

TI_GERICHTE 38.2005.20 vom 21. September 2005

TI Tribunale d'appello, 2005-09-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2005.20

FR: TI_GERICHTE 38.2005.20 du 21 septembre 2005

IT: TI_GERICHTE 38.2005.20 del 21 settembre 2005

Regeste

Per calcolare il guadagno intermedio di un ass. che, dopo le ferie aziendali e durante il periodo di prova ha ricevuto la disdetta, va ritenuto il salario che egli avrebbe percepito se non avesse preso le vacanze. Questo anche se l'indennità di vacanze acquisita non copre la durata delle vac. az.

Erwägungen

E. 1

Januar 2003 geltenden Fassung; dazu BBl 1999 4613; Kieser, a.a.O., N 33 zu Art. 52). 4.2 Im Kanton Luzern verhält es sich so, dass er von der Kompetenz in Art. 85b Abs. 1 Satz 2 AVIG, den regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) Aufgaben der Kantonalen Amtsstelle zu übertragen, mit Erlass von § 3 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes über die Arbeitslosenversicherung und den Arbeitslosenfonds vom 18. Januar 2000 (SRL Nr. 890) und § 3 Abs. 2 lit. a der (gleichnamigen) Verordnung vom 5. November 2002 (SRL Nr. 890a) Gebrauch gemacht und den RAV die Verfügungskompetenz im Falle von Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG, das heisst der Einstellung in der Anspruchsberechtigung bei ungenügendem Bemühen um zumutbare Arbeit, übertragen hat. Andererseits hat der Kanton Luzern darauf verzichtet, aufgrund von Art. 100 Abs. 2 AVIG eine andere als die verfügende Behörde zur Behandlung der Einsprache als zuständig zu erklären. Demnach bleibt es dabei, dass die RAV auch die Einsprachen gegen die von ihr getroffenen Verfügungen zu behandeln haben. Zwar mag es im Hinblick auf eine erhöhte Objektivität des Einspracheentscheides sinnvoll sein, Verfügungs- und Einsprachebehörde innerhalb des Versicherungsträgers personell zu trennen (Freivogel, a.a.O., S. 109; Morger, a.a.O., S. 242); eine bundesrechtliche Verpflichtung zu einer solchen, für das Einspracheverfahren atypischen Zuständigkeitsordnung (Kieser, a.a.O., N 8 zu Art. 52) besteht indessen nicht. Der vorinstanzliche Entscheid ist daher in diesem Punkt nicht zu beanstanden. (...)"(cfr. STFA del 16 febbraio 2005 nella causa S., C 6/04) Il TCA entra pertanto nel merito del ricorso. Nel merito 2.2. Il 1° luglio 2003 è entrata in vigore 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.). Poiché nel diritto delle assicurazioni sociali è determinante il disciplinamento legale in vigore al momento in cui si è realizzata la fattispecie giuridicamente rilevante (cfr. STFA del 16 febbraio 2004 nella causa S., C 154/03; 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), visto che la presente fattispecie si riferisce a una questione (il diritto alle indennità di

disoccupazione in base alle norme che regolano il guadagno intermedio per il mese di agosto 2004) che si è posta successivamente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si applicano le norme valide dal 1° luglio 2003. Il nuovo tenore dell'art. 24 LADI non ha modificato il contenuto di quello vecchio e quindi la giurisprudenza sviluppata in precedenza mantiene tutta la sua validità. Al riguardo, nel Messaggio concernente la revisione della legge federale sull'assicurazione contro la disoccupazione del 28 febbraio 2001, il Consiglio federale, circa l'art. 24 LADI, ha rilevato che: " Art. 24 Computo del guadagno intermedio Capoverso 1: i capoversi 1 e 2 sono riuniti in un unico capoverso. Il capoverso 2 è abrogato. I capoversi 3 e 4 sono ordinati in modo più preciso per motivi di sistematica e per tener conto della giurisprudenza, ma il loro contenuto, ad eccezione del capoverso 3, rimane invariato. Capoverso 3 bis (nuovo) : secondo la formulazione attuale dell'articolo 24 capoverso 2 terzo periodo LADI, non può essere versato alcun pagamento compensativo dopo una disdetta a seguito di una modifica del contratto di lavoro o in caso di riassunzione nell'intervallo di un anno da parte dello stesso datore di lavoro a un tasso di occupazione inferiore, anche se il salario proposto è usuale per la professione e il luogo. Il legislatore voleva semplicemente impedire il dumping salariale a carico dell'assicurazione contro la disoccupazione dopo una disdetta dovuta a una modifica del contratto di lavoro. Non v'è invece il rischio di abusi se il datore di lavoro è costretto, per motivi legati all'impresa, a ridurre il tasso di occupazione con una riduzione proporzionale del salario e se il lavoro proposto è remunerato a un'aliquota usuale per la professione e il luogo. Il nostro Consiglio non rifiuterà di prendere in considerazione un eventuale guadagno intermedio, e quindi si opporrà alla concessione di pagamenti compensativi secondo la disposizione dell'attuale articolo 41 a capoverso

E. 3

OADI soltanto se il rapporto di lavoro è mantenuto o ripreso nell'intervallo di un anno fra le due parti a una delle condizioni seguenti: a) il tempo di lavoro è stato ridotto e la rispettiva diminuzione del salario è eccessiva; b) il tempo di lavoro è mantenuto, ma il salario ridotto. Con questa clausola contro gli abusi e con il criterio dell'aliquota usuale per la professione e il luogo, occorre evitare che i costi salariali siano trasferiti all'assicurazione contro la disoccupazione (dumping salariale). In particolare, il guadagno intermedio non deve portare a un degrado generale delle condizioni di lavoro e salariali né a una trasformazione dei posti di lavoro «normali» in posti di lavoro «con guadagno intermedio». A tal fine, da un lato l'importo dei pagamenti compensativi deve rispettare i salari usuali per la professione e il luogo (art. 24 cpv. 3 LADI) e, dall'altro, i guadagni intermedi presso il datore precedente sono ammessi o presi in considerazione solo se il salario non è stato ridotto in misura eccessiva. Con questa disposizione si vuole impedire di finanziare la riassunzione a un salario eccessivamente basso a spese dell'assicurazione contro la disoccupazione (guadagno intermedio). Questo disciplinamento tiene conto delle contingenze economiche, del principio delle assicurazioni sociali della diminuzione del danno, del principio dell'assicurazione contro la disoccupazione «lavorare è redditizio» e impedisce inoltre che gli assicurati accettino importanti sacrifici salariali a spese dell'assicurazione contro la disoccupazione. Capoverso 4: la modifica del rinvio è necessaria in considerazione della fusione dei capoversi 1 e 2." (cfr. FF N. 23 del 12 giugno 2001, pag. 2005-2006) 2.3. In virtù dell'art. 23 cpv. 1 LADI è considerato guadagno assicurato il salario determinante nel senso della legislazione sull'AVS, normalmente riscosso durante un periodo di calcolo nel corso di uno o più rapporti di lavoro, compresi gli assegni contrattuali periodici che non siano indennità per inconvenienti connessi al lavoro. L'importo massimo del guadagno

assicurato (art. 18 LPGGA) corrisponde a quello dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni. Il Consiglio federale stabilisce il periodo di calcolo e il limite minimo. Secondo l'art. 24 cpv. 1 LADI è considerato guadagno intermedio il reddito proveniente da un'attività lucrativa dipendente o indipendente che il disoccupato ottiene entro un periodo di controllo. L'assicurato ha diritto alla compensazione della perdita di guadagno. Il tasso d'indennità è determinato secondo l'articolo 22. Il Consiglio federale determina in che modo deve essere calcolato il reddito proveniente da un'attività lucrativa indipendente. In virtù dell'art. 24 cpv. 3 LADI è considerata perdita di guadagno la differenza tra il guadagno intermedio ottenuto nel periodo di controllo, ma corrispondente almeno all'aliquota usuale per la professione ed il luogo, e il guadagno assicurato. Un guadagno accessorio (art. 23 cpv. 3) non è preso in considerazione. Il Consiglio federale, competente a emanare le disposizioni esecutive (cfr. art. 109 LADI) e sulla base della delega di cui all'art. 24 cpv. 1 LADI, ha emanato l'art. 41a OADI. In particolare il cpv. 1 dell'art. 41a OADI stabilisce che se il reddito è inferiore all'indennità di disoccupazione, l'assicurato ha diritto, nell'ambito del termine quadro per la riscossione della prestazione, a indennità compensative. 2.4. In una sentenza pubblicata in DTF 124 V 69, chiamato a pronunciarsi circa l'adempimento del presupposto (necessario perché il guadagno assicurato possa nel caso di lavoro intermedio essere ricalcolato) di un'attività ininterrotta soggetta a contribuzione di almeno sei mesi per la quale venga ottenuto un salario più elevato, il Tribunale federale delle assicurazioni (TFA) ha stabilito che nell'ipotesi in cui l'assicurato abbia fruito di vacanze, decisivo ai fini di accertare se sia sussistito un periodo di lavoro ininterrotto di sei mesi conferente un salario intermedio superiore al guadagno assicurato è segnatamente stabilire quale fosse la volontà delle parti all'inizio del rapporto lavorativo: qualora, come in concreto, sia stato pattuito un unico rapporto, le indennità per vacanze devono essere prese in considerazione quale guadagno intermedio ai sensi dell'art. 37 cpv. 4 OADI a prescindere dal quesito se esse siano maturate prima o dopo le vacanze medesime. In quell'occasione l'Alta Corte ha, in particolare, sviluppato le seguenti considerazioni: " (...)

E. 4

En l'espèce, et quoiqu'en disent les premiers juges, l'activité de chauffeur exercée au profit des pensionnaires d'un établissement scolaire est liée au rythme des vacances des professeurs et des élèves. Dès lors, il n'est pas décisif de savoir si l'intimé avait décidé personnellement de prendre ou non ses vacances en octobre 1997 comme l'a soutenu à tort la recourante. Il importe bien plus de constater que celui-ci s'est retrouvé de facto en vacances à raison des vacances scolaires qui étaient également celles de l'établissement pour lequel il travaillait. Au regard de la convention passée entre employeur et travailleur pour ce genre d'activité, on doit considérer ainsi que cette situation correspond à des vacances d'entreprise et non à une période sans travail comme l'ont considéré les premiers juges. Pendant les vacances scolaires, l'assuré était en droit de prendre ou non ses propres vacances sans subir de préjudice du point de vue de l'assurance-chômage (ATF 124 V 74 consid. 4b); il ne pouvait en revanche choisir d'autres périodes pour ce faire. (...)" (cfr. DLA 2000 N. 7, consid. 4, pag. 36) Il TFA ha poi concluso che: " (...) Il en résulte que les indemnités de vacances perçues en plus du salaire horaire pendant les mois d'août et de septembre 1997 doivent être comptées comme gain intermédiaire pour la période litigieuse. Elles s'ajoutent simplement au gain intermédiaire brut (y compris les indemnités pour jours fériés et la part au 13 e salaire) pris en considération pour le mois d'octobre. Le recours doit être admis dans ce sens et le dossier de la cause renvoyé à la caisse pour nouveau calcul du

gain intermédiaire au sens des considérants. Ce faisant, la caisse se conformera simplement à la Directive de l'OFDE aux caisses de chômage (Bulletin MT/AC 98/3 fiche 2/2), applicable aux assurés ayant, comme dans le cas particulier, un horaire de travail irrégulier. Sous le titre "Gains intermédiaires avec horaire de travail irrégulier (vacances individuelles ou d'entreprise / activité de durée déterminée ou indéterminée)", celle-ci dispose que seule l'indemnité de vacances acquise par l'assuré avant ses vacances (éventuellement au cours de plusieurs gains intermédiaires) peut être prise en compte au titre de gain intermédiaire. Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce: Le recours est admis en ce sens que le jugement du Tribunal administratif du 19 novembre 1998 ainsi que la décision de la caisse du 15 décembre 1997 sont annulées, la cause étant renvoyée à la caisse de chômage pour qu'elle procède conformément aux considérants." (cfr. DLA 2000 N. 7, consid. 4, pag. 36-37) In una decisione pubblicata in DLA 2001 N. 16 pag. 154 l'Alta Corte ha ribadito che non ha diritto alla ridefinizione del guadagno assicurato secondo l'art. 37 cpv. 4 let. a OADI l'assicurata il cui rapporto di lavoro è durato 5 mesi e 25 giorni e che, immediatamente dopo la scadenza del contratto, ha preso le vacanze corrispondenti all'indennità di vacanze percepita. Il presupposto secondo cui la persona assicurata deve avere esercitato un'attività soggetta a contribuzione durante almeno sei mesi consecutivi si riferisce esclusivamente alla durata formale del rapporto di lavoro. Il fatto che sia stata versata un'indennità di vacanze non può avere l'effetto di prolungare un rapporto di lavoro che è stato disdetto. Da questa situazione occorre distinguere il caso (DTF 124 V 69 segg.) in cui l'assicurata beneficia dell'indennità di vacanze durante il rapporto di lavoro, vale a dire se le parti hanno concordato che si trattava di un unico rapporto di lavoro comprendente periodi di lavoro prima e dopo le vacanze. In tal caso, le vacanze contano per la durata del rapporto di lavoro, e, di conseguenza, vanno considerate come attività soggetta a contribuzione. In una decisione pubblicata in DTF 130 V 492 la nostra Massima Istanza ha cambiato la giurisprudenza sviluppata in DTF 112 V 226 consid. 2d e ha stabilito che la compensazione del diritto alle vacanze sotto forma di supplemento al salario orario e mensile non determina un aumento del periodo di contribuzione computabile corrispondente all'indennità di vacanze commutata in giorni o settimane di vacanze. Dopo aver esposto la propria giurisprudenza concernente il significato dell'indennità di vacanze nel determinare la perdita di lavoro, il periodo di contribuzione e il guadagno assicurato, l'Alta Corte ha, in particolare, sviluppato le seguenti considerazioni: " (...)

E. 4.3.1

Art. 11 Abs. 3 AVIV, auf welchen in BGE 112 V 226 Erw. 2d und weiteren der erwähnten Präjudizien Bezug genommen wird, regelt den Fall, wo der oder die Versicherte während der Dauer des Arbeitsverhältnisses tatsächlich Ferien bezog (ARV 2001 Nr. 16 S. 156 Erw. 1b, 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b sowie Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/Soziale Sicherheit, S. 68 Rz 172). Ob während dieser arbeitsfreien Zeit der Lohn weiterhin ausbezahlt wurde oder die Abgeltung in Form eines Zuschlages zum (Grund-) Lohn erfolgte, ist ohne Belang. Es kann sich insofern nach der Logik des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Versicherten nicht anders verhalten als beim versicherten Verdienst (vgl. BGE 125 V 48 Erw. 5b; Erw. 4.2.4 zweiter Abschnitt). Fehlt es am Merkmal des realen Bezugs von Ferien, kann Art. 11 Abs. 3 AVIV somit nicht, zumindest nicht unmittelbar zur Anwendung gelangen. Und durch Auszahlung einer Entschädigung für effektiv nicht bezogene Ferien kann grundsätzlich keine Beitragszeit entstehen (ARV 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b; Nussbaumer, a.a.O., S. 68 FN 349).

E. 4.3.2

Im Weiteren kann die mit BGE 112 V 226 Erw. 2d begründete und seither mehrmals bestätigte Rechtsprechung lediglich Sachverhalte betreffen, wo während des oder der in Frage stehenden Arbeitsverhältnisse keine Betriebsferien waren und der oder die Versicherte an keinem betriebsüblichen Arbeitstag beschäftigungsfrei war. Auf Grund der Bedeutung der formalen Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Ermittlung der Beitragszeit (BGE 125 V 45 Erw. 3c, 122 V 252 Erw. 3c) sodann beschränkt sich ihr Anwendungsbereich auf angebrochene Monate (Art. 11 Abs. 2 AVIV; vgl. BGE 125 V 47 oben, 121 V 175 Erw. 4c/dd).

E. 4.4

In BGE 123 V 74 Erw. 5c hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Umrechnung lohnprozentualer Ferienentschädigung in Ferientage oder -wochen und deren Anrechnung als Beitragszeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG aus Sicht des Abgeltungsverbotes nach Art. 329d Abs. 2 OR als folgerichtig bezeichnet (vgl. Erw. 4.2.4 erster Abschnitt in fine). Nach dieser Bestimmung dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Das Verbot ist zwingend (Art. 361 OR). Es dient der Sicherung des mit den Ferien verfolgten Erholungszweckes (BGE 118 II 137 Erw. 3b). Wo die Durchsetzung des Verbots insbesondere auf Grund der Natur des konkreten Arbeitsverhältnisses (u.a. unregelmässiger oder sehr kurzer Arbeitseinsatz) oder bei gleichzeitiger Tätigkeit für verschiedene Arbeitgeber mit Schwierigkeiten verbunden ist, lässt die Praxis Ausnahmen zu, sofern für den Arbeitnehmer sowohl aus dem Arbeitsvertrag wie aus den Lohnabrechnungen klar ersichtlich ist, welcher Teil des Lohnes den Ferienanspruch abgelden soll (BGE 116 II 517 Erw. 4a mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts in Sachen S. vom 21. Februar 2002 [4C.301/2001] Erw. 3a).

E. 4.4.1

Ob die Abrede der Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Lohnzuschlages, soweit damit zum Voraus auf den realen Bezug von Ferien während des Arbeitsverhältnisses verzichtet wird, im Einzelfall zulässig ist, kann für die Frage der Anrechenbarkeit der in Ferientage oder -wochen umgerechneten Ferienentschädigung als zusätzliche Beitragszeit nicht von Bedeutung sein.

E. 4.4.2

Mit der Rechtsprechung (BGE 112 V 220 und seitherige Urteile) werden Versicherte, deren Ferienanspruch in Form eines Lohnzuschlages abgegolten wurde, so gestellt, wie wenn sie während der Dauer des Arbeitsverhältnisses im Umfang der entschädigten Tage oder Wochen effektiv Ferien bezogen hätten, welche ihnen im Rahmen von Art. 11 Abs. 3 AVIV als Beitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 AVIG angerechnet werden. Diese von der Aufsichtsbehörde als gesetzwidrig erachtete Praxis widerspricht in zweierlei Hinsicht dem Gleichbehandlungsgebot. Zum einen benachteiligt sie alle jene Versicherten, deren Arbeitsverhältnisse innerhalb der Beitragsrahmenfrist lediglich volle Kalendermonate umfassten und die wegen der Art der Tätigkeit und/oder aus zeitlichen Gründen (Dringlichkeit) keine oder nicht alle Ferien beziehen konnten. Bei diesen Versicherten wird die Beitragszeit nach Art. 11 Abs. 1 AVIV ermittelt, was die Anrechnung von in welcher Form auch immer abgegoltenen nicht bezogenen Ferien zum Vornherein ausschliesst (Erw. 4.3.2). Schlechter gestellt werden zum andern Versicherte mit vereinbartem Lohnanspruch

während den Ferien, welche aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen indessen effektiv keine oder nicht alle Ferien beziehen konnten. Wenn und soweit sie hierfür entschädigt wurden, führt dies nicht durch entsprechende Umrechnung in Ferientage oder -wochen zu zusätzlichen Beitragszeiten im Sinne von Art. 13 Abs. 1 AVIG (ARV 2000 Nr. 17 S. 87 Erw. 2b; vgl. auch BGE 123 V 74 oben). Die dargelegte ungleiche Behandlung wird dadurch akzentuiert, dass in Bezug auf die Anrechenbarkeit von Ferienentschädigung beim versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG) nicht nach der Form der Abgeltung (einmalige Zahlung, Lohnzuschlag) differenziert und auch nicht nach den Gründen für den Nichtbezug der Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gefragt wird. Gleiches liesse sich im Übrigen auch für Art. 11 Abs. 4 AVIG sagen.

E. 4.4.3

Aus vorstehenden Gründen kann an der mit BGE 112 V 226 Erw. 2d begründeten Rechtsprechung nicht festgehalten werden. Mit anderen Worten rechtfertigt die Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Lohnzuschlages allein nicht gestützt auf Art. 11 Abs. 3 AVIG die Anrechnung der auf Ferientage oder -wochen umgerechneten Ferienentschädigung als zusätzliche Beitragszeit (in diesem Sinne schon ARV 2001 S. 154). (...)." (cfr. DTF 130 V 492, consid. 4.3 e 4.4, pag. 498-500) 2.5. In una decisione pubblicata in DLA 2001 N. 6 pag. 80 il TFA ha stabilito che il fatto di concludere un contratto di lavoro di durata determinata fino al momento della chiusura annuale dell'azienda e un contratto di durata indeterminata immediatamente dopo le vacanze aziendali, non costituisce un abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 del Codice Civile. La cassa di disoccupazione non può rifiutare l'indennità, ai sensi dell'art. 11 cpv. 3 LADI, per la durata delle vacanze aziendali. Essa deve indennizzare l'assicurato, se tutti i presupposti del diritto sono soddisfatti, sia in applicazione dell'art. 11 cpv. 1 LADI sia se ha un dubbio circa le pretese salariali derivanti dal contratto di lavoro, in applicazione dell'art. 29 LADI. La giurisprudenza pubblicata nel DLA 1953 N. 22 pag. 21 si riferisce a vecchie disposizioni di diritto dell'assicurazione contro la disoccupazione e non è applicabile all'attuale LADI. In quell'occasione l'Alta Corte ha sviluppato le seguenti considerazioni: " (...) 2.- a) L'assuré a droit à l'indemnité de chômage si, entre autres conditions, il est sans emploi ou partiellement sans emploi (art. 8 al. 1 let. a LACI) et s'il subit une perte de travail à prendre en considération (art. 8 al. 1 let. b LACI). Selon l'art. 11 LACI, il y a lieu de prendre en considération la perte de travail lorsqu'elle se traduit par un manque à gagner et dure au moins deux journées de travail consécutives (al. 1); n'est pas prise en considération la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit au salaire ou à une indemnité pour cause de résiliation anticipée des rapports de travail (al. 3). b) Aux termes de l'art. 334 al. 1 CO, le contrat de travail de durée déterminée se définit comme celui qui prend fin sans qu'il soit nécessaire de donner le congé. La durée déterminée du contrat résulte de la loi, de la nature du contrat ou de la convention des parties. Celles-ci peuvent fixer soit un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable (par exemple une saison). Dans tous les cas, elles doivent être en mesure de connaître de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail (message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, FF 1984 II 615; Brunner/Bühler/Waeber, Commentaire du contrat de travail, 2ème édition, 1996, notes 1 et 2 ad art. 334 CO). Inversement, sont des contrats de durée indéterminée au sens de l'art. 335 CO, tous les contrats dont l'échéance n'est pas fixée à l'avance par les parties, de sorte qu'une résiliation est nécessaire pour mettre fin aux

rapports de travail (Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., note 2 ad art. 335 CO). c) Le droit suisse autorise en principe les parties à passer un nouveau contrat de durée déterminée à la suite d'un contrat de même nature (message précité, p. 617). Néanmoins, l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi, s'oppose à la conclusion de «contrats en chaîne» («Kettenverträge») dont la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et qui ont pour but d'éluder l'application des dispositions sur la protection contre les congés ou d'empêcher la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (message précité, p. 617 sv.; ATF 119 V 48 consid. 1c; Rehbindler, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14ème édition, § 12, p. 134; Brunner/Bühler/Waeber, op. cit., note 6 ad art. 334 CO; Staehelin, Commentaire zurichois, note 5 ad art. 334 CO). Cependant, en règle ordinaire, il n'y a pas d'abus de droit dans la succession de deux contrats seulement de durée déterminée (arrêts non publiés du Tribunal fédéral dans les causes M. du 20 juillet 1999 [4C.51/1999], G. du 18 août 1995 [4P.127/1995] et B. du 20 août 1992 [4C.34/1992]). En l'occurrence, les parties ont conclu un seul contrat de durée déterminée, avant de conclure un contrat de durée indéterminée. Déjà pour cette raison d'ordre purement quantitatif, il est pour le moins douteux que la travailleuse aurait pu faire valoir une prétention de salaire durant la période de vacances en cause, en invoquant un abus de droit et la demeure de son employeur (art. 324 CO). Ensuite, s'il est indéniable que la conclusion d'un contrat de durée déterminée permettait à l'employeur d'éviter de payer un salaire pendant la période de fermeture de l'entreprise, on ne saurait conclure d'emblée qu'il s'agissait d'un but frauduleux ou abusif et ce d'autant moins que l'intimée a perçu des indemnités de vacances, en plus de son salaire, entre avril et juillet 1998. d) Dans ces conditions, on ne peut tenir pour acquis l'existence d'un droit au salaire de l'intimée pendant la durée de la fermeture annuelle de l'entreprise. En tout état de cause, la situation juridique n'était pas suffisamment claire pour que la caisse pût refuser d'indemniser l'assurée: elle aurait dû, si elle estimait que celle-ci avait un droit au salaire pendant cette période, procéder conformément à l'art. 29 al. 1 LACI. Selon cette disposition, si la caisse a de sérieux doutes quant au droit qu'a l'assuré de faire valoir, pour la durée de la perte de travail, des prétentions de salaire ou d'indemnisation au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, envers son ancien employeur, ou s'il y a doute sur la satisfaction de ces prétentions, elle verse les prestations prévues à l'art. 7 al. 2 let. a ou b LACI. En opérant le versement, la caisse se subroge à l'assuré dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée par la caisse (art. 29 al. 2, première phrase, LACI). L'application de cette disposition suppose l'existence de doutes fondés, découlant notamment d'une situation juridique peu claire. En revanche, lorsqu'il s'avère d'emblée que les prétentions du salarié sont justifiées ou qu'elles ne sont pas contestées par l'employeur, la caisse appliquera l'art. 11 al. 3 LACI et refusera de reconnaître le droit aux indemnités (pour plus de détails, voir DTA 1999 no 8 p. 30 et la jurisprudence citée; cf. aussi Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch., 365 ss; Charles Munoz, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1992, p. 194). Par ailleurs, la caisse n'a pas le droit de réclamer à l'assuré le remboursement de prétentions de salaire qu'elle n'a pas pu faire valoir avec succès, à la suite de la subrogation légale (Munoz, op. cit., p. 198 sv. et la jurisprudence citée). Dans le cas particulier, on l'a vu, il n'est pas possible d'affirmer - en tout cas pas au premier examen - que l'intimée aurait pu invoquer la demeure de son employeur. Dès lors, de deux choses l'une: ou bien la caisse admettait que l'assurée n'avait pas de prétention à faire valoir durant la période de vacances; ou bien elle

était fondée à éprouver des doutes sérieux au sens l'art. 29 al. 1 LACI. Dans un cas comme dans l'autre, elle était tenue de verser les prestations, pour autant - comme le retient le premier juge - que toutes les conditions, non examinées ici, du droit à l'indemnité fussent remplies. e) Enfin, le recourant se réfère vainement à l'arrêt publié dans DTA 1953 no 22 p. 21. Comme l'a déjà relevé le premier juge, cette jurisprudence se rapporte à d'anciennes dispositions du droit de l'assurance-chômage et ne saurait sans plus être transposée dans le régime de la LACI. (...)." (cfr. DLA 2001 N 6, consid. 2, pag. 82-83) 2.6. L'Ufficio federale dello sviluppo economico e del lavoro (UFSEL, oggi 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 del 19 agosto 2004 nella causa T., C 195/03; 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), in una Direttiva intitolata "Indennità di vacanze in caso di guadagno intermedio", pubblicata in Prassi ML/AD 98/3 Foglio e ripresa testualmente nella Circolare concernente l'indennità di disoccupazione (Circolare ID nella versione italiana del gennaio 2002) e nella Circulaire relative à l'indemnité de chômage (Circulaire IC nella versione francese del gennaio 2003) ha, tra l'altro, stabilito che: " (...) C109 Principio: l'indennità di vacanze è dedotta dal guadagno intermedio computabile. L'indennità di vacanze acquisita è computata come guadagno intermedio solo al momento in cui l'assicurato prende le vacanze. (...) C112 Rapporti di lavoro possibili a titolo di guadagno intermedio: 1. Guadagni intermedi a tempo indeterminato con orario di lavoro convenuto contrattualmente (vacanze individuali o aziendali / attività a tempo pieno o a tempo parziale) Durante il periodo in cui l'assicurato fruisce delle vacanze, il salario intero che avrebbe percepito se non avesse preso vacanza va considerato come guadagno intermedio. Non è rilevante sapere in che misura l'indennità di vacanze già acquisita copre la durata delle vacanze. Non spetta all'assicurazione contro la disoccupazione coprire le perdite di guadagno dovute alle vacanze prese nell'ambito di un orario normale di lavoro convenuto contrattualmente. (...)." (cfr. Circolare IC, gennaio 2002, cifra marginale C 109 e C 112) 2.7. Nell'evenienza concreta dagli atti di causa risulta che l'assicurato si è iscritto al collocamento il 16 febbraio 2004 e che da quel momento ha rivendicato il diritto alle indennità di disoccupazione (cfr. doc. 100 e 38). Il 19 luglio 2004 l'assicurato ha sottoscritto un contratto di lavoro con la _____ di _____. Il "Contratto di lavoro", in particolare, per quanto riguarda il suo oggetto, il salario, le vacanze, il periodo di prova e la durata, stabilisce che: " (...) 1. OGGETTO DEL CONTRATTO La _____ assume il signor RI 1 in qualità di Venditore. Il rapporto di lavoro inizia il 19 luglio 2004 . Il rapporto di lavoro sarà al 100%. L'orario di lavoro stabilito dal lu-ve è dalle 09.00-12.30 e 14.00-18.30, sabato dalle 9.00 alle 14.00. 2. SALARIO Il signor RI 1 riceverà per le sue mansioni, un salario lordo di Frs. 3'000.00 mensili (franchi tremila/00) per 12 mensilità incluso: vacanze, spese. (...) (...) 5. VACANZE L'impiegato ha diritto a 4 settimane di vacanza in un anno (non retribuite, incluse nei 3'000.--) e dovranno essere concordate con la Direzione. 6. PERIODO DI PROVA Le parti convengono di effettuare il periodo di prova per una durata di 3 (tre) mesi. 7. DURATA DEL CONTRATTO Questo contratto è concluso a tempo indeterminato. Durante il periodo di prova il contratto può essere disdetto da ogni parte contraente in ogni momento, con un preavviso di 7 (sette) giorni. Dopo il periodo di prova, il rapporto di lavoro può essere disdetto come da art. 335 e seguenti del CO. (...)." (cfr. doc. 18) Con scritto del 20 agosto 2004, sottoscritto il medesimo giorno per ricevuta dall'assicurato, il datore di lavoro ha disdetto il rapporto di collaborazione con

effetto al 27 agosto 2004 (cfr. doc. 17). Il TCA rileva innanzitutto che per chiara volontà delle parti il contratto di lavoro tra l'assicurato e la _____ è a tempo indeterminato. Di conseguenza al caso concreto non può essere applicata la giurisprudenza federale sviluppata nella decisione pubblicata in DLA 2001 N. 6 pag. 80 e riprodotta in esteso al consid. 2.5. Per il calcolo delle indennità di vacanze in caso di guadagno intermedio, conformemente alla giurisprudenza federale e alle Direttive citate (cfr. consid. 2.4 e 2.6), va ritenuto il salario completo che l'assicurato avrebbe percepito se non avesse preso vacanza. Questo vale anche se l'indennità di vacanze acquisita non copre la durata delle vacanze. In ogni caso, nel caso concreto, dal "Contratto di lavoro" risulta che l'assicurato ha diritto a un salario lordo di fr. 3'000.-- per 12 mensilità. Dunque, anche durante il periodo in cui, come da lui sostenuto, la ditta era chiusa per vacanze aziendali, l'assicurato aveva diritto al versamento del salario lordo mensile pari a fr. 3'000.--. Inoltre, dal formulario "Attestato di guadagno intermedio" del mese di agosto 2004 risulta che il salario lordo mensile è di fr. 3'000.-- e che la tredicesima mensilità non è stata convenuta (cfr. doc. 16). Pertanto, visto il diritto a un salario lordo mensile di fr. 3'000.-- per 12 mensilità e considerata l'esclusione della tredicesima mensilità, nel mese di agosto 2004 la _____ avrebbe dovuto versare all'assicurato lo stipendio pattuito di fr. 3'000.-- lordi. Del resto, interpellata dall'_____, la fiduciaria dell'ex datore di lavoro ha solo sostenuto che: "(...) Il salario lordo mensile indicato in fr. 3'000.00 si riferisce a quanto convenuto e non è assolutamente quello pagato o da pagare (...)" (cfr. doc. 14). Al riguardo, Brunner-Bühler-Waeber-Bruchez (in *Commentaire du contrat de travail*, Ed. Réalités sociales, Losanna 2004) rilevano che: "Il est loisible aux employeurs de procéder à la fermeture de l'entreprise pendant certaines périodes et de fixer ainsi une date uniforme de vacances pour l'ensemble du personnel. Les dates de ces vacances doivent être annoncées suffisamment tôt, en tout cas trois mois à l'avance. Si pour un travailleur en particulier la fermeture de l'entreprise entraîne une anticipation de son droit aux vacances, l'employeur ne peut pas demander le remboursement des jours de vacances pris en trop, en cas de rupture prématurée des rapports de travail." (ad Art. 329c, N. 4, pag. 170). Ora, visto il salario mensile lordo di fr. 3'000.-- e considerata la disdetta del contratto di lavoro con effetto al 27 agosto 2004, a ragione la Cassa ha considerato l'importo di fr. 2'612.90 quale guadagno intermedio dell'assicurato durante il mese di agosto 2004 (fr. 3'000.-- : 31 x 27). Pure a ragione la Cassa si è fondata su questo importo per calcolare il diritto alle indennità compensative dell'assicurato (nel loro importo di fr. 932.95 lordi non contestato) durante il periodo di controllo del mese di agosto 2004. In simili circostanze la decisione su opposizione impugnata va quindi confermata.

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