

TI_GERICHTE 38.2005.90 vom 21. April 2005

TI Tribunale d'appello, 2005-04-21, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2005.90_d20050421

FR: TI_GERICHTE 38.2005.90 du 21 avril 2005

IT: TI_GERICHTE 38.2005.90 del 21 aprile 2005

Regeste

Un assicurato che, dopo il licenziamento, è rimasto membro del CdA di una SA di principio deve restituire le prestazioni ricevute dall'AD. In casu, però, la sua buona fede va tutelata: l'URC e la Cassa, avvisati del suo ruolo nella SA, non l'hanno informato che ciò pregiudicava il diritto alle prestazioni.

Erwägungen

E. 4.1

Gemäss Art. 27 des - im vorliegenden Fall anwendbaren – Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Für Beratungen, die aufwendige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen (Abs. 2). Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis (Abs. 3). Nach der gleichzeitig mit dem ATSG am 1. Januar 2003 in Kraft gesetzten Ausführungsbestimmung des Artikels 19a AVIV klären die in Art. 76 Abs. 1 Bst. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Die Kassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben ([Art. 81 AVIG]; Abs. 2). Die kantonalen Amtsstellen und die regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben ([Art. 85 und 85b AVIG]; Abs. 3). Der Aufgabenbereich der von den Kantonen zu errichtenden (Art. 85b Abs. 1 Satz 1 AVIG) RAV ist im AVIG nicht näher umschrieben. In Art. 85b Abs. 1 Satz 2 und 3 AVIG wird lediglich festgehalten, dass die Kantone den RAV Aufgaben der kantonalen Amtsstelle übertragen und ihnen die Durchführung der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung übertragen können. Im Kanton Zürich schreibt Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 27. September 1999 (Zürcher Gesetzessammlung Nr. 837.1) vor, dass die zuständige Direktion die für den Vollzug verantwortliche kantonale Amtsstelle bestimmt, welche insbesondere die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren führt (lit. a). Nach Art. 1 der Verordnung vom 26. Oktober 2000 zum genannten Einführungsgesetz 8837.11) ist das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) zuständige kantonale Amtsstelle für

den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes. (...) Wo die Grenzen der in Art. 27 Abs. 2 ATSG statuierten Beratungspflicht in generell-abstrakter Weise zu ziehen sind, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden. Aufgrund des Wortlautes ("Jede Person hat Anspruch auf [...] Beratung über ihre Rechte und Pflichten."; "Chacun a le droit d'être conseillé [...] sur ses droits et obligations."; "Ognuno ha diritto [...] alla consulenza in merito ai propri diritti e obblighi.") sowie des Sinnes und Zwecks der Norm (Ermöglichung eines Verhaltens, welches zum Eintritt einer den gesetzgeberischen Zielen des betreffenden Erlasses entsprechenden Rechtsfolge führt) steht mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt fest, dass es auf jeden Fall zum Kern der Beratungspflicht gehört, die versicherte Person darauf aufmerksam zu machen, dass ihre Situation (vorliegend: andauernde arbeitgeberähnliche Stellung) den Leistungsanspruch gefährden kann.

E. 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).

E. 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).

2.5. 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 è 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 LADI (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; le sottolineature sono del redattore) 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. Il principio secondo cui il diritto alle prestazioni di un membro di un consiglio di amministrazione è escluso senza che sia necessario determinare più concretamente le sue funzioni all'interno della società è stato ribadito nella STFA del 27 gennaio 2005 nella causa I., C 45/04, consid. 3.1. In tale sentenza l'Alta Corte ha esaminato se il diritto alle indennità di disoccupazione doveva o meno essere negato a un assicurato in applicazione dell'art. 31 cpv. 3 lett. c LADI e della giurisprudenza di cui alla DTF 123 V 234, in quanto che egli occupava una posizione dirigenziale nella società. 2.6. 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 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, allorquando 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.

2.7. 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) 2.8. Dopo la giurisprudenza federale di cui alla DTF 123 V 234, la condizione dell'errore manifesto (necessaria per procedere ad una riconsiderazione; cfr. consid. 2.3.) è data nel caso di una Cassa che ha riconosciuto il diritto alle indennità di disoccupazione a un lavoratore (in posizione professionale analoga a quella di un datore di lavoro vista la sua carica di membro del consiglio di amministrazione) che, dopo essere stato licenziato dalla società anonima, ha continuato a lavorare a tempo parziale e a essere amministratore della ditta (cfr. le STFA non pubblicate del 6 luglio 2001 nelle cause B., C 274/99; I. C 278/99 e O. C 279/99). In quelle occasioni l'Alta Corte ha infatti osservato che "(...) Im Umstand der Nichtberücksichtigung der arbeitgeberähnlichen Stellung liegt somit die Unrichtigkeit der

geleisteten Taggelder. (...)." (cfr. le STFA non pubblicate del 6 luglio 2001 nelle cause B., C 274/99; I, C 278/99 e O, C 279/99, consid. 2a in fine). 2.9. Nell'evenienza concreta dagli atti di causa emerge che RI 1, dal 1° gennaio 2001 al mese di settembre 2003, è stato alle dipendenze della ditta _____ di _____ quale direttore (cfr. doc. 5, 6). L'assicurato, dalla fine del 2000 al mese di maggio 2004, è stato inoltre delegato e segretario del Consiglio di amministrazione della società con diritto di firma individuale. Egli, fino al 2005, disponeva pure di una partecipazione della SA (cfr. doc. 16). A decorrere dal mese di maggio 2004 l'insorgente ha assunto la carica di membro e segretario del Consiglio di amministrazione con firma collettiva a due (cfr. estratto RC _____ reperibile al sito www.zefix.ch). Il 18 aprile 2005 ha avuto luogo l'assemblea generale ordinaria della _____. Dal relativo verbale si evince che l'uscita dell'assicurato dal CdA è stata accettata (cfr. doc. A3). Dal protocollo dell'assemblea generale straordinaria della SA del 25 novembre 2005 risulta poi che è stato preso atto delle dimissioni, inoltrate dal ricorrente con lettera del 29 marzo 2005, dalla carica di membro e segretario del CdA e che le stesse sono state accettate all'unanimità. E' stato altresì dato incarico al CdA di procedere alla cancellazione a Registro di commercio dell'iscrizione dell'assicurato quale membro e segretario del CdA (cfr. doc. A4). La relativa radiazione a Registro di commercio ha avuto luogo il 1° febbraio 2006, con pubblicazione nel FUSC il 7 febbraio 2006 (cfr. estratto RC _____). Il ricorrente si è iscritto in disoccupazione il 2 ottobre 2003, ricercando un impiego quale direttore di azienda, ingegnere di gestione STS al 100% (cfr. doc. 1). Egli ha percepito delle indennità di disoccupazione dal mese di ottobre 2003 al mese di luglio 2004. Nel mese di agosto 2004 l'assicurato ha iniziato a lavorare presso la _____ di _____ quale responsabile di produzione (cfr. doc. 10). A far tempo dal 1° agosto 2004 l'Ufficio delle misure attive ha riconosciuto all'insorgente il diritto di percepire i sussidi per le spese di pendolare (cfr. doc. 12). Per quanto attiene al lasso di tempo dal mese di ottobre 2003 al mese di luglio 2004 in cui il ricorrente ha percepito le indennità di disoccupazione, dalle risultanze sopra evidenziate risulta che lo stesso, nonostante il licenziamento quale direttore della _____, non ha mai interrotto ogni contatto con la ditta. Infatti l'assicurato è rimasto delegato e segretario del CdA con firma individuale fino al mese di maggio 2004. In seguito egli ha assunto la carica di membro del CdA con firma a due, invece di quella di delegato, mantenendo però il ruolo di segretario. In proposito giova ricordare che l'amministratore di una SA gode ex lege di una posizione analoga a quella di un datore di lavoro, potendo egli influenzare risolutivamente le decisioni dello stesso (cfr. consid. 2.4.-2.6). L'assicurato sostiene, tuttavia, che dopo il proprio licenziamento non ha più avuto la possibilità di prendere determinate decisioni o influenzare in maniera determinante né il CdA, né la direzione stessa o i quadri della ditta, poiché non ha più partecipato a riunioni del CdA, che peraltro non è stato convocato per diversi mesi, o della direzione (cfr. doc. I). A sostegno di quanto allegato, il ricorrente ha trasmesso all'amministrazione uno scritto del presidente del CdA della _____, _____, il quale ha attestato che dal momento del licenziamento l'assicurato non ha più svolto attività come l'acquisizione di clienti, la partecipazione a riunioni del CdA, la firma di contratti o altre attività in seno al CdA, né ha ricevuto indennità di nessun genere (cfr. doc. 16). Al riguardo va osservato che l'insorgente, svolgendo la funzione di delegato e segretario del consiglio d'amministrazione fino al maggio 2004 e di membro e segretario del CdA in seguito, godeva comunque dei diritti e, perlomeno, delle attribuzioni inalienabili di cui all'art. 716a CO. Non si comprende, del resto, per quali motivi, se effettivamente l'assicurato è rimasto nel CdA unicamente per una questione burocratica ma non di fatto

(cfr. doc. 16), l'iscrizione dello stesso a Registro di commercio nel mese di maggio 2004 è stata modificata da delegato e segretario del CdA a membro e segretario del CdA (cfr. estratto RC _____). L'uscita dell'assicurato dal CdA della SA deve essere datata al più presto al 29 marzo 2005, quando ha formulato per iscritto le proprie dimissioni, come emerge dal verbale dell'assemblea generale straordinaria del 25 novembre 2005 (cfr. doc. A4). L'asserita richiesta verbale di essere stralciato dal CdA che l'insorgente avrebbe formulato dopo il suo licenziamento, avvenuto per la fine di settembre 2003 (cfr. doc. 21; 6; I; VII), non appare peraltro verosimile alla luce della modifica della carica all'interno del CdA, concretizzatasi nel mese di maggio 2004. In proposito è utile evidenziare che in una decisione pubblicata in DTF 126 V 134 il TFA ha stabilito che ai fini di determinare il momento dell'uscita dal consiglio di amministrazione di una società anonima decisiva è la data, per analogia con la giurisprudenza relativa all'art. 52 LAVS, delle effettive dimissioni dal consiglio di amministrazione, e non quella della pubblicazione nel Foglio ufficiale svizzero di commercio (al riguardo cfr. anche STFA del 17 settembre 2003 nella causa V., C 358/01, consid. 4.2.). In queste circostanze, ai fini della vertenza, la questione di sapere se il ritardo nel procedere alla cancellazione dell'iscrizione dell'assicurato a Registro di commercio sia imputabile a terzi, come invocato dall'assicurato (cfr. doc. V, VII, XIV), o meno è irrilevante. Questa Corte, pertanto, ritiene che la posizione dell'insorgente all'interno della ditta nel periodo in cui ha percepito le indennità di disoccupazione, e meglio dal mese di ottobre 2003 al mese di luglio 2004, è stata analoga a quella di un datore di lavoro. In simili condizioni, occorre concludere che l'assicurato, nel lasso di tempo dall'11 febbraio 2004 al mese di luglio 2004, non aveva diritto alle indennità di disoccupazione (cfr. consid. 2.4.-2.6.). Anche nell'arco di tempo a decorrere dall'inizio dell'attività presso la _____ nel mese di agosto 2004 alla fine del mese di dicembre 2004, allorché ha beneficiato da parte dell'assicurazione contro la disoccupazione di sussidi per le spese di pendolare (cfr. doc. 10, 12), l'insorgente non poteva vantare alcun diritto nei confronti dell'assicurazione contro la disoccupazione. La sua posizione era, in effetti, sempre equiparabile a quella di un datore di lavoro, avendo comunque mantenuto la carica di membro e segretario del CdA della SA con firma a due. Inoltre, in concreto, nemmeno risulta applicabile per analogia la giurisprudenza secondo cui un 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 ha diritto alle prestazioni dell'assicurazione contro la disoccupazione (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). In casu nel periodo in questione dall'agosto al dicembre 2004 non erano trascorsi emano sei mesi dall'inizio dell'attività lavorativa presso la _____. Fino allo spirare dei primi sei mesi di impiego, ossia fino alla fine del mese di gennaio 2005, il ricorrente non aveva, quindi, in ogni caso diritto a delle prestazioni dell'assicurazione contro la disoccupazione. L'errore commesso dalla Cassa, allorché con decisioni informali ha riconosciuto all'assicurato il diritto alle indennità di disoccupazione ed eseguendo la decisione formale del 31 agosto 2004 emessa dall'Ufficio delle misure attive (cfr. doc. 12, 13) gli ha assegnato dei sussidi per le spese di pendolare, come esposto sopra, deve essere considerato manifesto (cfr. le STFA non pubblicate del 6 luglio 2001 nelle cause B., C 274/99, I. C 278/99 e O. C 279/99; circa la natura di decisione dei conteggi cfr. DTF 122 V 367 e DTF 126 V 399 consid. 2b)aa pag. 400). Inoltre la rettifica del versamento erroneo effettuato dalla Cassa di fr. 42'040.80 riveste un'importanza particolare. L'entità di tale ammontare non è stata del resto

contestata dall'assicurato. Nel caso di specie, essendo adempiute le condizioni per una riconsiderazione delle decisioni con cui la Cassa ha corrisposto all'assicurato le indennità di disoccupazione e i sussidi per le spese di pendolare per il periodo dall'11 febbraio 2004 al mese di dicembre 2004 (cfr. consid. 2.3.), di principio il ricorrente è tenuto alla restituzione dell'importo di fr. 42'040.80 versatogli indebitamente. 2.10. L'assicurato, nel ricorso, ha addotto che al momento dell'iscrizione per il collocamento presso l'URC di _____, compilando, come richiesto, il formulario "Curriculum vitae", ha indicato la sua posizione in seno al CdA della _____. Egli sostiene pure di avere, salvo errore, informato verbalmente il consulente del personale che ha raccolto i suoi dati (cfr. doc. I). In effetti dal "Curriculum Vitae" del 15 ottobre 2003, richiamato dal TCA (cfr. doc. VIII), risulta che alla domanda "Appartiene a un consiglio di amministrazione di una SA?" l'assicurato ha risposto "sì". Inoltre al quesito "Se sì, quale", egli ha indicato "_____" (cfr. doc. IX2). Dal formulario "Domanda d'indennità di disoccupazione" del 21 ottobre 2003 indirizzato alla Cassa, il quale si trova agli atti (cfr. doc. 3), si evince altresì che l'insorgente ha risposto affermativamente al quesito "Lei o suo marito/Sua moglie partecipa o partecipava finanziariamente all'azienda oppure svolge o svolgeva una funzione direttiva (p.es. azionista, consigliere d'amministrazione in una SA o socio gerente in una Sagl, ecc)?" , come d'altronde rilevato dal SECO nel suo rapporto di revisione del febbraio 2005 (cfr. doc. 13). E', pertanto, pacifico che l'assicurato al momento dell'annuncio in disoccupazione ha informato gli organi che applicano la LADI in merito alla sua carica in seno al CdA della _____. Dalla documentazione all'inserto emerge che né l'URC, né la Cassa hanno sollevato obiezioni in relazione all'iscrizione del ricorrente a Registro di commercio quale membro del CdA della SA. Al contrario la Cassa ha regolarmente versato all'assicurato, a decorrere dal mese di ottobre 2003, le indennità di disoccupazione e, dal mese di agosto 2004, i sussidi per le spese di pendolare sulla base della decisione del 31 agosto 2004 dell'Ufficio misure attive, trasmessale in copia (cfr. doc. 12, 13), senza nulla eccepire. 2.11. In simili condizioni il TCA deve quindi domandarsi se l'amministrazione ha a ragione o meno omesso di rendere attento l'assicurato dei rischi connessi alla sua posizione analoga a un datore di lavoro all'interno della _____ per quanto atteneva al suo diritto a prestazioni. Il 1° gennaio 2003 è entrato in vigore l'art. 27 della legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali (LPGA) che regola la "Informazione e consulenza". Questa nuova importante disposizione legale ha il seguente tenore: " 1 Gli assicuratori e gli organi esecutivi delle singole assicurazioni sociali, nei limiti delle loro competenze, sono tenuti ad informare le persone interessate sui loro diritti e obblighi. 2 Ognuno ha diritto, di regola gratuitamente, alla consulenza in merito ai propri diritti e obblighi. Sono competenti in materia gli assicuratori nei confronti dei quali gli interessati devono far valere i loro diritti o adempiere i loro obblighi. Per le consulenze che richiedono ricerche onerose, il Consiglio federale può prevedere la riscossione di emolumenti e stabilirne la tariffa. 3 Se un assicuratore constata che un assicurato o i suoi congiunti possono rivendicare prestazioni di altre assicurazioni sociali, li informa immediatamente." L'art. 27 LPGA sancisce, in particolare, per l'amministrazione un dovere di carattere collettivo, generale e permanente di fornire informazioni - ad esempio tramite opuscoli informativi; cfr. DLA 2002 pag. 194 - (cpv. 1) e il diritto soggettivo e individuale dell'assicurato alla consulenza (cioè un parere su ciò che conviene fare) su un caso preciso e su esplicita richiesta, che può essere fatto valere in giustizia (cpv. 2) (Su questi aspetti cfr. in particolare STFA del 14 settembre 2005 nella causa Regionales Arbeitsvermittlungszentrum Rapperswil c/ F., C 192/04, consid. 4.1., pubblicata in DTF

131 V 472; STFA del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05, consid. 4.2.; E. Imhof - CH Zünd, "ATSG und Arbeitslosenversicherung" in SZS 2003 pag. 291 seg. (306); E. Imhof, "Anhang zur Vertiefung von art. 27 ATSG über Aufklärung, Beratung und Kenntnisgabe" in SZS 2002 pag. 315 seg. (315-318); R. Spira, "Du droit d'être renseigné et conseillé par les assureurs et les organes d'exécution des assurances sociales art. 27 LPGA" in SZS 2001 pag. 524 seg. (527); U. Kieser, "ATSG - Kommentar", ad art. 27 pag. 317 e pag. 318-321). In materia di assicurazione contro la disoccupazione questa disposizione della LPGA ha apportato notevoli miglioramenti per gli assicurati nel senso che l'obbligo di informare non è più limitato ad alcuni aspetti puntuali, fissati nelle disposizioni legali (cfr. DTF 124 V 125, in particolare 221-222; DLA 2000 pag. 95) ma è stato generalizzato (cfr. E. Imhof - Ch. Zünd, art. cit, in STZ 2003 pag. 307). Per quanto attiene più specificatamente al diritto alla consulenza enunciato all'art. 27 cpv. 2 LPGA, va segnalato che ogni assicurato può esigere che il proprio assicuratore gli fornisca consulenza in merito ai suoi diritti e obblighi. Quest'obbligo concerne soltanto l'ambito di competenza dell'assicuratore in questione e le informazioni possono esse fornite anche da non giuristi, come del resto prima dell'entrata in vigore della LPGA. Contrariamente alle informazioni di carattere generale, la consulenza deve riferirsi al caso specifico (cfr. FF 1999 IV 3953). Inoltre tale diritto non è limitato alle persone assicurate, tuttavia deve esistere uno stretto rapporto con l'assicurazione interpellata, nel senso che la consulenza deve riferirsi a diritti e doveri che già esistono o che possono sorgere tra la persona che ha richiesto le informazioni e l'assicurazione interessata (cfr. U. Kieser, op. cit., ad art. 27 n. 18 pag. 321).

2.12. Il Tribunale federale delle assicurazioni in una sentenza del 14 settembre 2005 nella causa Regionales Arbeitsvermittlungszentrum Rapperswil c/ F., C 192/04, pubblicata in DTF 131 V 472, nel caso di un assicurato ritenuto inidoneo al collocamento, in quanto il lasso di tempo fra la presentazione della domanda e l'inizio del soggiorno linguistico che avrebbe effettuato all'estero - di cui aveva peraltro informato i funzionari dell'ufficio regionale di collocamento durante il primo colloquio - era troppo breve per poterlo collocare, ha stabilito che ai sensi dell'art. 27 LPGA, gli assicurati devono essere resi attenti che il loro comportamento può pregiudicare il diritto alle prestazioni. Nella fattispecie l'ufficio regionale di collocamento avrebbe dovuto avvertire l'assicurato che la prevista partenza a breve scadenza non permetteva di collocarlo. Il TFA ha, tuttavia, accolto il ricorso dell'ufficio regionale di collocamento e rinviato gli atti al Tribunale cantonale, al fine di appurare se il soggiorno avrebbe potuto essere rinviato e se l'assicurato secondo la verosimiglianza preponderante era disposto a posticiparlo. In caso affermativo, l'amministrazione deve rispondere della sua omissione - che implica la tutela della buona fede dell'assicurato - ed erogare, quindi, a quest'ultimo le prestazioni dell'assicurazione contro la disoccupazione. In un'altra sentenza del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05 la nostra Massima Istanza ha deciso che l'amministrazione, in applicazione dell'art. 27 LPGA, non appena al corrente degli elementi fattuali del caso, e dunque già all'inizio del versamento delle indennità di disoccupazione, avrebbe dovuto informare l'assicurato del fatto che, occupando all'interno di una Sagl una posizione analoga a quella di un datore di lavoro (e meglio fino al 12 gennaio 2003 era socio gerente con diritto di firma individuale e dal 13 gennaio 2003 socio senza diritto di firma), il suo diritto alle prestazioni (il termine quadro per la riscossione delle prestazioni era iniziato il 1° gennaio 2003) era minacciato. Il TFA ha inoltre indicato che tale omissione andava equiparata a un'informazione erronea e che, in casu, i presupposti della protezione della buona fede dell'assicurato erano adempiuti. Il ricorso contro la decisione del Tribunale cantonale che aveva confermato il diniego del

diritto alle indennità di disoccupazione è stato, consequentemente, accolto e gli atti rinviati all'ufficio del lavoro al fine di accertare se l'assicurato, nel caso in cui fosse stato correttamente informato, avrebbe o meno immediatamente richiesto la cancellazione della sua iscrizione, quale socio gerente senza diritto di firma, a registro di commercio. L'Alta Corte ha in particolare rilevato: " (...) Indessen ergibt sich aus den Akten, dass der Beschwerdeführer die Verwaltung von Anfang an offen über seine arbeitgeberähnliche Stellung informiert hat. Auf dem Deckblatt zu seinem Dossier findet sich unter dem Abschnitt "Zusatzinformationen" der Hinweis, dass er bei der Firma X. _____ immer noch als Geschäftsführer ohne Zeichnungsberechtigung mit einem Stammkapital von Fr. 10'000.- im Handelsregister eingetragen sei. Im Protokoll des Beratungsgesprächs auf dem RAV vom 16. Dezember 2002 findet sich die Bemerkung, dass die GmbH weiterhin bestehen bleibe und der Versicherte die Anspruchsberechtigung mit den Anmeldeunterlagen direkt bei der Arbeitslosenkasse abklären werde. Es fragt sich, ob die Verwaltung den Beschwerdeführer ausreichend über die mit der arbeitgeberähnlichen Stellung verbundenen Risiken hinsichtlich seines Leistungsanspruchs aufgeklärt hat oder hätte aufklären müssen.

E. 5

Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 124 V 221, 113 V 71 Erw. 2, 112 V 120 Erw. 3b; ARV 2003 S. 127 Erw. 3b, 2002 S. 115 Erw. 2c, 2000 S. 98 Erw. 2b; vgl. auch Meyer-Blaser, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: ZSR NF 111 [1992] II S. 299 ff., S. 412 f.). Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher den Bürger in seinem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Doktrin ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 127 I 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a; RKUV 2000 Nr. KV 126 S. 223; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen). In analoger Anwendung dieser Grundsätze (wobei die dritte Voraussetzung diesfalls lautet: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen) wurde in Fällen unterbliebener Auskunftserteilung unter anderem entschieden, dass es einer versicherten Person nicht zum Nachteil gereichen darf, wenn die Verwaltung sie nicht auf die Pflicht, sich möglichst frühzeitig, spätestens jedoch am ersten Tag, für den sie Arbeitslosenentschädigung beansprucht, zur Arbeitsvermittlung zu melden und die Kontrollvorschriften zu erfüllen, hinweist (Urteil A. vom 13. August 2003, C 113/02) oder wenn ihr das Arbeitsamt entgegen gesetzlicher Vorschrift anlässlich der Anmeldung keine Stempelkarte abgibt, weil dies einer unterbliebenen mündlichen Belehrung gleichkommt (nicht veröffentlichtes Urteil Z. vom 21. August 1995, C 94/95). Es

sind keine Gründe ersichtlich, diese Gleichstellung von pflichtwidrig unterbliebener Beratung und unrichtiger Auskunftserteilung nach der Kodifizierung einer umfassenden Beratungspflicht im ATSG aufzugeben, dies um so weniger als diese Folgen einer Verletzung der Beratungspflicht in den Sitzungen der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 8. Mai (Protokoll S. 9) und 11./12. September 1995 (Protokoll S. 12) diskutiert worden sind. Im Übrigen wird auch in der Lehre die Auffassung vertreten, dass eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 2 ATSG einer falsch erteilten Auskunft des Versicherungsträgers gleichkommt und dieser in Nachachtung des Vertrauensprinzips hierfür einzustehen hat (Kieser, Kommentar, Rz 17 zu Art. 27 [S. 320]; Edgar Imhof/Christian Zünd, a.a.O., S. 317; Freivogel, a.a.O., S. 96; zu aArt. 16 KVG: Eugster, a.a.O., Rz 406 und Fn 1031). Dies hat das Eidgenössische Versicherungsgericht soeben im Urteil F. vom 14. September 2005 (C 192/04) festgehalten.

E. 6

6.1 Aus den Akten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer am 16. Dezember 2002, somit vor dem Inkrafttreten des ATSG, sein erstes Gespräch mit dem Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum führte. Dabei war die arbeitgeberähnliche Position kein oder jedenfalls kein spezielles Thema. Vielmehr ist im Protokoll dieses Gesprächs zu lesen, dass der Versicherte mit den Anmeldeunterlagen direkt bei der Arbeitslosenkasse vorbeigehen werde, um die Anspruchsberechtigung zu klären. Wann genau dies geschah, ist den Akten nicht zu entnehmen. Indessen begann die Rahmenfrist für den Leistungsbezug erst am 1. Januar 2003, ab welchem Datum der Versicherte die Kontrollpflicht erstmals erfüllte. Am selben Tag trat auch das ATSG in Kraft. Am 15. Januar 2003 zahlte die Kasse die ersten Taggelder aus. Damals schenkte die Verwaltung der arbeitgeberähnlichen Stellung keine Beachtung, weshalb sie auch keine Veranlassung hatte, den Versicherten zu informieren. Erst am 29. September 2003 überwies sie den Fall an das AWA. Dieses verfügte die rückwirkende Ablehnung des Leistungsanspruchs am 28. Oktober 2003, an welchem auch die Firma des Versicherten in Konkurs fiel. Somit hatte der Beschwerdeführer vor dem Konkurs nie Anlass, zur Wahrung seines Anspruchs aus der Firma auszutreten.

E. 6.2

Die Verwaltung hätte, zumal sie in Kenntnis des Sachverhalts war, den Beschwerdeführer im Rahmen der ihr obliegenden Aufklärungspflicht bereits zu Beginn des Leistungsbezugs darüber orientieren müssen, dass seine andauernde arbeitgeberähnliche Stellung den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gefährde. Sie hat dies pflichtwidrig unterlassen, was rechtsprechungsgemäss der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichzustellen ist. Dabei ergibt sich, dass die Voraussetzungen des Gutglaubenstatbestands erfüllt sind: Es hat eine bestimmte Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf eine bestimmte Person gehandelt; der Beschwerdeführer durfte das RAV und die Arbeitslosenkasse als zuständig erachten; ferner durfte er die unterlassene Auskunft dahin deuten, dass er trotz der arbeitgeberähnlichen Stellung Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung habe; dementsprechend hat er sich vorderhand nicht im Handelsregister löschen lassen. Sodann hat die gesetzliche Ordnung seit der Anmeldung zum Leistungsbezug nicht geändert.

E. 6.3

Indessen ist auf Grund der Akten nicht erkennbar, weshalb der Beschwerdeführer sich vor Beginn des Leistungsbezugs im Handelsregister nicht hat löschen lassen. Er hatte möglicherweise triftige Gründe dazu. Damit steht nicht von vornherein fest, dass er die

Löschung sofort vorgenommen hätte, wenn er von der Verwaltung von Anfang an auf das Problem der arbeitgeberähnlichen Position aufmerksam gemacht worden wäre. Daher ist die Sache an das AWA zurückzuweisen, damit es abkläre, ob der Beschwerdeführer sich sofort im Handelsregister hätte löschen lassen, wenn er korrekt informiert worden wäre, oder ob es Gründe gab, eingetragen zu bleiben. Hernach wird das AWA erneut über den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung befinden.“ (STFA del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05, consid. 4-6.3) Per contro in una sentenza del 21 dicembre 2005 nella causa AWA c/A., C 9/05 il TFA si è chinato sul caso di un assicurato che dopo essersi licenziato dal suo ultimo posto di lavoro ha iniziato nel mese di settembre 2002 un'attività indipendente, percependo a tale fine il capitale di libero passaggio del secondo pilastro. Il 19 maggio 2003 egli si è iscritto in disoccupazione. La Cassa ha trasmesso all'Ufficio del lavoro la fattispecie per decisione. Tramite un formulario compilato dall'assicurato nel mese di settembre 2003 l'Ufficio del lavoro è stato informato, da un lato, che se lo stesso avesse reperito un impiego, avrebbe interrotto immediatamente la sua attività indipendente. Dall'altro, che l'assicurato, mediante la sua attività, voleva comunque raggiungere economicamente e imprenditorialmente l'indipendenza, ciò che implicava un elemento di durata. L'Alta Corte ha deciso che l'Ufficio del lavoro, in simili condizioni, ha a ragione negato il diritto alle indennità di disoccupazione da maggio 2003. L'amministrazione, solo dopo aver ottenuto, nel mese di settembre 2003, queste indicazioni, era in grado di farsi un quadro della situazione professionale dell'assicurato. Pertanto in quel caso non si trattava di un comportamento futuro dell'assicurato, bensì dell'attività indipendente esercitata fino a quel momento. Non era, quindi, possibile per l'amministrazione invitare l'assicurato ai sensi dell'art. 27 LPGa a riflettere su un'azione progettata che minacciava il diritto alle prestazioni. Quest'ultima sentenza si distingue dalla DTF 131 V 472 e dalla STFA del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05. Nelle due sentenze appena menzionate l'art. 27 LPGa ha trovato applicazione, perché un avviso, al momento dell'iscrizione in disoccupazione, da parte dell'autorità, ossia dell'URC nella DTF 131 V 472 e dell'URC e della Cassa nella sentenza del 28 ottobre 2005, C 157/05, circa il fatto che un determinato comportamento futuro o comunque modificabile comprometteva il diritto a prestazioni della disoccupazione poteva essere dato e avrebbe potuto fare riflettere l'assicurato se attuare il proprio progetto o invece mantenere una determinata situazione. Nel caso deciso con sentenza del 21 dicembre 2005, C 9/05, per contro, al momento dell'iscrizione la Cassa non era al corrente di alcuni elementi, per cui non avrebbe potuto in ogni caso rendere attento l'assicurato sui rischi in cui incorreva. Infatti l'Ufficio del lavoro interpellato dalla Cassa ha dovuto procedere a degli accertamenti per poter decidere in merito al suo diritto alle indennità di disoccupazione. L'Ufficio competente per emettere il relativo provvedimento si è basato su un periodo ormai trascorso, il che non permetteva di dare seguito all'obbligo di fornire consulenza di cui all'art. 27 LPGa. Per l'assicurato un eventuale avviso era a quel momento irrilevante, non potendo più modificare la situazione a cui era confrontato nei mesi precedenti la decisione. 2.13. Alla luce della giurisprudenza federale menzionata al considerando precedente, segnatamente della DTF 131 V 472 e, in modo ancora più specifico, del giudizio del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05 - trattandosi nell'evenienza in esame di un caso analogo alla fattispecie giudicata dal TFA - occorre concludere che in concreto l'amministrazione, siccome aveva, o perlomeno avrebbe dovuto avere, una completa e corretta conoscenza della fattispecie (cfr. consid. 2.10.), avrebbe dovuto informare il ricorrente, già dall'inizio dell'erogazione delle indennità di disoccupazione, che la sua posizione nella _____, analoga a quella di un datore di

lavoro, comprometteva il diritto alle prestazioni. Nell'ipotesi in cui né l'URC, né la Cassa - il che appare poco verosimile - abbiano rilevato l'informazione fornita dall'insorgente nel "Curriculum Vitae" e nella "Domanda di indennità di disoccupazione" circa la propria carica all'interno della SA, è utile sottolineare che in ogni caso l'assicurato non deve portare le conseguenze di comportamenti negligenti da parte di organi addetti all'applicazione della LADI (cfr. RDAT II-2001 N. 95). L'omissione da parte dell'URC e della Cassa di delucidare l'assicurato circa le conseguenze connesse al fatto di essere membro del CdA di una SA è contraria a quanto contemplato dall'art. 27 cpv. 2 LPGA. La violazione del disposto legale citato va equiparata, secondo la giurisprudenza, al rilascio di un'informazione errata (cfr. DTF 131 V 472, consid. 5; STFA del 28 ottobre 2005 nella causa W., C 157/05, consid. 5). Un'informazione sbagliata fornita da un'autorità permette, a determinate condizioni, la tutela della buona fede di un assicurato. Il diritto alla protezione della buona fede di cui all'art. 9 Cost., consente al cittadino di esigere che l'autorità rispetti le proprie promesse e che essa eviti di contraddirsi, è garantito e impone all'autorità di discostarsi dal principio della legalità, allorché i seguenti presupposti, precisati da una lunga e consolidata giurisprudenza, sono adempiuti 1. l'autorità deve essere intervenuta in una situazione concreta nei riguardi di persone determinate; 2. l'autorità ha agito o creduto di agire nei limiti delle proprie competenze; 3. l'assicurato non deve essersi reso conto immediatamente dell'inesattezza dell'informazione ricevuta; 4. l'informazione errata ha indotto l'assicurato ad adottare un comportamento o un'omissione che gli è pregiudizievole; 5. la legge non è stata modificata dal momento in cui l'informazione è stata data. (cfr. STFA del 25 ottobre 2005 nella causa B. e B., K 107/05 consid. 3.1.; STFA del 4 luglio 2005 nella causa M., C 270/04, consid. 3.3.1.; STFA del 28 gennaio 2004 nella causa *Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI c/ A.*, C 218/03, consid. 2; STFA del 29 agosto 2002 nella causa *Amt für Arbeit St. Gallen c/ S.*, C 25/02; DTF 121 V 65, consid. 2a pag. 66-67 e la giurisprudenza ivi citata; RAMI 1993 pag. 120-121, Pratique VSI 1993 pag. 21-22, RCC 1991 pag. 220 consid. 3a, RCC 1983 pag. 195 consid. 3, RCC 1982 pag. 368 consid. 2, RCC 1981 pag. 194 consid. 3, RCC 1979 pag. 155, DLA 1992 p. 106, DTF 118 V 76 consid. 7, RDAT I-1992 n° 63; Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, pag. 390ss; Knapp, *Précis de droit administratif*, 4a ed., n° 509, pag. 108-109; Haefliger, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, pag. 217ss). Inoltre giova sottolineare che il diritto alla protezione della buona fede assume ancora più peso quando l'autorità non solo fornisce un'informazione, ma adotta una misura concreta, visto che la natura di una decisione è più atta a far sì che l'amministrato confidi in essa rispetto a una semplice informazione (cfr. SVR 2004 IV Nr. 23 pag. 69; DLA 1999 n° 40 pag. 237 consid. 3a). In casu le autorità competenti, ossia l'URC e la Cassa, che peraltro hanno agito nei limiti delle proprie competenze, sono intervenute in una situazione concreta presso l'assicurato, in prima battuta, non rendendolo attento del fatto che la permanenza nel CdA della _____ pregiudicava il suo diritto alle prestazioni dell'assicurazione contro la disoccupazione. In seconda battuta, in particolare per quanto riguarda la Cassa, emettendo delle decisioni informali con cui è stato riconosciuto il diritto alle indennità dal mese di ottobre 2003 al mese di luglio 2004 ed assegnando, in esecuzione della decisione formale del 31 agosto 2004 dell'Ufficio delle misure attive (cfr. doc. 12, 13), sussidi per le spese di pendolare dal mese di agosto al mese di dicembre 2004, nonostante fosse, o in ogni caso dovesse essere, al corrente sin dall'inizio del ruolo di membro e segretario del CdA dell'insorgente. In una sentenza del 6 settembre 2001 nella causa M., C 344/00 la condizione secondo cui l'informazione errata deve avere indotto l'assicurato ad adottare un

comportamento o un'omissione non reversibile senza pregiudizio è stata così precisata: " (...) Bei der Prüfung des Kriteriums, ob Dispositionen getroffen wurden, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, ist zu berücksichtigen, dass die Auskunft für das Verhalten des Betroffenen ursächlich sein muss. Ein Kausalzusammenhang zwischen der behördlichen Auskunft und dem darauf folgenden Handeln der betroffenen Person ist gegeben, wenn angenommen werden kann, diese hätte sich ohne die Auskunft anders verhalten. Die Kausalität fehlt, wenn der Adressat bereits vor der Auskunftserteilung nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat, er sich auch ohne die Auskunft zu den gleichen Dispositionen entschlossen hätte, oder wenn ihm eine andere, günstigere Handlungsmöglichkeit gar nicht offen stand (Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 102 f.; dies., Falsche Auskünfte von Behörden, in: ZBl 1991 S. 16; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 75 B III Ziff. 3c/2 S. 242).“ Tale presupposto è stato riconosciuto dal Tribunale federale in una sentenza del 29 agosto 2002 nella causa S., C 25/02, in cui, nell'ambito di una vertenza di restituzione di prestazioni erogate a un assicurato che aveva ceduto la propria attività - nella cui fase di progettazione aveva ricevuto dall'assicurazione contro la disoccupazione delle indennità giornaliere speciali - alla moglie, per la quale aveva continuato a lavorare, è stata tutelata la buona fede dell'assicurato. Questi, sulla base delle informazioni che ha indicato di avere ricevuto da un collocatore prima dell'annuncio in disoccupazione, ossia che trasferendo la ditta alla moglie avrebbe avuto diritto alle indennità di disoccupazione, e dei successivi versamenti di tali prestazioni, ha rinunciato a liquidare la ditta individuale. Se avesse ricevuto la corretta informazione, egli avrebbe potuto interrompere definitivamente l'attività e beneficiare del prolungamento del termine quadro per l'eventuale versamento di altre indennità giornaliere ai sensi dell'art. 71d cpv. 2 LADI e 95e cpv. 2 OADI. Nel caso in esame, come già visto, l'assicurato ha modificato l'iscrizione a Registro di commercio da delegato e segretario del CdA a membro e segretario del CdA della _____ nel mese di maggio 2004 (cfr. estratto RC), ovvero posteriormente alla sua iscrizione in disoccupazione dell'ottobre 2003 e alla compilazione del "Curriculum vitae" e della "Domanda di indennità di disoccupazione" sempre dell'ottobre 2003. Verosimilmente l'insorgente ha mutato la sua posizione in seno al CdA, omettendo di dimettersi completamente dallo stesso, a seguito della mancata informazione riguardo alla circostanza che la posizione di consigliere di amministrazione pregiudicava il suo diritto alle prestazioni dell'assicurazione contro la disoccupazione. Infatti l'assicurato, invitato dal TCA a fornire indicazioni in merito alle misure che avrebbe adottato, in concreto, nel caso in cui gli fosse stato comunicato immediatamente, al momento dell'iscrizione in disoccupazione, che quale membro del CdA non avrebbe avuto diritto alle indennità giornaliere (cfr. doc. XVIII; XX), ha esplicitamente affermato, da un lato, che in relazione al proprio sostentamento avrebbe chiesto consiglio alla Cassa stessa ed eventualmente si sarebbe rivolto al Comune per postulare l'assegnazione di sussidi, nonché avrebbe accettato qualsiasi lavoro. Dall'altro, che, per quanto attiene alla possibilità di beneficiare di indennità di disoccupazione, avrebbe agito il giorno stesso in cui avesse ricevuto la citata informazione al fine di lasciare il CdA della _____. L'insorgente ha, altresì, precisato di non avere preso alcun provvedimento, poiché la Cassa, alla quale egli aveva dichiarato di essere membro di un CdA, non ha avuto nessuna reazione, né ha formulato alcun commento in merito (cfr. doc. XIX; XXI; XXV). Va, poi, ribadito che la Cassa ha erogato al ricorrente le indennità di disoccupazione dal mese di ottobre 2003 al mese di luglio 2004 e i sussidi come pendolare dal mese di agosto al mese di dicembre

2004, senza sollevare obiezioni circa la carica di membro del consiglio di amministrazione della _____. Se, perlomeno nel corso dei mesi in cui ha beneficiato delle prestazioni, l'insorgente fosse stato reso attento che il suo ruolo di consigliere di amministrazione della SA era di ostacolo all'ottenimento delle stesse, egli, sulla base di quanto dichiarato a questa Corte (cfr. doc. XXI), avrebbe molto probabilmente dimissionato. In simili condizioni occorre concludere, in primo luogo, che, omettendo di dimettersi dal consiglio di amministrazione della SA, l'insorgente si è precluso il diritto di beneficiare delle prestazioni di disoccupazione. In secondo luogo, che tra la mancata rinuncia alla carica di consigliere di amministrazione da parte del ricorrente - rinuncia che se tempestivamente notificata avrebbe fatto sorgere il suo diritto alle indennità di disoccupazione - e la violazione da parte dell'URC e della Cassa dell'obbligo di consulenza di cui all'art. 27 cpv. 2 LPGGA, di cui l'assicurato non poteva d'altronde rendersi immediatamente conto, vi è un nesso di causalità, come richiesto dalla giurisprudenza per ammettere il presupposto dell'adozione od omissione di misure non reversibili senza pregiudizio. Alla luce di quanto esposto, il TCA ritiene che le condizioni poste per potersi appellare all'art. 9 Cost. sono nel caso in esame tutte realizzate. Al riguardo è utile segnalare che questa Corte con giudizio del 30 novembre 2005 nella causa O., 38.2005.57 ha accolto il ricorso di un assicurato al quale era stata chiesta la restituzione di prestazioni di disoccupazione percepite indebitamente, in quanto dopo il licenziamento era rimasto membro del CdA di una SA e aveva continuato a svolgere dei compiti per la stessa, benché con un grado di occupazione limitato. Questa Corte ha ritenuto che la buona fede dell'assicurato andava tutelata, poiché a seguito di indicazioni erronee fornite dalla Cassa, secondo cui se da precise verifiche fosse emerso che l'assicurato non aveva potere decisionale in seno al CdA, avrebbe avuto diritto alle indennità, egli non si è dimesso dall'organo societario. In concreto, pertanto, vista la buona fede dell'assicurato, la Cassa ha richiesto a torto la restituzione delle indennità di disoccupazione percepite dall'11 febbraio 2004 alla fine del mese di dicembre 2004. La decisione su opposizione del 7 ottobre 2005 impugnata deve, conseguentemente, essere annullata.

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