgen, mag insbesondere im Hinblick darauf, dass sich die Parteien per 1. Juni 2002 auf eine neue Lohnregelung geeinigt hatten (Monats- statt Stundenlohn), als verständlich erscheinen. Zu einem Verzicht auf konkrete Massnahmen zur Realisierung der Lohnansprüche bestand aber spätestens nach der offenbar in gegenseitigem Einvernehmen erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 9. September 2002 kein Anlass mehr. Der Versicherte hat auch nach diesem Zeitpunkt keine rechtlichen Schritte (schriftliche Mahnung, Betreibung) zur Einforderung der ausstehenden Löhne unternommen, obschon er ab Juni 2002 keinen Lohn mehr erhalten hatte und ihm auf Grund der Angaben des Arbeitgebers bekannt war, dass der Betrieb sich in finanziellen Schwierigkeiten befand. Erst nachdem am 11. November 2002 über die Firma der Konkurs eröffnet worden war, beauftragte er die Orion Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft (nachfolgend: Orion) mit der Wahrung seiner Interessen. Nach Vornahme näherer Abklärungen hat diese am 16. Januar 2003 beim Konkursamt eine Forderung in der Höhe von Fr. 15'790.- eingereicht. Indem der Beschwerdeführer auch nach der am 9. September 2002 erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses während längerer Zeit keine konkreten Massnahmen zur Durchsetzung der Lohnansprüche in die Wege geleitet und damit bis nach der Konkurseröffnung zugewartet hat, ist er der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen.