

## **TI\_GERICHTE 38.2004.44 vom 16. März 2004**

TI Tribunale d'appello, 2004-03-16, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_38.2004.44\\_d20040316](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2004.44_d20040316)

FR: TI\_GERICHTE 38.2004.44 du 16 mars 2004

IT: TI\_GERICHTE 38.2004.44 del 16 marzo 2004

### **Regeste**

va riconosciuto il diritto alle indennità a un assicurato che non riveste e non ha mai rivestito alcuna carica formale e che, dopo essere stato licenziato dalla SA sua ex datrice di lavoro, ha venduto le sue azioni (ca. il 20% del capitale azionario) con una forte perdita (maggiore dell'80%)

### **Erwägungen**

#### **E. 33**

cpv. 1 LAPS quale base legale (cfr. doc. A1). Anche nella decisione la Cassa non ha indicato correttamente la base legale. Infatti, non si tratta dell'adempimento del presupposto del periodo di contribuzione (cfr. art. 8 cpv. 1 lett. e) e 13 LADI), bensì dei presupposti di cui all'art. 8 cpv. 1 lett. a) e b) LADI e della giurisprudenza sviluppata dal Tribunale federale delle assicurazioni (TFA) secondo la quale il lavoratore che gode di una situazione professionale a quella di un datore di lavoro non ha diritto alle indennità di disoccupazione se, malgrado sia stato formalmente licenziato dalla ditta, continua a determinarne le scelte oppure a influenzarle in maniera determinante (cfr. in questo senso la STFA del 7 giugno 2004 nella causa C., C 87/02). Rispondendo alle domande poste da questo Tribunale la Cassa ha comunque di fatto riconosciuto il proprio errore (cfr. doc. VI, VII e consid. 1.6). Ciò nonostante, dalle inesattezze della Cassa non è derivato nessun svantaggio per l'assicurato. Nel merito 2.2. Oggetto della presente vertenza è la questione a sapere se a ragione la Cassa ha rifiutato all'assicurato il diritto alle indennità di disoccupazione per il periodo dal 3 novembre al 9 febbraio 2004. Fondamentale presupposto per il riconoscimento del diritto alle indennità di disoccupazione è, tra l'altro, che l'assicurato sia disoccupato totalmente o parzialmente e che ha subito una perdita di lavoro computabile (cfr. art. 8 cpv. 1 lett. a) e b) che rinviano a loro volta agli art. 10 e 11 LADI). 2.3. In una decisione pubblicata in DTF 123 V 234 il TFA ha stabilito che il lavoratore in posizione professionale analoga a quella di un datore di lavoro non ha diritto all'indennità di disoccupazione se, dopo essere stato licenziato dalla società anonima, continua ad essere l'azionista unico ed il solo amministratore della ditta. In una sentenza relativa a un caso ticinese, chiamata a pronunciarsi su una domanda di condono, in una decisione del 16 giugno 2003 nella causa G. (C 130/02), l'Alta Corte ha confermato il precedente giudizio cantonale e, in particolare, ha osservato che: " (...) 4.2 Come rilevato dalla Corte cantonale, non possono passare inosservate le circostanze che hanno contraddistinto la vicenda. In particolare, non sfugge che la società datrice di lavoro, peraltro appartenente al padre della ricorrente, abbia disdetto, per diminuzione del lavoro, il rapporto di lavoro all'interessata, amministratrice unica di detta società, e le abbia nel contempo, in maniera atipica (sentenza inedita del 2 febbraio 1999 in re G., C 114/98, consid. 3b), garantito la ripresa dello stesso a partire dal 1° marzo 1996 - come poi effettivamente è avvenuto - mettendola in seguito

nella possibilità di beneficiare di un secondo termine di riscossione di prestazioni. 4.3 I fatti così esposti ed accertati dalla precedente istanza inducono a pensare, insieme a quanto già precedentemente evidenziato nell'ambito della procedura di restituzione, che l'interessata, sottacendo (come si deve giustamente ritenere, in assenza di elementi istruttori contrari: cfr. DLA 2000 no. 25 pag. 122 consid. 2a) la propria posizione di amministratrice unica all'interno della società di famiglia datrice di lavoro e facendo capo alle indennità di disoccupazione, abbia inteso eludere le disposizioni relative alle indennità per lavoro ridotto, alle quali non avrebbe altrimenti avuto diritto, ritenuto che, giusta l'art. 31 cpv. 3 lett. c LADI, tali prestazioni sono precluse, tra l'altro, alle persone che, come soci, compartecipi finanziari o membri di un organo decisionale supremo dell'azienda, determinano o possono influenzare risolutivamente le decisioni del datore di lavoro, come anche ai loro coniugi occupati nell'azienda, e che, secondo giurisprudenza, indipendentemente dalla partecipazione al capitale e dal numero dei membri del consiglio (DTF 123 V 237 consid. 7a e riferimenti), è considerato detenere una simile posizione un membro del consiglio di amministrazione - e, quindi, a maggior ragione l'amministratore unico di una SA familiare. (...)" (STFA del 16 giugno 2003 nella causa G., C 130/02) In un altro caso ticinese, chiamato a pronunciarsi nel caso in cui ad un assicurato, vista la sua posizione analoga a quella di un datore di lavoro, è stato confermato l'ordine di restituzione di prestazioni ricevute indebitamente, il TFA ha confermato il precedente giudizio di questo Tribunale e ha sviluppato le seguenti considerazioni: "(...) la precedente istanza ha quindi rettamente precisato che si è segnatamente in presenza di un errore manifesto allorquando vengono assegnate indennità di disoccupazione ad un lavoratore trovantesi in una posizione analoga a quella di un datore di lavoro e che, dopo essere stato licenziato, in elusione delle norme in materia di indennità per lavoro ridotto (art. 31 cpv. 3 lett. c LADI), continua a lavorare a tempo parziale e a determinare o comunque a influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro (sentenze del 6 luglio 2001 in re B. [C 274/99], I. [C 278/99] e O. [C 279/99], a contrario), nel caso di specie, gli accertamenti esperiti dai primi giudici hanno permesso di evidenziare non solo che l'insorgente - il cui nome e la cui attività coincidono con la ditta (art. 944, 950 CO) e con la ragione sociale della datrice di lavoro -, è (già) stato azionista maggioritario della società nonché, eccezione fatta per gli apprendisti, unico dipendente della stessa, ma anche che l'incarico di amministratore unico è stato trasferito dal ricorrente al sessantaseienne padre, S. \_\_\_\_\_, autore dell'atto di licenziamento e contestuale riassunzione a tempo parziale del figlio come pure della risposta alla Cassa disoccupazione con la quale egli indicò di non essere a conoscenza degli azionisti della società, malgrado all'assemblea straordinaria del 31 ottobre 1997 fossero presenti tutte le azioni, stante quanto precede, si giustifica senz'altro di ritenere, insieme ai primi giudici, che il ricorrente abbia rivestito una posizione assimilabile a quella di un datore di lavoro anche in seguito alle sue dimissioni da amministratore unico ed alla disdetta - con contestuale riassunzione al 50% - del rapporto di lavoro, ed abbia così inteso, in elusione delle norme in materia di indennità per lavoro ridotto, alle quali l'interessato non avrebbe altrimenti potuto avere diritto (art. 31 cpv. 3 lett. c LADI; DTF 122 V 273 consid. 4), costruire una situazione giuridica suscettibile, a mente sua, di giustificare il riconoscimento di prestazioni assicurative (cfr. DLA 2000 no. 14 pag. 70 consid. 2), in tali condizioni, è a ragione che la Cassa e la Corte cantonale hanno ritenuto essere dati i presupposti per riconsiderare le decisioni informali con le quali all'assicurato sono state versate le indennità di disoccupazione e per domandarne la restituzione, (...)." (cfr. STFA del 15 luglio 2003 nella causa O., C 217/02) Nella già citata STFA del 7 giugno 2004 nella

causa C. (C 87/02), chiamata a decidere nel caso di un assicurato che, dopo aver svolto attività indipendente quale titolare di una ditta individuale, in seguito ha lavorato quale direttore con firma individuale di una SA, che ha rilevato le attività della sua ditta individuale e che lo ha licenziato perché la banca che aveva concesso il prestito necessario per la costituzione della società, poco tempo dopo (7 mesi), ha rinunciato al finanziamento del progetto in quanto non lo ha ritenuto decollato, l'Alta Corte ha, innanzitutto, sviluppato le seguenti considerazioni: " (...) 4. 4.1 Secondo la giurisprudenza, il lavoratore che gode di una situazione professionale analoga a quella di un datore di lavoro non ha diritto all'indennità di disoccupazione se, malgrado sia stato formalmente licenziato dalla ditta, continua a determinarne le scelte oppure a influenzarle in maniera determinante. Se così non fosse, tramite una disposizione relativa all'indennità di disoccupazione verrebbe elusa la regolamentazione in materia di indennità per lavoro ridotto, in particolare l'art. 31 cpv. 3 lett. c LADI (DTF 123 V 237 seg. consid. 7b/bb; sentenza del 16 dicembre 2003 in re E., C 301/02, consid. 2.1; DLA 2000 no. 14 pag. 67). Giusta tale disposizione non hanno infatti diritto all'indennità per lavoro ridotto le persone che, come soci, compartecipi finanziari o membri di un organo decisionale supremo dell'azienda, determinano o possono influenzare risolutivamente le decisioni del datore di lavoro, come anche i loro coniugi occupati nell'azienda (si veda in proposito DTF 120 V 525 consid. 3b). In tal senso esiste quindi uno stretto parallelismo tra il diritto alle indennità per lavoro ridotto e quello a indennità di disoccupazione. 4.2 Diversa è invece la situazione nel caso in cui il lavoratore dipendente, che si trova in una posizione assimilabile a quella del datore di lavoro, lascia definitivamente la ditta a seguito della sua chiusura. Lo stesso discorso vale se la ditta continua ad esistere, ma il dipendente, tuttavia, in seguito alla disdetta del suo contratto, interrompe ogni legame con la società. In tal caso egli può di principio pretendere indennità di disoccupazione (DTF 123 V 238 seg.; SVR 2001 ALV no. 14 pag. 41 seg. consid. 2a; DLA 2000 no. 14 pag. 70 consid. 2; sentenza del 22 novembre 2002 in re R., C 37/02, consid. 3). 4.3 Al riguardo questa Corte ha inoltre ripetutamente statuito che il fatto di subordinare il versamento di indennità di disoccupazione all'interruzione di ogni legame con la società di cui la persona interessata era alle dipendenze può apparire rigoroso a seconda delle circostanze del caso concreto. Nondimeno, non si devono dimenticare i motivi che giustificano questa condizione, segnatamente il controllo della perdita di lavoro del disoccupato, che è uno dei presupposti necessari per percepire le indennità di disoccupazione (art. 8 cpv. 1 lett. b LADI). Se infatti un tale controllo può essere facilmente eseguito nel caso di un dipendente che perde il lavoro, perlomeno parzialmente, ciò non è il caso per quanto concerne le persone che occupano una posizione dirigenziale che, malgrado siano state formalmente licenziate, continuano a svolgere un'attività per conto della società nella quale lavoravano. Grazie alla posizione di cui beneficiano all'interno della ditta possono in effetti influenzare la perdita di lavoro che subiscono, ciò che rende la loro disoccupazione difficilmente controllabile (sentenza del 14 aprile 2003 in re F., C 92/02, consid. 4). Inoltre, fintanto che un dirigente mantiene dei legami con la sua società, non soltanto è impossibile controllare la perdita di lavoro che subisce, ma esiste pure la possibilità che egli decida di perseguire lo scopo sociale (DLA 2002 no. 28 pag. 183; sentenza del 22 novembre 2002 in re R., C 37/02). In tal caso, eccezion fatta per un esame a posteriori delle circostanze - che è contrario al principio secondo cui questo esame ha luogo nel momento in cui si statuisce sul diritto dell'assicurato -, è quindi impossibile determinare se le condizioni legali sono adempiute. Del resto con la citata condizione non viene perseguito l'abuso in sé stesso, bensì il rischio d'abuso (sentenza del 14 aprile 2003 in re F.,

C 92/02, consid. 4). (...)." (cfr. STFA del 7 giugno 2004 nella causa C., C 87/02) Viste le particolarità del caso concreto e cioè: - costituzione il 1° gennaio 2000 della SA grazie ad un prestito bancario nell'ambito di un programma speciale finalizzato a finanziare dei progetti a cui l'assicurato, giovane imprenditore, già si occupava in precedenza quale titolare della sua ditta individuale; - sin dall'inizio dipendenza totale dell'attività della nuova SA dal finanziamento della banca; - revoca del sostegno al progetto dopo soli sette mesi dal suo avvio e conseguente licenziamento dell'assicurato per il 30 settembre 2000; - impossibilità per l'assicurato, semplice direttore e non anche amministratore, di determinare e/o di influenzare le scelte della società vista la chiara volontà della banca di non sostenere il progetto, la mancanza di fondi per acquistare la materia prima necessaria alla produzione dei prodotti progettati e l'obbligo di restituire il prestito; - verosimiglianza del fatto che la liquidazione della ditta sia stata ritardata solo perché le parti dovevano giungere ad un accordo in relazione alla restituzione del prestito; - l'assicurato non ha determinato la conclusione del rapporto di lavoro che anzi sarebbe continuato se non fosse stato interrotto il finanziamento; - invito esplicito all'assicurato di cercarsi un lavoro; - l'amministratore unico ha dichiarato che la società non aveva nessuna attività e che la stessa, come poi avvenuto, sarebbe stata liquidata; il TFA ha concluso che "(...) per le sue peculiarità, la fattispecie non può essere assimilata ai casi usuali di abuso in cui gestori e/o amministratori di società anonime o altro, di cui detengono pure il capitale, vengono considerati quali datori di lavoro, in quanto malgrado l'uscita dalla ditta - di principio decisa personalmente - continuano a determinarne le scelte. (...)." La nostra Massima Istanza ha osservato che: "(...) 5.2 Visto quanto sopra, il ricorrente può e dev'essere senz'altro assimilato ad un dirigente licenziato che interrompe ogni contatto con la società, anche se non per sua volontà, in quanto privato dei mezzi necessari per continuare. Ne consegue che il fatto che l'assicurato abbia affermato di voler concludere i progetti avviati con la SA, rispettivamente vendere il "know how" delle ditte, al fine di recuperare le spese sostenute, non significa che egli abbia continuato o sia stato intenzionato a lavorare per la E. \_\_\_\_\_ SA, malgrado il licenziamento. In effetti un attento esame dell'incarto permette di asserire che la conclusione cui è giunto il seco poggia su un malinteso. C. \_\_\_\_\_ ha sempre dichiarato di voler portare a termine i progetti avviati con la SA e la X. \_\_\_\_\_ in qualità di indipendente - chiedendo espressamente alla Cassa disoccupazione di riottenere questo statuto -, e, meglio, tramite la X. \_\_\_\_\_, società individuale che gestiva prima della fondazione della SA, non quale direttore della SA. Inoltre egli non intendeva continuare la produzione, ciò che non poteva appunto fare, bensì vendere i progetti in modo che venissero realizzati da altri. In simili condizioni risulta provato con il grado della verosimiglianza preponderante valido nelle assicurazioni sociali (DTF 121 V 204) che non vi era in concreto alcun rischio di abuso e che quindi la perdita di lavoro di C. \_\_\_\_\_ era senz'altro controllabile (in tal senso il Tribunale federale delle assicurazioni ha peraltro già statuito in un caso analogo alla presente fattispecie, e più precisamente nella sentenza del 16 dicembre 2003 in re E., C 301/02, in cui è stato dimostrato che dopo essere stato liberato dagli incarichi di direttore ed essere uscito dal consiglio di amministrazione, l'interessato non aveva più svolto alcuna attività per la ditta). Ne consegue che, potendo avvalersi il ricorrente del diritto ad indennità di disoccupazione, dev'essere ancora esaminato se egli è idoneo al collocamento. (...)." (cfr. STFA del 7 giugno 2004 nella causa C., C 87/02) Secondo il TFA, dunque, il lavoratore che gode di una posizione professionale paragonabile a quella di un datore di lavoro non ha diritto alle indennità di disoccupazione quando, benché formalmente licenziato da una società, continua a determinare le decisioni del

datore di lavoro o a influenzarle in maniera decisiva. La situazione è invece differente quando il salariato, trovandosi in una posizione assimilabile a quella di un datore di lavoro, lascia definitivamente l'impresa a causa della sua chiusura; in questo caso non è ravvisabile un comportamento volto ad eludere la legge. Lo stesso vale nel caso in cui l'impresa continua ad esistere ma il salariato, a seguito della rottura del contratto di lavoro, interrompe definitivamente tutti i legami con la società. In entrambi i casi, l'assicurato può, in principio, pretendere l'indennità di disoccupazione. Infatti, il TFA vuole, da una parte, evitare una possibile elusione della legge e, dall'altra parte, impedire che un assicurato possa beneficiare indebitamente delle indennità di disoccupazione. Diversa è pure la situazione dell'assicurato che, pur conservando una posizione analoga a un datore di lavoro presso una ditta, si iscrive in disoccupazione dopo aver lavorato quale dipendente per una durata di almeno sei mesi presso un'altra ditta. In quel caso il diritto alle indennità va ammesso (cfr. STFA del 3 gennaio 2005 nella causa T., C 119/04; SVR 2004 ALV Nr. 15 e a contrario STFA del 16 settembre 2004 nella causa E., C 71/04).

2.4. Circa la questione a sapere se un assicurato può determinare o influenzare risolutivamente le decisioni del datore di lavoro ai sensi dell'art. 31 cpv. 3 lett. c LADI, in una sentenza del 2 giugno 2004 nella causa N., (C 219/03), il TFA ha, tra l'altro, osservato che: " (...) 2.4 Nach der Rechtsprechung muss bei Arbeitnehmern, bei denen sich aufgrund ihrer Mitwirkung im Betrieb die Frage stellt, ob sie einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, jeweils geprüft werden, welche Entscheidungsbefugnisse ihnen aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG bereits ex lege (vgl. Art. 716-716b OR) gegeben. Handelt es sich um einen mitarbeitenden Verwaltungsrat, so greift der persönliche Ausschlussgrund des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ohne weiteres Platz, und es bedarf diesfalls keiner weiteren Abklärungen im Sinne von BGE 120 V 525 f. Erw. 3b (BGE 122 V 272 Erw. 3 mit Hinweisen). Gemäss ARV 1996/1997 Nr. 10 S. 52 Erw. 3a und b spielen die Aufgabenbereiche und die interne Aufgabenteilung ebenso wenig eine Rolle wie der Umfang der Beteiligung. In jenem Fall wurde eine Anspruchsberechtigung verneint, obwohl das Leistungen beanspruchende Verwaltungsratsmitglied nur Kollektivunterschrift besass und lediglich mit 2 % am Aktienkapital beteiligt war. (...)" (cfr. STFA del 2 giugno 2004 nella causa N., C 219/03)

In questo contesto va pure rilevato che, sempre secondo la giurisprudenza federale, la posizione di socio gerente di una Sagl é equiparabile a quella di un membro del consiglio di amministrazione di una SA (cfr. STFA del 22 novembre 2002 nella causa R., C 37/02 e STFA del 30 agosto 2001 nella causa B., C 71/01). In una decisione, pubblicata in DLA 2004 N. 21, pag. 196, l'Alta Corte ha confermato che secondo la giurisprudenza relativa agli art. 31 cpv. 3 lett. c e 51 cpv. 2 LADI, i membri del consiglio d'amministrazione di una società esercitano, in virtù della legge, un potere determinante, pertanto non hanno diritto né all'indennità per lavoro ridotto, né all'indennità per insolvenza. Contestualmente il TFA ha, tra l'altro, sviluppato 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). (...)." (cfr. DLA 2004 N. 21, consid. 3.2, pag. 198) Nella decisione pubblicata in DTF 120 V 523, chiamata a statuire circa il diritto alle indennità per lavoro ridotto di vicedirettori di una grande azienda, l'Alta Corte ha concluso che per stabilire se un impiegato sia membro di un organo decisionale supremo di un'azienda e per tale motivo escluso dal diritto alle indennità per lavoro ridotto, deve essere esaminato di quanti poteri decisionali egli disponga sulla base della struttura aziendale interna. Non è ammissibile negare, in modo generico, a impiegati che esercitano mansioni dirigenziali il diritto a indennità per lavoro ridotto per il solo fatto che essi abbiano potere di firma e siano iscritti nel registro di commercio. Contestualmente, il TFA ha, in particolare, rilevato che: " (...) b) Der Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG ist hinsichtlich der vorliegenden interessierenden Frage insoweit klar, als nur Personen vom Entschädigungsanspruch bei Kurzarbeit ausgeschlossen werden, welche die Entscheidungen der Arbeitgeberfirma bestimmen oder zumindest massgeblich beeinflussen können. Soweit leitende Angestellte vom Ausschluss erfasst sind, muss es sich um Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums handeln. Daraus folgt, dass bei grösseren Betrieben mit mehrstufiger Organisation und mehreren Führungsebenen nicht sämtliche Angestellten mit leitenden Funktionen vom Entschädigungsanspruch ausgenommen sind. Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG erfasst vielmehr nur Personen, welchen bei der Willensbildung des Betriebes entscheidende oder zumindest massgebliche Bedeutung zukommt, was auf Mitglieder des höchsten Entscheidungsgremiums, nicht aber auf Angestellte in untergeordneten Kaderfunktionen zutrifft. Zum gleichen Ergebnis führt auch eine Auslegung, welche sich an Sinn und Zweck von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG orientiert. Mit dieser Bestimmung sollte bei der Kurzarbeitsentschädigung (und in Verbindung mit Art. 42 Abs. 3 AVIG bei der Schlechtwetterentschädigung) dem Missbrauch bewusst ein Riegel geschoben werden (BGE 113 V 77 Erw. 3c; GERHARDS, a.a.O., N 43 zu Art. 31 AVIG). Eine Missbrauchsgefahr besteht indessen hauptsächlich bei Personen, die als oberste Entscheidungsträger eines Betriebes befugt sind, Kurzarbeit anzuordnen, nicht aber bei den übrigen Kadermitarbeitern wie Vizedirektoren, Prokuristen usw., die regelmässig nicht zuständig sind, über die Einführung von Kurzarbeit zu entscheiden. Insoweit ist der Argumentation des BIGA beizupflichten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist es daher nicht zulässig, Angestellte in leitenden Funktionen allein deswegen generell vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auszuschliessen, weil sie für einen Betrieb

zeichnungsberechtigt und im Handelsregister eingetragen sind. Vielmehr ist in jedem Fall zu prüfen, welche Entscheidungsbefugnisse einer Person aufgrund der internen betrieblichen Struktur zukommen. Diese Auffassung steht auch in Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung. In BGE 113V 78 Erw. 4 hat das Eidg. Versicherungsgericht für den Ausschluss vom Entschädigungsanspruch nebst den in jenem Fall im Vordergrund stehenden Beteiligungsverhältnissen insbesondere auch die gesellschaftsinterne Stellung der betroffenen Personen und die besondere Struktur der Gesellschaft als massgebend erachtet. Aus dem im angefochtenen Entscheid erwähnten unveröffentlichten Urteil B. vom 9. Juni 1993 kann für die vorliegende Streitsache schon deshalb nichts abgeleitet werden, weil es in jenem Fall um den Anspruch eines einzelzeichnungsberechtigten Angestellten eines als Einzelfirma geführten Kleinbetriebes auf Kurzarbeitsentschädigung ging (...)." (cfr. DTF 120 V 521, consid. 3b, pag. 525-526) Il TFA ha poi concluso che: "(...) 4.- Wie aus den eingereichten Unterlagen ersichtlich ist, gehören die von Kurzarbeit betroffenen Vizedirektoren nicht dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium der Beschwerdeführerin an. Vielmehr handelt es sich um Fachspezialisten, Stabsmitarbeiter oder Ressortchefs mit beschränkten Entscheidungsbefugnissen. Aufgrund der hierarchischen Gliederung der X AG kann als erstellt gelten, dass sie die Entscheidungen der Arbeitgeberfirma weder bestimmen noch massgeblich beeinflussen können. (...)." (cfr. DTF 120 V 521, consid. 4, pag. 527) 2.5. L'Alta Corte ha negato il diritto alle indennità di disoccupazione in quanto l'assicurato ha conservato una posizione professionale analoga a quella di un datore di lavoro, tra l'altro, nei seguenti casi. In una decisione pubblicata in DLA 2001 N. 25 pag. 218 il TFA ha stabilito che un dirigente di una società anonima che affida il suo posto di amministratore unico e le sue azioni, che rappresentano il 99% del capitale sociale, al proprio coniuge non ha diritto all'indennità di disoccupazione fintantoché l'iscrizione della liquidazione della società non è stata richiesta presso il Registro di commercio. Egli continua infatti a mantenere un influsso determinante sulle decisioni dell'impresa e si trova di fatto in una posizione simile a quella di un datore di lavoro. In un'altra decisione pubblicata in DLA 2002 N. 28, pag. 183, chiamata a pronunciarsi sui presupposti del diritto alle indennità per lavoro ridotto, nel caso in cui una ditta in liquidazione è dichiarata in fallimento, ma tale fallimento viene in seguito sospeso per mancanza di attivi e il dirigente aziendale a cui è stato disdetto il contratto ne diventa il liquidatore, pur restando l'azionista di maggioranza e l'unico membro del consiglio d'amministrazione, l'Alta Corte ha stabilito che siccome la liquidazione continua anche dopo la sospensione del fallimento, gli organi della società -in casu l'assicurato in qualità di membro del consiglio d'amministrazione - possono tra l'altro decidere di proseguire le attività della ditta fino alla sua vendita o al suo scioglimento. Questa circostanza esclude il diritto all'indennità di disoccupazione dell'assicurato - elusione delle disposizioni relative all'indennità per lavoro ridotto (art. 31 cpv. 3 lett. c LADI). In un'altra decisione pubblicata in DLA 2003 N. 22, pag. 140, l'Alta Corte, ha stabilito che la legge (art. 31 cpv. 3 lett. c LADI) e la giurisprudenza (DTF 123 V 234) non si prefiggono di combattere l'abuso rappresentato dal versamento dell'indennità di disoccupazione ad un lavoratore con una posizione analoga a quella di un datore di lavoro ma piuttosto di prevenire l'abuso in quanto tale. In quell'evenienza il TFA ha negato il diritto alle indennità di disoccupazione all'assicurato che, quale socio fondatore, amministratore unico e solo azionista, ha continuato a esercitare un'attività ridotta presso la sua società ex datrice di lavoro. La nostra Massima Istanza si è confermata nella propria giurisprudenza e ha negato il diritto alle indennità di disoccupazione, tra l'altro, anche nei seguenti casi: - assicurato che, quale

amministratore unico e azionista, dopo la decisione di liquidazione, è stato incaricato della liquidazione della SA (cfr. STFA del 14 luglio 2003 nella causa C., C 83/03); - assicurato che, fino alla decisione di scioglimento della ditta, ha mantenuto la posizione di membro del consiglio d'amministrazione con diritto di firma collettivo a due all'interno della SA sua datrice di lavoro (cfr. STFA del 26 settembre 2003 nella causa B., C 95/03); - assicurato che dopo essere stato licenziato è uscito dal consiglio d'amministrazione e ha venduto tutto il pacchetto azionario della ditta sua datrice di lavoro la cui moglie, che già svolgeva funzioni importanti e che deteneva un mandato, è entrata quale membro nel nuovo consiglio d'amministrazione (cfr. STFA del 2 giugno 2004 nella causa N., C 219/03); - assicurato che, dopo essere stato licenziato, ha conservato la posizione di membro del consiglio di amministrazione con diritto di firma collettiva a due all'interno della SA sua datrice di lavoro (cfr. STFA dell'8 giugno 2004 nella causa K., C 110/03); - assicurato che, fino all'apertura del fallimento, ha mantenuto la posizione di socio gerente con diritto di firma individuale della Sagl sua datrice di lavoro (cfr. STFA del 16 giugno 2004 nella causa F., C 210/03); - assicurato che, nonostante un periodo di inattività della ditta, conserva una partecipazione finanziaria nella società e la cui moglie riveste la carica di socia gerente con diritto di firma individuale della Sagl (cfr. STFA del 5 luglio 2004 nella causa D., C 155/03); - assicurato che, dopo aver interrotto la sua attività indipendente e dopo aver trovato una soluzione per la cura della figlia, resta iscritto a registro di commercio quale membro illimitatamente responsabile della sua società in accomandita (cfr. STFA del 7 luglio 2004 nella causa D., C 11/04); - assicurato che, dopo lo scioglimento della società nella quale ha rivestito la carica di socio gerente, mantiene le sue funzioni e viene iscritto a registro di commercio quale liquidatore con diritto di firma individuale della Sagl (cfr. STFA del 14 luglio 2004 nella causa L., C 19/04); - assicurata il cui coniuge, che ha creato e in seguito trasformato la sua ditta individuale in una Sagl, riveste la carica di socio gerente della Sagl sua datrice di lavoro (cfr. STFA del 24 settembre 2004 nella causa S., C 30/04).

Dalla giurisprudenza federale appena riprodotta si evince che la posizione analoga a quella di un datore di lavoro è riconosciuta, in particolare, allorché l'assicurato e/o il suo coniuge, quale membro del consiglio di amministrazione e/o amministratore unico, socio gerente e socio illimitatamente responsabile, conserva questa sua posizione anche dopo aver perso il lavoro dalla SA, Sagl e società in accomandita sua datrice di lavoro.

2.6. In una "Comunicazione" intitolata "Nessun diritto all'indennità di disoccupazione per persone con posizione analoga a quella di un datore di lavoro e per il/la coniuge che lavora nell'azienda", pubblicata in Prassi ML/AD 2003/4 Foglio 4/1-4/4, il Segretariato di Stato dell'economia (SECO), quale autorità di sorveglianza che deve adoperarsi per garantire un'applicazione uniforme del diritto ed impartire le istruzioni generali (cfr. art. 110 LADI; STFA dell'8 aprile 2004 nella causa H., C 340/00, consid. 4; STFA del 10 marzo 2003 nella causa C., C 176/00, consid. 3; STFA dell'8 agosto 2001 nella causa K., C 260/99, consid. 6b e DTF 127 V 57, consid. 3a pag. 61), ha, tra l'altro, rilevato che: " (...) 1.1. I tre elementi determinanti per l'analogia con la posizione di datore di lavoro: a) Qualità di socio Se il collaboratore è membro del consiglio d'amministrazione di una SA (art. 716 segg. CO) o se assume, in qualità di socio o di terza persona incaricata, la gestione di una S.a.g.l. (artt. 811-815 e 827 CO), l'analogia con la posizione di datore di lavoro è riconosciuta per legge. Il diritto all'ID resta escluso senza ulteriore esame fintanto che la persona mantiene tale posizione. Per una verifica si può ricorrere ad un estratto del registro di commercio. b) Partecipazione finanziaria all'azienda L'analogia con la posizione di datore di lavoro deve essere verificata caso per caso. Se per l'entità della partecipazione finanziaria spettano al/la

dipendente facoltà decisionali determinanti, la sua posizione risulta analoga a quella di un datore di lavoro ed è quindi escluso il diritto all'ID. Non è possibile fissare un limite percentuale mediante direttiva. c) Appartenenza a un organo decisionale supremo dell'azienda o partecipazione alla direzione aziendale L'analogia con la posizione di datore di lavoro deve essere verificata di caso in caso. Se, per la struttura interna dell'azienda, alla persona spettano facoltà decisionali determinanti, la sua posizione risulta analoga a quella di datore di lavoro ed è quindi escluso il diritto all'ID. Spesso l'analogia con la posizione di datore di lavoro viene definita in base a diversi elementi (per es. membro del consiglio d'amministrazione in possesso di un importante pacchetto azionario).

1.2. Cessazione dell'analogia con la posizione di datore di lavoro Per la cessazione dell'analogia con la posizione di datore di lavoro – e quindi per l'acquisizione del diritto all'ID – è determinante la perdita definitiva ed effettiva della posizione in questione da parte della persona assicurata. Ciò significa che non deve più sussistere neanche una delle qualità di cui sopra. In particolare, possono condurre alla loro perdita definitiva le seguenti circostanze: - la definitiva chiusura, cioè lo scioglimento (liquidazione) dell'azienda - la cessazione dell'attività dell'azienda non è di per sé sufficiente; - dichiarazione di fallimento - non è più possibile riattivare l'azienda in qualsiasi momento; - cessione dell'azienda o della partecipazione finanziaria con conseguente perdita dell'influenza; - licenziamento o dimissioni, con conseguente perdita della posizione analoga a quella di datore di lavoro – in caso di dimissioni è determinante il momento effettivo della partenza. La data della definitiva cessazione della funzione deve essere verificata di caso in caso. Determinante per la cessazione dell'analogia con la posizione di datore di lavoro è la data effettiva della partenza. La condizione determinante è che da quel momento la persona in questione non possa più influire sull'andamento dell'attività. Per quanto concerne l'iscrizione nel registro di commercio, non si deve necessariamente aspettare la pubblicazione della cancellazione sul FUSC, che può subire ritardi. Deve invece essere sempre controllata la data a partire dalla quale si è persa la funzione che escludeva il diritto all'ID: eventualmente si può fare riferimento all'iscrizione nel giornale del registro di commercio; può anche essere sufficiente un certificato d'uscita autenticato dal notaio come prova della partenza definitiva. Nel caso di una partecipazione finanziaria può essere considerata determinante la data di vendita. (...)" (cfr. Prassi ML/AD 2003/4, Foglio 4/2 e 4/3) 2.7. L'art. 42 LPGA prevede che le parti hanno il diritto di essere sentite. Non devono obbligatoriamente essere sentite prima di decisioni impugnabili mediante opposizione. A tale proposito, in una sentenza del 23 giugno 2003 nella causa S. (C 49/03) (cfr. in questo stesso senso, STFA del 1° settembre 2003 nella causa P., P 32/03) - riguardante una fattispecie in cui l'art. 42 LPGA non poteva ancora essere applicato - accertato che il diritto di essere sentito dell'assicurato era stato violato prima dell'emanazione di una decisione di sospensione, l'Alta Corte ha rilevato che: " Die Sache geht daher an die Arbeitslosenkasse zurück, damit sie nach Erfüllung des Gehörsanspruchs erneut über eine allfällige Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbstverschuldeter Arbeitslosigkeit befinde. In diesem Rahmen kommt nunmehr Art. 42 Satz 2 ATSG zur Anwendung, wonach die Gewährung des rechtlichen Gehörs ins Einspracheverfahren verschoben ist (Kieser, a.a.O. Art. 42 Rz. 24)." (cfr. STFA succitata, consid. 3.2 - la sottolineatura è del redattore) In una sentenza del 22 dicembre 2003 nella causa J. (H 272/03) il TFA, al consid. 3.3., si è invece così espresso: " (...) Selon un principe général de la procédure administrative, l'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de prendre une décision susceptible d'être frappée d'opposition (art. 30 al. 2 let. b PA). Ce principe est aujourd'hui spécifiquement consacré, en matière

d'assurances sociales, à l'art. 42 2ème phrase LPGA." Questo Tribunale ritiene comunque che la chiara giurisprudenza federale emessa prima dell'entrata in vigore della LPGA, secondo cui l'assicurato deve essere sentito prima che venga presa una decisione nei suoi confronti, (cfr. STFA del 22 aprile 2003 nella causa J., C 87/01, consid. 3; STFA del 6 agosto 2002 nella causa C., C 91/02, consid. 1a; RAMI 2002 p. 77, consid. 3d, p. 83; SVR 2002 ALV Nr. 4 pag. 9; DTF 126 V 130 = SVR 2001 ALV Nr. 12 p. 37), mantiene, in talune circostanze, la sua validità anche successivamente (cfr. U. Kieser, ATSG Kommentar, Schulthess 2003, ad art. 42, n. 7 e n. 19-23; Th. Locher, "Grundriss des Sozialversicherungsrechts", Ed. Staempfli Verlag AG, Berna 2003, pag. 447-448 n° 18-23).

2.8. Nel caso concreto il TCA constata che, almeno in un primo tempo, l'amministrazione ha sottoposto all'assicurato l'esito dei propri accertamenti e gli ha chiesto delle precisazioni oltre alla produzione di ulteriore documentazione (cfr. doc. 147-148). Per contro, la Cassa non ha sottoposto all'assicurato l'esito dei propri accertamenti esperiti presso il SECO e posti quale base della decisione su opposizione del 30 aprile 2004 (cfr. doc. A1, punto 5). Questo Tribunale deve qui innanzitutto stigmatizzare l'operato dell'amministrazione alla quale va ricordato che, giusta l'art. 29 cpv. 2 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera (Cost. fed.), le parti hanno diritto di essere sentite. Per costante giurisprudenza, da questo principio va in particolare dedotto il diritto per l'interessato di esprimersi prima della pronuncia di una decisione sfavorevole nei suoi confronti, quello di fornire prove circa i fatti suscettibili di influire sul provvedimento, quello di poter prendere visione dell'incarto, quello di partecipare all'assunzione delle prove, di prenderne conoscenza e di determinarsi al riguardo (cfr. STFA dell'11 febbraio 2004 nella causa M., C 24/02, consid. 5.4; DTF 127 I 56 consid. 2b, 127 III 578 consid. 2c, 126 V 130 consid. 2a; cfr., riguardo al previgente art. 4 cpv. 1 vCost., la cui giurisprudenza si applica anche alla nuova norma, DTF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b e sentenze ivi citate). L'amministrazione ha così violato il diritto di essere sentito dell'assicurato che, secondo l'art. 42 LPGA, deve soprattutto essere rispettato proprio durante la procedura di opposizione. Tuttavia, eccezionalmente nel caso concreto, considerato che l'esito degli accertamenti è stato riassunto al punto 5 della decisione su opposizione, che l'amministratore unico della \_\_\_\_\_, con fax del 28 maggio 2004, ha chiesto alla Cassa copia degli scritti del SECO e che l'assicurato, in sede di ricorso, ha preso posizione sugli stessi (cfr. doc. A/1, 66-67 e I), questo Tribunale ritiene che la violazione del diritto di essere sentito è stata sanata.

2.9. Dagli atti di causa risulta che l'assicurato ha sottoscritto un contratto di lavoro con la \_\_\_\_\_ il 22 gennaio 2002. Secondo questo contratto l'assunzione dell'assicurato era a tempo indeterminato a partire dal 1° febbraio 2002, la sua funzione era quella di operatore di derivati e la retribuzione complessiva di CHF 150'000.00 lordi era da corrispondere in 12 rate mensili (cfr. doc. 111 e 43). Il 7 gennaio 2003 le parti hanno sottoscritto un nuovo contratto di lavoro nel quale la retribuzione complessiva è stata portata a CHF 120'000.00 lordi sempre da corrispondere in 12 rate mensili (cfr. doc. 23). Precedentemente l'assicurato ha lavorato presso la \_\_\_\_\_ dal luglio 1997 al gennaio 2002 conseguendo, nell'ultimo mese di lavoro, un salario lordo pari a fr. 9'065.-- (cfr. doc. 6 punto 30 e doc. 33). L'assicurato si è iscritto al collocamento il 3 novembre 2003 alla ricerca di un'attività a tempo pieno quale operatore di borsa (cfr. doc. 58 e 59). Il 26 agosto 2003 la \_\_\_\_\_, sua datrice di lavoro, ha scritto all'assicurato una lettera raccomandata a mano, da lui sottoscritta "Per accettazione", del seguente tenore: " (...) Con la presente la informiamo che la nostra società ha deciso di rescindere il suo contratto di lavoro firmato in data 7 gennaio 2003 per il 31 ottobre 2003 rispettando pertanto il termine di disdetta

descritto nell'articolo 8 del contratto medesimo. Come anticipato verbalmente questa decisione risiede unicamente nel fatto che la nostra società sta procedendo ad una inevitabile ristrutturazione del personale. La ringraziamo per l'ineccepibile collaborazione avuta con la nostra società e le formuliamo i più fervidi auguri per il suo futuro professionale e privato. Rimaniamo sempre a disposizione nel caso volesse che la nostra società emetta a suo nome un attestato di lavoro. Le ricordiamo inoltre l'impegno da parte sua nel mantenere la più assoluta segretezza su tutte le relazioni d'affari della nostra clientela, ossia il rispetto del segreto commerciale. (...)" (cfr. doc. 22) La Cassa, fondandosi sulle indicazioni ricevute dal SECO (cfr. doc. A/8 e A/9), ha negato all'assicurato il diritto alle indennità di disoccupazione dal 3 novembre 2003 al 9 febbraio 2004 sulla base delle seguenti argomentazioni: - la partecipazione di circa il 20% al capitale azionario della \_\_\_\_\_, sua ex datrice di lavoro, va tenuta in considerazione anche dopo il licenziamento dell'assicurato; - l'assicurato ha venduto le sue azioni il 9 febbraio 2004 e ha realizzato un capitale di fr. 60'000.--; - l'assicurato non ha provato l'inesistenza della "posizione professionale analoga a quella di un datore di lavoro". Le conclusioni a cui è giunta l'amministrazione non possono essere condivise da questo Tribunale per le seguenti ragioni. Dagli atti di causa risulta che l'assicurato, unitamente ad \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e alla \_\_\_\_\_, il 18 dicembre 2001 ha costituito la società \_\_\_\_\_ che lo stesso giorno è stata iscritta a Registro di Commercio (cfr. doc. A/10.2 e A/10.3). Dall'atto di costituzione si evince che l'assicurato ha sottoscritto 350 azioni al portatore di fr. 1'000.-- cadauna, la \_\_\_\_\_ 450 azioni e \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ 500 azioni a testa (cfr. doc. A/10/2). Questi ultimi figurano iscritti a Registro di Commercio (RC) quali direttori con diritto di firma individuale mentre la carica di amministratore unico con diritto di firma individuale è stata assunta da \_\_\_\_\_ (cfr. doc. A/10.3). Per contro dall'estratto RC non risulta che l'assicurato abbia mai rivestito una carica formale in seno alla \_\_\_\_\_. Nemmeno l'assicurato risulta iscritto in qualche funzione nella \_\_\_\_\_ che ha il signor \_\_\_\_\_ quale presidente del Consiglio di Amministrazione. Dando seguito alle precisazioni e all'ulteriore documentazione richiestagli, per conto dell'assicurato, l'amministratore unico della \_\_\_\_\_ ha, in particolare, dichiarato che: "(...) 1) Il sig. RI 1 è stato assunto dalla \_\_\_\_\_ il 22.01.2002 con una retribuzione annua di CHF 150'000.--. Nel corso dell'estate del 2002 ho dovuto ridurre drasticamente lo stipendio a tutti i dipendenti, direttori inclusi, a causa delle difficoltà dei mercati finanziari. In effetti, l'attività principale della società risiede nel trading di prodotti finanziari attraverso l'utilizzo del proprio capitale sociale, mentre l'attività di gestione di patrimoniale di conti terzi, ed i relativi redditi prodotti, sono stati e sono tuttora minimi rispetto all'attività indicata sopra. Pertanto il sig. RI 1 ha percepito un salario lordo (inclusi gli assegni familiari), dalla società per il 2002 (11 mesi), di CHF 83'956.00. Le segnalo che nel corso del mese di gennaio 2002 il sig. RI 1 ha percepito dal suo datore di lavoro precedente (\_\_\_\_\_), un salario lordo di CHF 9'065.00. (...) 9) Nella mia funzione di amministratore unico della \_\_\_\_\_ le dichiaro e confermo che, all'atto di costituzione della società avvenuto il 18 dicembre 2001, il sig. RI 1 ha sottoscritto 350 azioni per un valore di CHF 1'000 cadauna. Inoltre non vanta nessun altro interesse finanziario diretto o indiretto nel capitale sociale della \_\_\_\_\_. (...)" (cfr. doc. A2) Lo stesso amministratore unico, riferendosi a un precedente colloquio telefonico con il sig. \_\_\_\_\_ della Cassa, in uno scritto del 18 dicembre 2003 ha, tra l'altro, dichiarato che: "(...) Quale amministratore unico della \_\_\_\_\_. Ho preso atto delle volontà del sig. RI 1 indicate sopra (nдр.: si riferisce alla volontà dell'assicurato di vendere le sue 350 azioni

della SA), e cercherò di aiutarlo nel poter trovare dei potenziali acquirenti. Da ultimo le confermo che prenderò atto nei prossimi giorni della circolare da lei indicatami (ndr.: si riferisce alla Comunicazione pubblicata in Prassi ML/AD 2003/4 Foglio 4/1-4/4, riprodotta in parte al consid. 2.6), per verificare le basi legali inerenti i suoi quesiti. In effetti, come le ho già accennato, mi sembra assai imbarazzante dover spiegare ad una persona che è stata licenziata, e la quale deve provvedere al sostentamento della propria famiglia, che se partecipa finanziariamente nel capitale di una società anonima svizzera, sulla quale società non ha nessun potere decisionale operativo, che potenzialmente non può beneficiare delle indennità di disoccupazione, per le quali la società, ed il sig. RI 1 per tanti anni, hanno pagato regolarmente i contributi. (...)." (cfr. doc. A/3, la sottolineatura è del redattore)

Sempre l'amministratore unico della \_\_\_\_\_, con fax dell'11 febbraio 2004 (cfr. doc. A5), ha confermato alla Cassa che, il 9 febbraio 2004, l'assicurato ha venduto le sue 350 azioni al portatore per fr. 60'000.-- realizzando quindi una perdita finanziaria di fr. 290'000.-- e, con fax del 16 febbraio 2004, ha scritto che: "(...) quale amministratore unico della \_\_\_\_\_, le comunico che il sig. RI 1 a partire dal giorno del suo licenziamento non ha più svolto nessuna attività lavorativa all'interno della \_\_\_\_\_, come pure non ha svolto nessuna funzione quale azionista della citata società. In effetti \_\_\_\_\_ non ha tenuto nessuna assemblea ordinaria o straordinaria degli azionisti, sino ad oggi. Pertanto la partecipazione azionaria del sig. RI 1, fino al momento della sua vendita, è risultata dalla data del suo licenziamento assolutamente ininfluenza sulla gestione della società. (...)." (cfr. doc. A6)

Con scritto del 25 maggio 2004 al TCA l'amministratore unico della \_\_\_\_\_ ha ribadito che: "(...) 1) Il sig. RI 1 è stato azionista della società \_\_\_\_\_. dalla sua costituzione sino al 9 febbraio 2003 (ndr. recte: 2004), con una partecipazione di 350 azioni al portatore di nominali CHF 1'000.--cadauna, per un totale di CHF 350'000.--. 2) Il sig. RI 1 non ha mai svolto attività direzionali e decisionali in seno alla società \_\_\_\_\_. 3) Il sig. RI 1 non ha mai avuto, oltre alle sue 350 azioni, altre partecipazioni dirette o indirette nella società \_\_\_\_\_. 4) Il sig. RI 1 non ha mai stipulato e non è mai stato vincolato a patti parasociali con altri azionisti della società \_\_\_\_\_. 5) Su autorizzazione degli altri azionisti della società, vi allego copia dell'atto pubblico notarile di costituzione della società \_\_\_\_\_. I signori \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ sono i direttori della società \_\_\_\_\_ (vedi copia allegata del Registro di commercio di \_\_\_\_\_). (...)." (cfr. doc. A/10.1)

Infine l'amministratore unico della \_\_\_\_\_ ha ancora ribadito le sue dichiarazioni tramite una "Dichiarazione giurata" del 5 luglio 2004 nella quale, in particolare, ha dichiarato che: "(...) 4. Il sig. RI 1 non ha mai fatto uso delle facoltà di cui agli art. 697b CO, 699 cpv. 3 CO e 736 CO. L'unica assemblea della \_\_\_\_\_ si è svolta in data 11 giugno 2003 per l'approvazione del bilancio e del conto economico per l'esercizio chiuso al 31 dicembre 2002. (...) 7. Unici direttori della \_\_\_\_\_ sono, dalla data della costituzione sino ad oggi ininterrottamente, i signori \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_. Per contro, il sig. RI 1 non ha mai svolto attività direzionali e decisionali in seno alla \_\_\_\_\_ né ha mai rivestito cariche sociali. 8. \_\_\_\_\_ A partire dal giorno del suo licenziamento il sig. RI 1 non ha più svolto alcuna attività lavorativa e non ha nemmeno esercitato le sue prerogative di azionista, non essendo state tenute assemblee ordinarie e straordinarie degli azionisti della società, ad eccezione di quella citata sub. 4. 9. Confermo in conclusione che il sig. RI 1 non ha mai rivestito in seno alla \_\_\_\_\_ una posizione professionale pari o anche semplicemente analoga a quella di un datore di lavoro, essendosi sempre limitato a svolgere le mansioni a lui affidate quale dipendente nel contratto di lavoro con la società. (...)." (cfr. doc. V, allegato doc. B) Dalle

risultanze appena riprodotte, a mente di questo Tribunale, la fattispecie non può essere assimilata ai casi usuali di abuso in cui gestori e/o amministratori di società anonime o altro, di cui detengono pure il capitale, vengono considerati quali datori di lavoro, in quanto malgrado l'uscita dalla ditta - di principio decisa personalmente - continuano a determinarne le scelte. Infatti, l'assicurato è stato licenziato a causa di una ristrutturazione della società e non ha mai rivestito alcuna funzione formale in seno alla \_\_\_\_\_. Nel corso del 2002, viste le difficoltà dei mercati finanziari, lo stipendio dell'assicurato ha subito una drastica riduzione e, in ogni caso, il suo salario non può essere ritenuto fuori dalla norma considerato il settore professionale in questione (per un diverso caso cfr. la STFA del 22 giugno 1998 nella causa T. SA, C 144/96). L'amministratore unico della \_\_\_\_\_ ha sempre dichiarato che l'assicurato è stato un semplice dipendente e che dopo il suo licenziamento non ha più svolto alcuna attività. Di rilievo è pure la circostanza che l'assicurato ha venduto con una grave perdita (fr. 290'000.--) le sue 350 azioni al portatore della SA. In simili circostanze non è pertanto applicabile la giurisprudenza federale che, al fine di prevenire degli abusi, nega il diritto alle indennità di disoccupazione a quegli assicurati che, dopo essere stati licenziati, mantengono una posizione analoga a quella di un datore di lavoro all'interno della ditta loro datrice di lavoro (cfr. consid. 2.3, 2.4 e 2.5). Al riguardo va qui ricordato che in una decisione del 16 dicembre 2003 nella causa E., C 301/02, il TFA ha accolto parzialmente un ricorso del SECO e, circa il diritto alle indennità nel caso di un assicurato che dopo lo scioglimento del contratto di lavoro è rimasto iscritto a Registro di Commercio quale membro del consiglio di amministrazione della SA sua ex datrice di lavoro fino al 14 agosto 2001, viste le particolarità del caso concreto ha, tra l'altro, sviluppato le seguenti considerazioni: " (...) Mit Blick auf die hier vielmehr interessierende Stellung bei der Firma X. \_\_\_\_\_ steht fest, dass der Beschwerdegegner nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2001 - gemäss Handelsregisterauszug - bis 14. August 2001 seine Funktion als Verwaltungsratsmitglied und Geschäftsführer beibehielt, wobei mit Verfügung vom 21. August 2001 der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet wurde. Der dazumalige Präsident bestätigt am 7. Dezember 2000 gegenüber der Arbeitslosenkasse, dass der Versicherte am 31. Oktober 2000 als Geschäftsführer freigestellt worden und gleichzeitig aus dem Verwaltungsrat ausgetreten ist. Präzisierend führt der Präsident sowie ein Mitglied des Verwaltungsrates am 9. und 10. Januar 2003 im Rahmen des letztinstanzlichen Verfahrens an, dass der Beschwerdegegner nach seiner Kündigung nie mehr als Geschäftsführer der Firma tätig gewesen sei, auch in keiner anderen Funktion weitere Arbeiten für die Firma X. \_\_\_\_\_ geleistet und an keiner Sitzung mehr teilgenommen habe. Man habe es versäumt, den Versicherten im Handelsregister als Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied umgehend zu streichen, sodass die Eintragungen nicht mehr der aktuellen Situation nach dem 30. Oktober 2000 entsprochen hätten. Der Beschwerdegegner war zudem im zu beurteilenden Zeitraum weder Allein- noch Hauptaktionär. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass der Versicherte nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31. Januar 2001 endgültig auch jene Eigenschaften verlor, derentwegen er bei Kurzarbeit aufgrund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre (BGE 123 V 237 Erw. 7b/bb in fine). Insbesondere behielt er seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb nicht bei und konnte somit auch die Entscheidungen des Arbeitgebers nicht mehr bestimmen oder massgeblich beeinflussen. Mithin verlor er jegliche unternehmerische Dispositionsfreiheit, womit eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Regelung des Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG auszuschliessen und der Anspruch auf Leistungen der

Arbeitslosenversicherung in der Zeit vom 29. Mai bis 31. Juli 2001 (BGE 121 V 366 Erw. 1b) zu bejahen ist. (...)." (cfr. STFA del 16 dicembre 2003 nella causa E., C 301/02). È vero che un azionista che rappresenta almeno il 10 per cento del capitale azionario può chiedere la designazione giudiziale di un controllore speciale, la convocazione dell'assemblea generale e per gravi motivi lo scioglimento della società per sentenza del giudice (cfr. art. 697b cpv. 1, 699 cpv. 3 e 736 punto 4 del Codice delle Obbligazioni). Questa unica circostanza non basta tuttavia, almeno nel caso presente, per concludere che un assicurato, che detiene una tale e/o superiore partecipazione nella società sua datrice di lavoro, riveste una posizione analoga a quella di un datore di lavoro. Questa soluzione si giustifica a maggiore ragione se si considera che l'assicurato ha sottoscritto la quota più piccola del capitale sociale rispetto a tutti gli altri soci fondatori, che egli non ha mai rivestito alcuna funzione formale in seno alla \_\_\_\_\_ e che ha venduto le proprie azioni al portatore con una cospicua perdita finanziaria. In simili circostanze il ricorso va accolto e la decisione impugnata annullata. Gli atti sono retrocessi all'amministrazione perché, se dati gli ulteriori presupposti, proceda a versare all'assicurato le indennità di disoccupazione per il periodo dal 3 novembre 2003 al 9 febbraio 2004.

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