

TI_GERICHTE 38.2005.48 vom 16. Oktober 2002

TI Tribunale d'appello, 2002-10-16, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2005.48_d20021016

FR: TI_GERICHTE 38.2005.48 du 16 octobre 2002

IT: TI_GERICHTE 38.2005.48 del 16 ottobre 2002

Regeste

L'amministrazione deve informare l'assicurata circa la possibilità di modificare la decisione a suo sfavore e darle un adeguato termine per ritirare l'opposizione. Non dati gli estremi per attribuire ripetibili a una parte non patrocinata. Calcolo del guadagno assicurato dopo un guadagno intermedio.

Erwägungen

E. 2

Der Versicherte hat innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls für Tage, an denen er einen Zwischenverdienst erzielt.

E. 2.8

L'assicurata ha protestato spese e ripetibili (cfr. doc. I). Per quanto riguarda le spese il TCA ricorda che secondo l'art. 20 cpv. 1 della legge di procedura per i ricorsi al Tribunale cantonale delle assicurazioni (LPTCA) la procedura è per principio gratuita. Per le ripetibili va invece osservato che l'Alta Corte riconosce eccezionalmente ad una parte vittoriosa non rappresentata il diritto ad ottenere un'indennità per ripetibili per l'attività da lei svolta solo se la causa è complessa, gli interessi in gioco sono importanti, il lavoro svolto ha impedito notevolmente l'attività professionale o ha comportato una perdita di guadagno e se gli sforzi profusi sono ragionevolmente proporzionati ai risultati ottenuti (STFA del 25 aprile 2005 nella causa S., C 3/04; STFA del 25 luglio 2004 nella causa A., C 152/03; STFA del 3 dicembre 2003 nella causa H., C 148/03; DTF 127 V 205, consid. 4b, pag. 207; DTF 110 V 71, consid. 7, pag. 81-82; DTF 110 V 132, consid. 4d, pag. 134-135). A mente del TCA, nel presente caso, non sono dati gli estremi per riconoscere alla ricorrente non patrocinata un'indennità per ripetibili ai sensi della giurisprudenza federale sopra citata. Visto tutto quanto precede il ricorso va accolto ai sensi dei considerandi e la decisione su opposizione impugnata è annullata e gli atti retrocessi alla Cassa perché proceda come indicato al consid. 2.6.

E. 3

Als Verdienstausfall gilt die Differenz zwischen dem in der Kontrollperiode erzielten Zwischenverdienst, mindestens aber dem berufs- und ortsüblichen Ansatz für die betreffende Arbeit und dem versicherten Verdienst. (...)." In Auslegung von Wortlaut, Sinn und Zweck dieser Gesetzordnung hat das Eidgenössische Versicherungsgericht im Grundsatzentscheid BGE 125 V 488 Erw. 4c/aa präzisiert, wie die bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen (Art. 23 Abs. 4 AVIG) bezogen auf eine bestimmte Kontrollperiode resp. einen bestimmten Beitragsmonat (vgl. Art. 11 Abs. 1 und Art. 27a AVIV) innerhalb des Bemessungszeitraumes (Art. 37 Abs. 3ter AVIV) zu

berechnen sind und hierfür folgende Formel angegeben: $(vV - Zv) \times Es \times At/Kt$ $vV =$ versicherter Verdienst in der ersten (resp. vorangehenden) Leistungsrahmenfrist $Zv =$ Zwischenverdienst in der Kontrollperiode $At =$ Anzahl (effektiv geleisteter) Arbeitstage in der Kontrollperiode $Kt =$ Anzahl Kontrolltage in der Kontrollperiode $Es =$ Entschädigungssatz (Art. 22 AVIG) Diese Berechnungsweise hat nach wie vor Gültigkeit (unveröffentlichte Erw. 1 des Urteils BGE 127 V 348; Urteile A. vom 15. April 2002 [C 4/02] Erw. 3b/bb in fine, J. vom 28. August 2001 [C 15/01] Erw. 2, O. vom 7. Juli 1999 [C 403/97] Erw. 2b).

E. 3.1

Vorinstanz und Verwaltung haben unter Hinweis auf Art. 37 Abs. 3ter AVIV (Erw. 2.2.1 hievor) zutreffend erwogen, dass sich der versicherte Verdienst der Beschwerdeführerin für die Leistungsrahmenfrist ab 1. August 2002 grundsätzlich aus den letzten sechs Beitragsmonaten der abgelaufenen, von 1. August 2000 bis 31. Juli 2002 dauernden Rahmenfrist für den Leistungsbezug bemisst, in welcher allein die Beitragszeit (Art. 13 und 9 Abs. 3 AVIG) zurückgelegt wurde. Während des sechsmonatigen Bemessungszeitraums von Februar bis Juli 2002 erzielte die Versicherte einen Zwischenverdienst in der unbestrittenen Höhe von insgesamt Fr. 12'251.80. Ausgehend von diesem beitragspflichtigen Einkommen ermittelte die Arbeitslosenkasse unter Anrechnung von Kompensationszahlungen gemäss Art. 23 Abs. 4 AVIG im Betrag von insgesamt Fr. 7'286.65 (für die Beitragsmonate Februar bis Juli 2002) einen versicherten Verdienst von Fr. 3'256.- ($[12'251.80 + 7'286.65] : 6$). Die - entsprechend der Verwaltungspraxis (Erw. 2.2.1 hievor; vgl. auch BGE 125 V 57 Erw. 5b/bb) - kontrollweise vorgenommene Ausdehnung des Bemessungszeitraums auf zwölf Monate führte zu keinem für die Beschwerdeführerin günstigeren Ergebnis.

E. 3.2

Soweit in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in grundsätzlicher Hinsicht eingewendet wird, die unter Erw. 2.2 dargelegte gesetzliche Regelung der Verdienstberechnung für eine Folgerahmenfrist sei insgesamt stossend und wirke sich rechtsungleich aus, insbesondere indem es auf die Anzahl effektiv geleisteter Arbeitstage (pro Kontrollperiode/Beitragsmonat) anstelle der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden ankomme, ist sie unbegründet. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im Urteil A. vom 15. April 2002 [C 4/02] dargelegt hat, finden in die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist im Falle erzielter Zwischenverdienste verschiedene Faktoren Eingang, namentlich die Höhe des Verdienstes, die Verteilung der Arbeitszeit nach Tagen innerhalb der Kontrollperiode (grundlegend BGE 125 V 480 zu Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG) sowie der Bemessungszeitraum (hier gemäss Art. 37 Abs. 3ter AVIV). Jedem dieser Elemente haften ein gewisses Zufallsmoment an, welches sich im Einzelfall zu Ungunsten, aber auch zu Gunsten der versicherten Person auswirken könne. In diesem Zusammenhang werde insoweit zu Recht darauf hingewiesen, dass Arbeitslose grundsätzlich jede Arbeitsgelegenheit wahrzunehmen haben (vgl. Art. 16 Abs. 1 AVIG und BGE 124 V 62), sie somit nicht Beschäftigungsmöglichkeiten ausser Acht lassen oder Stellenangebote ausschlagen dürfen, nur weil sich dies allenfalls auf die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine weitere Leistungsrahmenfrist negativ auswirken könnte. Dies bedeute indessen nicht, dass die geltende Regelung betreffend den Bemessungszeitraum (Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 3ter AVIV) oder die

Berücksichtigung der effektiv geleisteten kontrollierten Arbeitstage bei der Ermittlung der anrechenbaren Kompensationszahlungen als Bestandteil des versicherten Verdienstes für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist (Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG) mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV und Art. 8 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) in einer Art und Weise unvereinbar wäre, die einer Anwendung nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck entgegenstünde (a.a.O., Erw. 3b/bb; vgl. auch BGE 125 V 490 ff. Erw. 4c/dd; Urteil E. vom 14. Juli 2000 [C 119/00] Erw. 2). Von dieser Rechtsprechung abzurücken, besteht kein Anlass.

E. 3.3

Beabsichtigt eine Behörde, auf ein Rechtsmittel hin zu einer reformatio in peius zu schreiten, hat sie gemäss konstanter Praxis die beschwerdeführende Partei vorgängig auf den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid, also die Möglichkeit einer drohenden Verschlechterung ihrer Stellung aufmerksam zu machen und ihr Gelegenheit zu einer Stellungnahme einzuräumen. Dies gibt der von einer Verschlechterung bedrohten Partei die Möglichkeit, ihr Rechtsmittel zurückzuziehen und damit den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid abzuwenden (BGE 120 V 94 Erw. 5a und 104 Erw. 5a, 118 V 188 Erw. 2d, je mit Hinweisen). Dieser Grundsatz fliesst direkt aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 122 V 166 Erw. 2a und b mit Hinweisen, vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 61 lit. d des auf 1. Januar 2003 in Kraft tretenden Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; BBl 2000 5055]). (...) (cfr. STFA del 16 dicembre 2002 nella causa M. U 8/02) Ancora in un'altra decisione del 22 giugno 2005 nella causa G. (P 26/04) l'Alta Corte ha, in particolare, rilevato che: "(...) L'administration a toutefois omis d'avertir préalablement le recourant de son intention de réformer les décisions du 5 juin 2003 à son détriment et ne lui a pas non plus offert la possibilité de retirer son opposition dirigée contre ces décisions, comme elle aurait dû le faire. En conséquence, la décision sur opposition litigieuse du 20 octobre 2003 sera annulée et la cause renvoyée à l'intimé afin qu'il respecte le droit du recourant d'être entendu. (...)". (cfr. STFA del 22 giugno 2005 nella causa G., P 26/04) Questa giurisprudenza federale è stata codificata all'art. 12 dell'Ordinanza sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (OPGA), secondo il quale l'assicuratore non è vincolato alle conclusioni dell'opponente. Può modificare la decisione a favore o a sfavore dell'opponente (cpv. 1). Il capoverso 2 recita, da parte sua, che se intende modificare la decisione a sfavore dell'opponente, concede a quest'ultimo la possibilità di ritirare l'opposizione. Su questi argomenti cfr. la STCA del 24 novembre 2003 nella causa C. (38.2003.49) e la STCA del 22 settembre 2003 nella causa L. (35.2003.32). 2.5. Nella decisione su opposizione impugnata si legge, tra l'altro, che: "(...) La cassa ha proceduto a ricalcolare il guadagno assicurato e il guadagno intermedio ottenuto dall'assicurata durante il periodo che corre dal mese di gennaio 1999 al mese di febbraio 2002, così come i pagamenti seguenti il mese di febbraio 2002. In particolare, la cassa ha calcolato il guadagno assicurato a partire dal 17 gennaio 2001 conformemente alla sentenza del TFA menzionata dal TCA e ha escluso dal calcolo del guadagno assicurato le indennità versate per i giorni di lavoro festivi e per il lavoro notturno. A questo proposito, la cassa ha parimenti escluso tali indennità, per analogia, anche dal calcolo del guadagno intermedio. (...)". (cfr. doc. A, la sottolineatura è del redattore) Anche nella risposta di causa la Cassa ha, tra l'altro, sottolineato che: "(...) Secondo la sentenza del TCA del 17 giugno 2003, le indennità notturne, festive e di vacanza versate all'assicurata durante la sua occupazione quale vagliatrice notturna presso l' _____ in _____ non possono essere

considerate per il calcolo del guadagno assicurato. Analogamente, la cassa non considera tali indennità per il calcolo del guadagno intermedio. Per questa ragione, la cassa non può che calcolare il corretto guadagno assicurato a partire dal 17 gennaio 2001, senza verificare e eventualmente correggere anche le registrazioni del guadagno intermedio ottenuto durante il biennio precedente. (...)" (cfr. doc. III, la sottolineatura è del redattore) A tale proposito va innanzitutto precisato che, in realtà, nella decisione del 17 giugno 2003 (cfr. doc. 58), subito dopo aver rilevato che in base alla giurisprudenza federale le indennità notturne, le indennità festive e di vacanza non possono essere considerate nel calcolo del guadagno assicurato, il TCA aveva puntualizzato che: "(...) Tuttavia nel caso concreto, meglio per il termine quadro per la riscossione dal 17 gennaio 2001 al 16 gennaio 2003, si tratta di calcolare il guadagno assicurato della ricorrente in un termine quadro consecutivo sulla base di un guadagno intermedio. Ora, come sopra visto (cfr. consid. 2.4), in questa evenienza va applicata la formula stabilita dal Tribunale federale nella DTF 125 V 480 che considera, tra l'altro, il guadagno intermedio e quindi anche le indennità notturne e festive riconosciute all'assicurata. (...)" (cfr. doc. 58, pag. 21) E' dunque a torto che, per calcolare il guadagno assicurato della ricorrente per il termine quadro per la riscossione che va dal 17 gennaio 2001 al 16 gennaio 2003, la Cassa ha ricalcolato i guadagni intermedi ottenuti nel precedente termine quadro per il periodo di contribuzione giungendo così a un guadagno assicurato pari a fr. 3'861.-- (cfr. doc. III, pag. 2). In particolare la Cassa non poteva togliere dai guadagni intermedi conseguiti dall'assicurata l'indennità notturna versata nei rispettivi periodi di controllo (cfr. doc. 7). Infatti è considerato guadagno intermedio il reddito proveniente da un'attività lucrativa dipendente o indipendente che il disoccupato ottiene entro un periodo di controllo (cfr. art. 24 cpv. 1 LADI). Nella decisione del 12 ottobre 2004 nella causa F. (C 82/03) la nostra Massima Istanza ha stabilito che la nota marginale C49 della "Circulaire relative à l'indemnité de chômage (IC)", janvier 2003, non contraddice la DTF 125 V 480 (cfr. il consid. 4.2. della sentenza citata riprodotta in esteso al consid. 2.3.). Il SECO nel suo rapporto di revisione del 17 maggio 2002 ha stabilito che per il termine quadro per il periodo di riscossione che va dal 17 gennaio 2001 al 16 gennaio 2003 il nuovo guadagno assicurato della ricorrente ammonta a fr. 4'671.-- (cfr. doc. 50). Il SECO era giunto a questa conclusione applicando la Tabella di cui alla direttiva pubblicata in Prassi ML/AD 2000/3 Foglio 4/3. Questa direttiva è stata ripresa poi nella Circulaire IC, gennaio 2002 e gennaio 2003, alla nota marginale C49. Pertanto, visto che la nota marginale C49 della Circulaire IC, janvier 2003 è conforme alla legge e non contraddice la DTF 125 V 480 (cfr. STFA del 12 ottobre 2004 nella causa F., C 82/03) e ritenuta la correttezza dei dati riportati nella Tabella allestita dal SECO, questo Tribunale deve concludere che, conformemente alla giurisprudenza federale e alle direttive valide per il calcolo del guadagno assicurato in un termine quadro consecutivo sulla base di un guadagno intermedio, effettivamente il guadagno assicurato della ricorrente per il termine quadro per il periodo di riscossione che va dal 17 gennaio 2001 al 16 gennaio 2003 ammonta a fr. 4'671.--. In particolare il TCA rileva che, per calcolare il "salaire soumis à cotisation" nei dodici mesi antecedenti l'apertura del termine quadro per il periodo di riscossione iniziato il 17 gennaio 2001 (cfr. doc. 50 colonna 6), il SECO si è fondato sui salari dei rispettivi mesi aumentandoli della tredicesima e della indennità notturna (cfr. doc. 7 e 50). 2.6. Nella sua decisione del 16 ottobre 2002, la Cassa Disoccupazione _____ ha stabilito che "(...) l'assicurata deve restituire l'importo di Fr. 7'276.55 corrispondente alle indennità di disoccupazione percepite senza giusta causa da marzo 2000 a febbraio 2002 (...)" (cfr. doc. 51). Nella decisione su opposizione del 4 maggio 2005 la Cassa Disoccupazione CO 1 (nata

il 1° gennaio 2005 dalla fusione delle casse disoccupazione _____, _____ e _____; cfr. doc. III) ha confermato la decisione del 16 ottobre 2002 e ha stabilito che “(...) l’indennità versata in troppo all’assicurata durante il periodo 03.00 - 02.02 ammonta a Fr. 9'238.95, anziché a Fr. 7'276.55. (...)” (cfr. doc. A). Il TCA ha appurato che per questo periodo l’importo corretto che dovrebbe essere chiesto in restituzione ammonta a fr. 7'463.65 (cfr. consid. 1.5). L'amministrazione, nella sua decisione su opposizione ha dunque aumentato l'importo chiesto in restituzione all'assicurata. In ossequio alla giurisprudenza citata e all'art. 12 cpv. 2 OPGA (cfr. consid. 2.5.), la Cassa, anziché emanare la decisione su opposizione del 4 maggio 2005, avrebbe invece dovuto informare l'assicurata circa la possibilità che la censurata decisione del 16 ottobre 2002 poteva essere modificata a suo sfavore (concretamente: un importo più alto chiesto in restituzione) e concederle un adeguato termine di riflessione per eventualmente ritirare la propria opposizione, in modo tale da evitare la prospettata reformatio in pejus. Solo qualora RI 1 avesse deciso di mantenere l'opposizione, la Cassa avrebbe dovuto emanare una decisione su opposizione. In esito alle considerazioni che precedono - ritenuto che, così facendo, la Cassa ha violato l'art. 29 cpv. 2 Cost. (diritto di essere sentito, diritto di natura formale la cui violazione comporta, per principio, l'annullamento della decisione impugnata, cfr., al proposito, STFA del 20 aprile 2005 nella causa Z., K 24/04; DTF 127 V 431, consid. 3d/aa, pag. 437-438; DTF 126 V 130, consid. 2b, pag. 132 e le sentenze ivi citate) - la decisione su opposizione del 4 maggio 2005 va annullata e la causa retrocessa all'amministrazione affinché conceda a RI 1 un adeguato termine di riflessione per decidere se mantenere oppure ritirare l'opposizione a suo tempo interposta avverso la decisione formale del 16 ottobre 2002. Se dovesse ritirare la propria opposizione allora, come stabilito nella decisione formale del 16 ottobre 2002 (cfr. doc. 51) l’assicurata dovrebbe restituire l’importo di fr. 7'276.55. Se l'assicurata ritirerà l'opposizione la Cassa sottoporrà al più presto, dopo che la presente sentenza sarà cresciuta in giudicato, la domanda di condono dell’assicurata, per decisione, al servizio cantonale (cfr. art. 95 cpv. 3 LADI). Al riguardo questo Tribunale rileva già sind’ora che la buona fede dell’assicurata nella percezione delle indennità di disoccupazione va ammessa. Se l'assicurata dovesse invece confermare la propria opposizione allora, la Cassa dovrà emettere una nuova decisione su opposizione con la quale all'assicurata verrà chiesta la restituzione dell'importo di fr. 7'436.65 per prestazioni ricevute indebitamente durante il periodo 03.00-02.02 (cfr. consid. 1.5).

2.7. In merito all'osservazione dell’assicurata riguardo dei termini di prescrizione (cfr. doc. V), il TCA si limita qui ad osservare che il rapporto di revisione del SECO è del 17 maggio 2002 e che la decisione della Cassa con la quale le sono state chieste in restituzione le indennità versate indebitamente durante il periodo da marzo 2000 a febbraio 2002 è stata intimata il 23 ottobre 2002 (cfr. doc. 50 e 51). Dunque il termine di perenzione relativo di un anno è stato rispettato e quello assoluto di 5 anni non era ancora trascorso (cfr. art. 25 cpv. 2 LPGGA che corrisponde all’art. 95 cpv. 4 della LADI in vigore fino al 31 dicembre 2002). Inoltre, per quanto attiene invece al termine di esecuzione (Vollstreckung) esso inizia a decorrere solo dopo la crescita in giudicato della decisione di restituzione. Al riguardo in una decisione del 24 gennaio 2005 nella causa M. (C 29/04) il TFA ha, in particolare, affermato che: “ (...) Entgegen dem was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, wird mit der frisgerechten Geltendmachung der Rückforderung die Verwirkung jedoch ein für allemal ausgeschlossen. Insofern ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass sich die Frage der Verwirkung erst wieder bei der Vollstreckung stellt, nachdem die Rückerstattungsverfügung rechtskräftig geworden ist (vgl. hiezu SVR 1997 Alv Nr. 84 S. 256). (...)” (cfr. STFA del 24 gennaio

2005 nella causa M., C 29/04) La pretesa della Cassa disoccupazione, malgrado il lungo termine trascorso (cfr. consid. 1.2) non è dunque perentata.

E. 4

4.1 Bei der Berechnung des versicherten Verdienstes, namentlich der Festsetzung der zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen, stützte sich die Arbeitslosenkasse nach eigenen Angaben auf die Weisungen des seco gemäss KS-ALE in der ab 1. Januar 2002 gültigen Fassung. Nach dessen Randziffer C 49 - welche unverändert in das ab 1. Januar 2003 gültige KS-ALE übernommen wurde - sind die anrechenbaren

Kompensationszahlungen für einen bestimmten Beitragsmonat folgendermassen festzusetzen: ([Brutto-] Arbeitslosenentschädigung gemäss ASAL) x (geleistete bzw. bezahlte Arbeitstage / mögliche anspruchsberechtigte Tage) Gestützt darauf hat die Arbeitslosenkasse - nach Massgabe des Kreisschreibens korrekt - folgende Kompensationszahlungen angerechnet (Berechnungsblatt der ALK):
Februar 2002: Fr. 904.10
März 2002: Fr. 1'154.65
April 2002: Fr. 1'842.20
Mai 2002: Fr. 2'017.40
Juni 2002: Fr. 1'368.30
Juli 2002: Fr. 0.-
Total: Fr. 7'286.65

Folgt man dagegen für die Ermittlung der anzurechnenden Kompensationszahlungen strikt der unter Erw. 2.2.2 hievordargelegten Berechnungsvorschrift " $(vV - Zv) \times Es \times At/Kt$ ", ergeben sich für die Monate Februar bis Juli 2002 bei einem bisherigen versicherten Verdienst von Fr. 5'369.- und einem Entschädigungssatz von 0.7 (Art. 22 Abs. 2 AVIG) folgende, abweichende Werte:
Februar 2002: Fr. 992.-
März 2002: Fr. 1'197.50
April 2002: Fr. 1'794.90
Mai 2002: Fr. 1'838.30
Juni 2002: Fr. 1'661.80
Juli 2002: Fr. 0.-
Total: Fr. 7'484.50

Wird der Zeitraum für die Bemessung des versicherten Verdienstes auf zwölf Monate ausgedehnt (vgl. Erw. 2.2.1 in fine), ergibt dies gemäss der in BGE 125 V 480 dargelegten Berechnungsmethode anzurechnende Kompensationszahlungen in der Höhe von Fr. 16'308.10, während die Arbeitslosenkasse gestützt auf Randziffer C 49 KS-ALE einen Wert von Fr. 16'216.75 ermittelt hat.

E. 4.2

Die bezogen auf den einzelnen Beitragsmonat zu Gunsten oder zu Lasten der Versicherten ausfallenden Abweichungen in den anzurechnenden Kompensationszahlungen sind gemäss Stellungnahme des seco vom 13. Mai 2004 - wozu den Parteien das rechtliche Gehör gewährt wurde - darauf zurückzuführen, dass Basis der Berechnungsformel gemäss C 49 KS-ALE der Tagesverdienst $(vV/21, 7)$ nach Art. 40a AVIV ist. Mit andern Worten wird der versicherte Verdienst mit dem Faktor " $Kt/21,7$ " multipliziert. Der Ausdruck " $vV \times [Kt/21,7] - Zv$ " entspricht dem Term "ALE gemäss ASAL" in C 49 KS-ALE. Damit werden die Taggeldberechnung ohne Zwischenverdienst und die Bemessung des Differenzausgleichs bei einem Zwischenverdienst auf dieselbe Grundlage gestellt. Diese Modifikation ändert indessen an der Struktur der Formel zur Berechnung der bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes zu berücksichtigenden Kompensationszahlungen gemäss Rechtsprechung (Erw. 2.2.2 hievordar) nichts. C 49 KS-ALE steht daher nicht in Widerspruch zu BGE 125 V 484 ff. und kann deshalb nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden. (...)" (cfr. STFA del 12 ottobre 2004 nella causa F., C 82/03) Ancora in merito al calcolo del guadagno assicurato nel caso di una persona avente in precedenza percepito delle indennità compensative, in una decisione del 7 giugno 2005 nella causa H. (C 64/05), il TFA si è in particolare così espresso: " (...) In die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine zweite oder weitere Leistungsrahmenfrist im Falle erzielter

Zwischenverdienste finden verschiedene Faktoren Eingang. Es ist dies neben der Höhe des Verdienstes und der Verteilung der Arbeitszeit nach Tagen innerhalb der Kontrollperiode (grundlegend BGE 125 V 480 zu Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 Abs. 2 und 3 AVIG) der Bemessungszeitraum, welcher in Fällen wie dem vorliegenden gemäss Art. 37 Abs. 3ter AVIV grundsätzlich die letzten sechs Beitragsmonate der abgelaufenen Leistungsrahmenfrist umfasst. Jedem dieser Elemente haftet ein gewisses Zufallsmoment an, welches sich im Einzelfall zu Ungunsten, aber auch zu Gunsten der versicherten Person auswirken kann. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdeführerin insoweit zu Recht darauf hin, dass Arbeitslose grundsätzlich jede Arbeitsgelegenheit wahrzunehmen haben (vgl. Art. 16 Abs. 1 AVIG und BGE 124 V 62), sie somit nicht Beschäftigungsmöglichkeiten ausser Acht lassen oder Stellenangebote ausschlagen dürfen, nur weil sich dies allenfalls auf die Berechnung des versicherten Verdienstes für eine weitere Leistungsrahmenfrist negativ auswirken könnte. Dies bedeutet indessen nicht, dass die betreffende Regelung (Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG sowie Art. 37 Abs. 3ter AVIV) mit dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 4 Abs. 1 aBV und Art. 8 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) in einer Art und Weise unvereinbar wäre, die einer Anwendung nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck entgegenstünde. Was das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 125 V 490 ff. Erw. 4c/dd zur Ermittlung der Kompensationszahlungen nach Art. 23 Abs. 4 und Art. 24 AVIG als Bestandteil des versicherten Verdienstes für die zweite oder eine weitere Leistungsrahmenfrist unter Berücksichtigung der effektiv geleisteten kontrollierten Arbeitstage unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit ausgeführt hat, gilt auch in Bezug auf den Bemessungszeitraum nach Art. 37 Abs. 3ter AVIV, zu dessen Erlass der Bundesrat nach Art. 23 Abs. 1 letzter Satz AVIG ausdrücklich befugt war. Dieser die letzten sechs Beitragsmonate umfassende Zeitraum kann im Übrigen nach der Verwaltungspraxis - in sinngemässer Anwendung der Art. 37 Abs. 1 bis 3 AVIV - bei unbilligen Ergebnissen auf längstens zwölf Monate ausgedehnt werden, sofern dies für die versicherte Person günstiger ist und zu einem mindestens um 10 Prozent höheren versicherten Verdienst führt (vgl. AM/ALV-Praxis 99/2 Blatt 10/2). Diese Erwägungen gelten sinngemäss auch für die seit 1. Juli 2003 modifizierte Regelung der Berechnung des versicherten Verdienstes unter Berücksichtigung von Kompensationszahlungen.

E. 5

Zu der von der Arbeitslosenkasse abweichenden Berechnungsweise des kantonalen Gerichts ist Folgendes zu sagen. Nach dem in Art. 23 Abs. 4 AVIG am Ende neu eingefügten Passus «sofern der Zwischenverdienst die Mindestgrenze nach Absatz 1 erreicht» sind bei der Berechnung des versicherten Verdienstes für eine Folgerahmenfrist beitragspflichtige Einkommen nicht zu berücksichtigen, welche weniger als 500 Franken oder 300 Franken bei Heimarbeitnehmern betragen. Ein bestimmter Grund für diese Regelung lässt sich den Materialien zur Teilrevision vom 22. März 2002 nicht entnehmen. Die Annahme ist daher nahe liegend, dass der Gesetzgeber auch bei einer weiteren Bezugsrahmenfrist eine Art. 23 Abs. 1 dritter Satz AVIG entsprechende Vorschrift schaffen wollte, wonach der Verdienst nicht als versichert gilt, wenn er eine Mindestgrenze nicht erreicht. Dabei handelt es sich wiederum um einen über den Bemessungszeitraum gemittelten Betrag (Erw. 2.2.1). Die auf die einzelnen Kontrollperioden bezogene Betrachtungsweise des kantonalen Gerichts (Erw. 3.1) ist abzulehnen. Sie könnte unter Umständen dazu führen, dass die Beitragszeit nicht (mehr) erfüllt ist, was dem Zweck von Art. 23 Abs. 4 AVIG widerspricht, Anreiz für die Annahme einer nach Art. 16 Abs. 2 lit. i

AVIG lohnmässig unzumutbaren Arbeit zu geben (vgl. BGE 125 V 490 Erw. 4c/dd). (...)." (cfr. STFA del 7 giugno 2005 nella causa H., C 64/05) 2.4 In una sentenza pubblicata in DTF 118 V 182 (chiamata a statuire in un caso concernente la legge sull'assicurazione contro gli infortuni [LAINF] che già conosceva la procedura di opposizione introdotta con la LPG e estesa, tra l'altro, anche alla LADI [cfr. art. 1 LADI]), il TFA ha esaminato la questione a sapere se, nell'ambito della decisione su opposizione, l'assicuratore LAINF ha il diritto di modificare la decisione formale contestata a detrimento dell'assicurato (cosiddetta *reformatio in pejus*). La nostra Corte federale ha ammesso la legittimità di tale procedere, ma ha tuttavia precisato che l'assicuratore è preliminarmente tenuto ad avvertire l'assicurato della sua intenzione, dandogli la possibilità di esprimersi e di ritirare l'opposizione: "(...) b) Le but de la procédure d'opposition de l' art. 105 LAA est d'obliger l'assureur-accidents à revoir sa décision de plus près - parfois même en confiant l'examen du dossier à une autre personne que l'auteur de la décision contestée (arrêt non publié F. du 27 septembre 1991; à propos de la nouvelle LAM: message du 27 juin 1990, FF 1990 III 245, commentaire des art. 94 à 98 du projet; texte définitif: FF 1992 III 880) - et il peut apparaître à cette occasion que la décision primitive était certes erronée mais en faveur de l'assuré et non à son détriment. Cependant, il serait contraire au principe de la légalité auquel sont soumis les assureurs-accidents qui appliquent la LAA, au même titre que toutes les institutions qui participent à la gestion des assurances sociales (cf. GREBER, Le principe de la légalité considéré en droit suisse de la sécurité sociale in Le droit des assurances sociales en mutation, Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA, p. 252; v. aussi RAMA 1988 No U 38 p. 106 consid. 2b), d'interdire à l'assureur de corriger sa décision dans un sens défavorable à l'assuré qui a fait opposition. Comme le fait observer avec raison ZIMMERLI, c'est d'abord à l'administration qu'il incombe d'appliquer correctement le droit et il est donc normal que celle-ci puisse, sous réserve de disposition légale contraire, modifier une décision illégale même au détriment de l'administré. Il peut en revanche sembler légitime de limiter le droit de l'autorité judiciaire de procéder à une *reformatio in peius*, voire de le lui interdire totalement (Zur *reformatio in peius* vel melius im Verwaltungsrechtspflege-verfahren des Bundes in Mélanges Henri Zwahlen, pp. 512 et 519, § 3.2.1). L'argumentation principale du premier juge ne peut ainsi pas être suivie. c) On ne saurait davantage se rallier à l'avis de l'OFAS, qui voudrait subordonner la *reformatio in peius* d'une décision frappée d'opposition aux mêmes conditions que la révocation ou la modification de ladite décision dans le cadre d'une procédure de reconsidération. Bien qu'elles visent en partie le même but, les deux institutions diffèrent sur plusieurs points. En particulier, le réexamen par l'administration d'une décision frappée d'opposition est obligatoire, tandis que la reconsidération dépend de son bon vouloir (voir à ce dernier propos: ATF 117 V 12 consid. 2a, 116 V 62 consid. 3a et les arrêts cités). Par ailleurs, les conditions strictes auxquelles la jurisprudence subordonne la reconsidération de décisions administratives entrées en force et qui n'ont pas fait l'objet d'un examen judiciaire sur le fond s'expliquent par le souci d'assurer la sécurité du droit: une fois entrée en force, une décision ne doit pouvoir être révoquée ou modifiée, par la voie de la révision ou par celle de la reconsidération, que pour des raisons impérieuses. L'exigence de la sécurité du droit ne joue pas dans le cas d'une décision non encore entrée en force, parce que soumise à réexamen dans le cadre d'une procédure d'opposition. d) Avant de procéder à une *reformatio in peius*, l'assureur-accidents, comme tout autre organe administratif en semblable occurrence, doit cependant avertir l'assuré de son intention et lui donner l'occasion de s'exprimer. Peu importe que cette obligation soit ou non expressément prévue par la loi; elle résulte de toute manière de la garantie constitutionnelle du droit d'être

entendu (ATF 117 Ia 268 consid. 4b, 117 V 158 consid. 3b, 116 Ia 458 et les références). De même faut-il admettre que faute d'une règle légale contraire (comme en droit fiscal par exemple), il doit être loisible à l'assuré placé devant le risque d'une reformatio in peius de la décision à laquelle il a fait opposition de retirer celle-ci, afin d'obvier à la menace d'une aggravation de sa situation (ATF 116 V 167 consid. 3, a contrario). Ceci est une conséquence logique du principe de disposition qui constitue, dans ce contexte, le pendant du principe de la légalité et permet d'en atténuer la rigueur pour l'administré (ZIMMERLI, loc.cit., p. 525; par analogie: ATF 107 V 248). En revanche, il n'existe aucune règle de droit fédéral qui oblige l'assureur-accidents à informer l'assuré qu'il lui est possible de retirer son opposition pour éviter une reformatio in peius. Une semblable obligation ne peut, en particulier, être déduite de l'art. 4 Cst. (MEYER-BLASER, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, RDS 1992 II 435. (...)" (cfr. DTF 118 V 182, consid. 2b, 2c e 2d, pag. 186-188). In una sentenza pubblicata in DTF 122 V 166 il TFA ha cambiato la propria giurisprudenza e, nel caso in cui l'autorità giudiziaria cantonale aveva aumentato la durata della sospensione dal diritto alle indennità di disoccupazione inflitta a un'assicurata, ha stabilito che la parte ricorrente invitata ad esprimersi sulla ventilata modifica a suo detrimento della pronuncia querelata deve esplicitamente essere resa attenta circa la possibilità di ritirare il gravame. In quel caso l'Alta Corte ha, in particolare, rilevato che: " (...) Beabsichtigt eine Behörde, auf ein Rechtsmittel hin zu einer reformatio in peius zu schreiten, hat sie gemäss konstanter Praxis die betroffene Partei vorgängig darauf aufmerksam zu machen und ihr Gelegenheit zu einer Stellungnahme einzuräumen. Dieser Grundsatz fliesst direkt aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 4 BV. Dies gibt dem von einer Verschlechterung bedrohten Beschwerdeführer die Möglichkeit, sein Rechtsmittel zurückzuziehen und damit den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid abzuwenden (BGE 120 V 94 Erw. 5a und 104 Erw. 5a, 118 V 188 Erw. 2d, je mit Hinweisen). (...)." (cfr. DTF 122 V 166, consid. 2a, pag. 167) In una decisione del 16 dicembre 2002 nella causa M. (U 8/02) l'Alta Corte ha, tra l'altro, ribadito che: " (...)

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