

TI_GERICHTE 38.2007.58 vom 30. Juli 2007

TI Tribunale d'appello, 2007-07-30, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2007.58_d20070730

FR: TI_GERICHTE 38.2007.58 du 30 juillet 2007

IT: TI_GERICHTE 38.2007.58 del 30 luglio 2007

Regeste

Un'assicurata non ha diritto all'indennità di insolvenza per il periodo, dal 4.10.06, in cui il datore di lavoro, dopo la disdetta per il 30.9.06, ha rifiutato l'offerta di proseguire il lavoro. L'indennità va erogata per la quota parte di 13° e per i 3 giorni di ottobre in cui l'assicurata ha lavorato.

Erwägungen

E. 2

a) Selon la jurisprudence, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni et non pas sur des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur (ATF 114 V 60 in fine, 111 V 270 consid. 1b, 110 V 30; MUNOZ, La fin du contrat individuel de travail et le droit aux indemnités de l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1992, p. 192). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, FF 1980 III 613). b) Pour délimiter l'indemnité de chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité, il faut se demander si l'assuré, durant la période en cause, était apte au placement (art. 15 al. 1 LACI) et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (art. 17 LACI); dans l'affirmative, il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Ainsi, l'assuré qui a été licencié avec effet immédiat et sans juste motif - et qui de ce fait ne travaille plus - est en principe apte au placement et son droit aux prestations doit être examiné à la lumière des conditions mises à l'allocation de l'indemnité de chômage (art. 8 ss LACI); il existe une situation de chômage, qui est la condition première du droit à ladite indemnité (art. 8 al. 1 let. a LACI; ATF 119 V 157 consid. 2a; MEYER-BLASER, Résiliation abusive du contrat de travail, nouvelles règles du Code des obligations en la matière et incidences de ces dernières dans le domaine de l'assurance sociale, en particulier sur le maintien de la couverture d'assurance et le droit aux prestations, Colloque de l'IRAL 1994, p. 183 sv.). Certes, si l'assuré au chômage a encore des droits à faire valoir découlant du contrat de travail (salaire ou indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail), il ne subit pas de perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 3 LACI) et il ne peut prétendre l'indemnité de chômage (art. 8 al. 1 let. b LACI; ATF 119 V 46, 115 V 437; MEYER-BLASER, loc.cit., p. 184). Toutefois, en cas de doutes quant aux droits découlant du contrat de travail, la caisse verse l'indemnité et se subroge au chômeur dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de l'indemnité de chômage versée par elle, conformément à l'art. 29 al. 1 et 2 LACI. En application de cette disposition, des indemnités de chômage peuvent être versées, plus particulièrement, lorsque la créance du travailleur est certes incontestée, mais que son recouvrement est aléatoire en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans un tel cas, il

existe, comme l'exprime la loi, un doute quant à la satisfaction des prétentions du travailleur (art. 29 al. 1 in fine LACI; MUNOZ, loc.cit., p. 194).

E. 2.2

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in der Tat am 1. März 1999 effektiv seine letzten Arbeitsleistungen erbracht hat. Er verlangt somit die Auszahlung von Insolvenzenschädigung für eine Zeitspanne, während welcher er keine Arbeit verrichtet hat. Rechtsprechungsgemäss besteht aber kein Anspruch auf eine solche Entschädigung, da diese nur den Lohnanspruch für tatsächlich geleistete Arbeit abdeckt (BGE 125 V 494 Erw. 3b, 121 V 379 Erw. 2a; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Basel, Genf und München 1998, Nr. 492 ff., 495 in fine). Dabei ist nicht entscheidend, ob das Arbeitsverhältnis rechtlich weiter bestanden hat (BGE 121 V 381 Erw. 3c, 119 V 157 Erw. 2a). Deshalb braucht nicht geprüft zu werden, ob und gegebenenfalls ab welchem Datum die Anstellung des Versicherten als aufgelöst zu betrachten ist. Hinzu kommt, dass dem Beschwerdeführer, nachdem er in der hier streitigen Zeitspanne nicht gearbeitet hat, hierfür auch keine Lohnforderung zusteht. Solche Sachverhalte werden nicht durch die Insolvenzenschädigung gedeckt, setzt doch diese Leistungsart eine Lohnforderung des Versicherten gegenüber dem zahlungsunfähigen Arbeitgeber voraus (BGE 125 V 497 Erw. 4b). Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Insolvenzenschädigung keinen Rechtsschutz zu schaffen, der sich auf andere als Lohnforderungen erstrecken würde. Davon abzuweichen besteht kein Anlass (BGE 125 V 497 Erw. 3b in fine). Ob dem Beschwerdeführer statt der Insolvenz- allenfalls Arbeitslosenentschädigung zustünde, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. (...)" (cfr. STFA del 2 settembre 2003 nella causa B., C 55/03) 2.4. In una sentenza C 214/04 del 15 aprile 2005, pubblicata in SVR 2005 ALV Nr. 10, l'Alta Corte ha avuto occasione di riassumere la sua giurisprudenza ed ha ricordato che l'indennità di insolvenza copre unicamente pretese salariali che si riferiscono a del lavoro prestato, e non pretese risultanti dalla disdetta anticipata (ingiustificata) del rapporto di lavoro. L'esistenza giuridica di un rapporto lavorativo non rappresenta di per sè un valido criterio per rispondere alla questione a sapere se sono fondate delle pretese per lavoro prestato. Determinante per distinguere il diritto alle indennità di insolvenza da quello alle indennità di disoccupazione, è sapere se la persona assicurata nel periodo in questione era collocabile e se ha osservato le prescrizioni di controllo. Se ciò è il caso, non vi è diritto alle indennità di insolvenza. In particolare il TFA ha sottolineato che: " 3.1 Nach der Rechtsprechung deckt die Insolvenzenschädigung nur Lohnforderungen, die sich auf geleistete Arbeit beziehen, nicht aber auf Ansprüche bei (ungerechtfertigter) vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses und für noch nicht bezogene Ferien (BGE 121 V 377, 114 V 60, 111 V 269, 110 V 30). Der rechtliche Bestand eines Arbeitsverhältnisses allein ist kein taugliches Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob Ansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG geschuldet sind (BGE 121 V 381 Erw. 3c, 119 V 157 Erw. 2a; vgl. auch BGE 125 V 495 Erw. 3b; Urs Burgherr, Die Insolvenzenschädigung, Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers als versichertes Risiko, Diss. Zürich 2004, S. 90). Massgebend für die Abgrenzung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung von demjenigen auf Arbeitslosenentschädigung ist, ob die versicherte Person in der fraglichen Zeit vermittlungsfähig war (Art. 15 Abs. 1 AVIG) und die Kontrollvorschriften (Art. 17 AVIG) erfüllen konnte. Ist dies zu bejahen, so besteht kein Anspruch auf Insolvenzenschädigung. Wer ungerechtfertigt fristlos entlassen wird und aus diesem Grund nicht mehr arbeitet, ist grundsätzlich vermittlungsfähig, weshalb sein Leistungsanspruch nach den für die Arbeitslosenentschädigung geltenden

Voraussetzungen (Art. 8 ff. AVIG) zu prüfen ist, auch wenn ihm noch Lohnforderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses zustehen. In solchen Fällen besteht zwar kein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG, wie er für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vorausgesetzt ist (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG); bestehen Zweifel darüber, ob die versicherte Person für die Zeit des Arbeitsausfalls Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 AVIG hat, wird ihm jedoch gemäss Art. 29 AVIG Arbeitslosenentschädigung ausbezahlt und es gehen die Ansprüche des Versicherten samt dem gesetzlichen Konkursprivileg im Umfang der ausgerichteten Taggeldentschädigungen auf die Arbeitslosenkasse über (BGE 121 V 379 Erw. 2b; ARV 2003 Nr. 28 S. 256 Erw. 2.4.1). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis zur Unzeit aufgelöst wird (Art. 336c OR) und der Arbeitgeber nach Art. 324 OR in Annahmeverzug gerät. In Bezug auf die Vermittlungsfähigkeit verhält es sich in diesem Fall nicht grundlegend anders als bei der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers (BGE 125 V 495 Erw. 3b, 121 V 380 Erw. 3). Keine andere Betrachtungsweise hat bei einer Freistellung während der Kündigungsfrist zu greifen (Urteile A. vom 28. Januar 2002 [C 164/01], C. vom 13. Januar 2000 [C 167/99]). Im Urteil B. vom 23. November 2001 (C 143/01) hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, welches im Zusammenhang mit der wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers vorgenommenen Schliessung des Geschäftslokals durch den Vermieter erfolgte, einer Freistellung des Arbeitnehmers gleichgestellt. Dabei hat es erwogen, da die Kündigung ausgesprochen worden sei, nachdem der Vermieter das Betreten der Geschäftsräumlichkeiten mit sofortiger Wirkung untersagt habe, sei davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer ab diesem Zeitpunkt freigestellt und damit vermittlungsfähig gewesen sei und sich den Kontrollvorschriften hätte unterziehen können.

E. 2.4

in particolare la STFA C 164/01 del 28 gennaio 2002 e la sentenza pubblicata in SVR 2005 ALV Nr. 10, consid. 5.2) e la Direttiva della SECO riprodotta al consid. 2.5, la ricorrente è idonea al collocamento (cfr. STFA C 164/01 del 28 gennaio 2002: "Sans emploi dès ce moment, il avait la disponibilité nécessaire pour être apte au placement selon l'art. 15 al. 1 LACI. Cela suffit pour exclure le droit à l'indemnité d'insolvabilité."). Da quel momento RI 1 non ha pertanto più diritto all'indennità per insolvenza (cfr. STCA 38.2006.80 del 7 febbraio 2007). Diversa è invece la situazione per la quota parte della tredicesima e per i tre giorni lavorati dall'assicurata nel corso del mese di ottobre 2006. Per quei periodi l'indennità per insolvenza va riconosciuta, come del resto ammesso dalla Cassa nella risposta di causa (cfr. consid. 1.3).

E. 3

a) L'Autorité cantonale et de recours est de l'avis que ces principes ne sont pas applicables lorsque le congé donné par l'employeur est nul, parce qu'il a été signifié pendant une période de protection légale (art. 336c CO). Si le travailleur offre ses services à l'employeur, le contrat reste valable. L'autorité cantonale en déduit que les rapports de travail n'ont pris fin, en l'espèce, qu'au moment de l'ouverture de la faillite. Jusque-là, l'assurée n'était pas sans emploi et, partant, n'était pas non plus apte au placement. Elle avait donc droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. La commission cantonale, pour l'essentiel, s'est ralliée à cette thèse. Elle ajoute que l'intimée avait des raisons de penser que l'actionnaire principal de G. SA (une société française) fournirait des fonds à sa filiale genevoise. Elle était donc fondée à considérer que la faillite de son employeur serait évitée et pouvait espérer

demeurer au service de cet employeur, ce qui la rendait inapte au placement. b) Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement (art. 336c al. 1 let. c CO). Le congé donné pendant cette période est nul (art. 336c al. 2 CO) et les rapports de travail sont maintenus. Si l'employeur n'accepte pas que le travailleur reprenne son emploi, il se trouve en demeure (art. 324 CO) et reste tenu au paiement du salaire (WEBER, La protection des travailleurs contre les licenciements en temps inopportun, étude de l'art. 336c CO, thèse Lausanne 1992, p. 137). A la différence de l'art. 336c al. 2 CO, l'art. 337c al. 1 CO (relatif à la résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail) fait naître une créance en dommages-intérêts; le contrat prend fin, en fait et en droit, et le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée indéterminée (ATF 120 II 245 consid. 3a). Mais, sous l'angle de l'aptitude au placement, la situation du travailleur congédié en temps inopportun, qui n'a plus à effectuer son travail, ne diffère pas vraiment de celle du travailleur sans emploi qui a été licencié avec effet immédiat et de manière injustifiée: dans les deux cas l'intéressé présente une disponibilité suffisante pour accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions de contrôle. Contrairement à l'opinion des autorités cantonales de recours, il n'y a donc pas de raison d'opérer des distinctions entre ces deux situations du point de vue du droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. c) Le maintien, en droit, des rapports de travail n'est d'ailleurs pas non plus un critère déterminant pour juger du droit à l'indemnité de chômage (ATF 119 V 157 consid. 2a). Les prétentions visées par l'art. 29 LACI, pour lesquelles il peut exister des doutes (et qui correspondent aux prétentions de salaire ou à des indemnités au sens de l'art. 11 al. 3 LACI) concernent toutes les prétentions de l'assuré qui ont le caractère de salaires ou qui sont assimilables à un salaire; il s'agit, en particulier, de prétentions du travailleur en cas de résiliation du contrat de travail en temps inopportun, de licenciement immédiat injustifié et de résiliation immédiate justifiée par le travailleur (MUNOZ, loc.cit. pp. 91-128; SAVIAUX, Les rapports de travail en cas de difficultés économiques de l'employeur et l'assurance-chômage, thèse Lausanne 1993, p. 264). d) C'est à tort, par ailleurs, que l'Autorité cantonale et de recours invoque à l'appui de sa solution l'arrêt 111 V 269. En effet, dans cette affaire, il s'agissait d'un travailleur qui ne pouvait plus fournir de travail en raison de la demeure de l'employeur. A la différence des circonstances de l'espèce, l'employeur n'avait pas donné le congé au travailleur. Il lui avait au contraire fourni l'assurance qu'il obtiendrait du travail à bref délai. Dans une telle situation, l'aptitude au placement de l'assuré devait être niée, ce qui, logiquement, avait justifié le versement de l'indemnité en cas d'insolvabilité après la faillite de l'employeur.

E. 3.2

Dem Tatbestand der Lohnansprüche für geleistete Arbeit im Sinne von Art. 51 ff. AVIG hat die Rechtsprechung diejenigen Fälle gleichgestellt, in denen der Arbeitnehmer nur wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR keine Arbeit mehr leisten konnte (BGE 111 V 269; SVR 1996 ALV Nr. 59 S. 181; vgl. auch BGE 125 V 495 Erw. 3b; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 519). In BGE 111 V 269 ging es um ein Arbeitsverhältnis, das nicht gekündigt, sondern erst durch den Konkurs der Arbeitgeberin aufgelöst wurde. Der Arbeitnehmer hatte sich zudem bei der Arbeitgeberin mehrfach um Arbeitszuweisung bemüht, wurde jedoch mit dem Versprechen auf Arbeitszuweisung hingehalten. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat zudem erwogen, weil knapp ein Monat später über die Arbeitgeberfirma der Konkurs eröffnet

worden sei, könne von einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung des Anspruchs nicht die Rede sein.

E. 3.3

Der blosse Verzug des Arbeitgebers bewirkt keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses (SVR 1996 ALV Nr. 59 S. 181 Erw. 3a). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen Betriebsstörungen technischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art nicht beschäftigen kann (Rehbinder/Portmann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht [Basler Kommentar], Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N 3 zu Art. 324). In SVR 1996 ALV Nr. 59 S. 181 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht mit Bezug auf ein bisher ungekündigtes Arbeitsverhältnis hinsichtlich des Ausgangspunktes für die Berechnung der letzten Monate des Arbeitsverhältnisses, welche im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AVIG für die Anspruchsdauer der Insolvenzenschädigung massgebend sind, nicht auf den Zeitpunkt abgestellt, als die Belegschaft die Arbeit nach den Betriebsferien wegen einer konkursamtlich angeordneten Betriebsschliessung nicht wieder aufnehmen konnte, sondern auf denjenigen der Gewährung der Nachlassstundung. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen dem Anspruch auf Insolvenzenschädigung und jenem auf Arbeitslosenentschädigung war die Gültigkeit des Arbeitsvertrages." Nel caso che é stato chiamato a giudicare il TFA ha stabilito che l'assicurato, licenziato il 26 settembre 2002 per il 31 dicembre 2002 aveva diritto all'indennità per insolvenza, sulla base delle seguenti argomentazioni: " 5.1 Der Beschwerdegegner stand seit der von der Arbeitgeberin am 26. September 2002 auf den 31. Dezember 2002 ausgesprochenen Vertragsauflösung in einem (gekündigten) Arbeitsverhältnis. Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, ist dieses in der Folge bis zur Konkurseröffnung weder seitens der Arbeitgeberin durch Freistellung des Arbeitnehmers noch vom Beschwerdegegner durch fristlose Auflösung im Sinne von Art. 337a OR vorzeitig beendet worden. Als Kündigungsgrund nannte die Arbeitgeberin Dimensionierungsmassnahmen in diversen Betriebsbereichen. Aus dem Umstand, dass sie dem Beschwerdegegner riet, sich bereits während der laufenden Kündigungsfrist beim RAV zur Standortbestimmung und Stellenvermittlung zu melden, kann nicht geschlossen werden, dieser sei damit von der Arbeitsleistung freigestellt worden. Vielmehr ist dieser Hinweis im Zusammenhang mit der damals angespannten Arbeitsmarktlage für Piloten zu sehen, welche sich schon früh um eine neue Stelle bemühen sollten, um nach Ablauf des Vertragsverhältnisses möglichst nicht ohne Arbeit dazustehen. 5.2 Kommt ein Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nach und liegen keine anerkannten Verhinderungsgründe vor, so gerät er wegen Nichterfüllung des Vertrages in Verzug (Art. 102 ff. OR). Der Arbeitgeber kann in diesem Fall für die Dauer der fehlenden Arbeitsleistung den Lohn verweigern (Art. 82 OR). Kann der Arbeitnehmer die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht leisten oder kommt Letzterer aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Arbeitgeberverzug liegt grundsätzlich erst vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit eindeutig angeboten hat (BGE 115 V 444 Erw. 5a). Der in Art. 324 OR geregelte Annahmeverzug ist ein besonderer Fall des Gläubigerverzugs nach Art. 95 OG. Er geht den allgemeinen Bestimmungen des OR vor, berechtigt also nicht zu einem verzugsrechtlichen Vertragsrücktritt, weil dem Arbeitnehmer durch die Spezialbestimmung der Lohnanspruch gewahrt und auch eine ordentliche Kündigung unbenommen bleibt. Gegebenenfalls steht ihm selbst die Befugnis zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages

zu (BGE 116 II 143 Erw. 5b). Der Arbeitnehmer muss jedoch seine Arbeitsleistung anbieten, ausser er sei vom Arbeitgeber bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt worden. Verzichtet der Arbeitgeber - wie bei der Freistellung - ausdrücklich auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, muss dieser seine Leistung nicht mehr anbieten (BGE 118 II 140 Erw. 1a). In diesem Fall ist er nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich vermittlungsfähig und hat sich den Kontrollvorschriften zu unterziehen (Urteil A. vom 28. Januar 2002, C 164/01). Mit Schreiben vom 7. Oktober 2002 hat der Beschwerdegegner seine Arbeitsleistung bis 31. Dezember 2002 ausdrücklich angeboten. Die Arbeitgeberin hat darauf jedoch nicht reagiert und geriet damit in Annahmeverzug. Freigestellt wurde der Beschwerdegegner damit aber nicht. Davon geht auch das seco aus, hat es doch den Leistungsanspruch zumindest bis 8. November 2002 anerkannt.

5.3 Wird der Arbeitgeber zahlungsunfähig, so kann der Arbeitnehmer gemäss Art. 337a OR das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Wie das seco zu Recht festhält, ist er dazu nicht verpflichtet, und es existiert im Arbeitslosenversicherungsgesetz auch keine Sanktion für eine nicht bestehende Pflicht. Das Beschwerde führende Bundesamt hält indessen dafür, angesichts der desolaten und ausser Kontrolle geratenen Zustände der Fluggesellschaft A. _____ AG wäre eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses vernünftig und unter dem Aspekt der Schadenminderungspflicht geboten gewesen. Dem Arbeitnehmer steht mit der obigen Bestimmung die Möglichkeit offen zu verhindern, dass er dem Arbeitgeber auf unbestimmte Zeit Kredit gewährt und das Risiko trägt, die Gegenleistung nicht zu erhalten (BGE 120 II 212 Erw. 6a). Es kann von ihm jedoch nicht unter dem Titel der Schadenminderungspflicht (BGE 129 V 463 Erw. 4.2, 123 V 233 Erw. 3c mit Hinweisen) verlangt werden, diesen Schritt zu machen. Ob der Schaden der Arbeitslosenversicherung damit überhaupt gemindert würde, ist fraglich. Zwar ist die Arbeitslosenentschädigung (Taggelder gemäss Art. 22 AVIG) tiefer als die Insolvenzenschädigung, doch entstehen der Verwaltung aus der Vermittlungstätigkeit ebenfalls Kosten. Können Lohnansprüche während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht erhältlich gemacht werden, bedeutet dies zudem noch nicht, dass dies auch im Konkursverfahren der Fall sein wird. Weder Arbeitslosenversicherung noch Arbeitnehmer vermögen in der Regel die wirtschaftliche Lage und die Sanierungsmöglichkeiten einer sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Gesellschaft zuverlässig zu beurteilen, zumal wenn die Arbeitgeberin mit dem Hinweis auf Redimensionierungsbemühungen die Lage als weniger dramatisch erscheinen lässt, als sie in Wirklichkeit ist. Es ist für einen Versicherten in einer solchen Situation daher äusserst schwierig zu beurteilen, ab wann er sich der Arbeitslosenversicherung zur Verfügung zu stellen hat, ohne selber Nachteile zu gewärtigen. Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer beliebig lange ohne Lohn beim bisherigen Arbeitgeber bleibt, hat der Gesetzgeber in Art. 52 Abs. 1 AVIG eine zeitliche Limite für die Bezugsdauer der Insolvenzenschädigung gesetzt. Spätestens nach vier Monaten ohne Lohn ist es dem Arbeitnehmer demnach aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht mehr zumutbar, beim insolventen Arbeitgeber zu verbleiben. Dem Schutzzweck der Insolvenzenschädigung entsprechend sollen nicht Unternehmensrisiken abgedeckt, sondern soziale Härten der Arbeitnehmer vermieden werden (Urs Burgherr, a.a.O., S. 120). Am 7. Oktober 2002 forderte der Beschwerdegegner die Arbeitgeberin auf, den Septemberlohn sowie die ausstehenden Spesenentschädigungen zu überweisen, und am 17. Oktober 2002 ersuchte er sie, für die

künftigen Lohnansprüche Sicherheit zu leisten. Wenn er - nachdem er darauf keine Antwort erhalten hatte - nicht sofort im Sinne von Art. 337a OR vorgeht, kann ihm dies arbeitslosenversicherungsrechtlich nicht zum Nachteil gereichen. 5.4 Dauert der Annahmeverzug an, und kann der Arbeitnehmer in guten Treuen nicht mehr mit einer Arbeitszuweisung rechnen, kann man sich fragen, ob das Geltendmachen von Insolvenzenschädigung ab jenem Zeitpunkt als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu betrachten ist (vgl. Urs Burgherr, a.a.O., S. 94). In BGE 111 V 271 Erw. 3 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht einen knappen Monat nicht als rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs auf Insolvenzenschädigung betrachtet. In SVR 1996 ALV Nr. 59 S. 181 lag zwischen der konkursamtlichen Siegelung des Betriebes und der Nachlassstundung ebenfalls weniger als ein Monat. Als der Beschwerdegegner die Kündigung erhielt, war der Lohn für den Monat September ausstehend. Dieser Zeitpunkt kann indessen nicht ausschlaggebend sein, sondern allenfalls jener, als alle oder die meisten Arbeitnehmer im Besitze des Kündigungsschreibens waren und daraus geschlossen werden konnte, dass die wirtschaftliche Lage der Arbeitgeberin hoffnungslos war. Davon geht auch das Beschwerde führende Bundesamt aus. Das seco hält in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde selber fest, viele Arbeitnehmende hätten sich schon Anfang Oktober auf dem RAV gemeldet, nachdem sie auf die Möglichkeit des Anmeldens bei der Arbeitslosenversicherung aufmerksam gemacht worden seien. Ein Anspruch auf Insolvenzenschädigung sei zu jenem Zeitpunkt jedoch verneint worden, weil noch gar kein auslösendes Ereignis eingetreten sei. Spätestens Ende Oktober sei dann aber allen Mitarbeitenden klar gewesen, dass sie nicht mehr für die Fluggesellschaft A. _____ AG würden arbeiten können. Der Stichtag des 8. November 2002 sei gewählt worden, weil aufgrund der Akten feststehe, dass bis dann sämtliche Angestellten im Besitze des Kündigungsschreibens gewesen seien. Ab diesem Zeitpunkt seien keine Arbeitsleistungen mehr erfolgt. Im von der Arbeitslosenkasse und dem seco als massgebend bezeichneten 8. November 2002 waren die Monatslöhne September und Oktober ausstehend. Die Konkurseröffnung fand kurz darauf am 26. November 2002 statt, weshalb auch hier nicht von einer rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung der Insolvenzenschädigung auszugehen ist.

E. 4

En l'espèce, l'assurée a été licenciée le 6 octobre 1993. A partir de cette date, elle a été effectivement sans travail, après avoir mis vainement son employeur en demeure d'accepter ses services. Dès le mois de novembre 1993, elle a entrepris des recherches en vue de trouver un nouvel emploi, puis elle s'est annoncée à l'assurance-chômage le 15 janvier 1994, date à partir de laquelle elle a fait contrôler son chômage. On doit ainsi admettre que durant les trois derniers mois qui ont précédé l'ouverture de la faillite de l'employeur (2 février 1994), elle était apte au placement selon l'art. 15 al. 1 LACI. C'est donc à tort que les premiers juges lui ont reconnu le droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité pour cette période. Le recours de droit administratif est bien fondé. Mais il faut, bien entendu, réserver le droit de l'assurée à l'indemnité de chômage, à partir du moment où toutes les conditions de ce droit ont été remplies." In una successiva sentenza C 164/01 del 28 gennaio 2002 l'Alta Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul diritto alle indennità di insolvenza di un assicurato durante il periodo da quando è stato liberato dai suoi obblighi contrattuali fino alla scadenza del termine regolare di disdetta (in casu: dal 24 al 30 luglio 1998). Il TFA ha confermato la decisione con la quale l'amministrazione ha riconosciuto all'assicurato il diritto alle indennità di insolvenza solo fino al 23 luglio 2002 ultimo giorno in cui egli

aveva effettivamente lavorato. In quel caso il TFA si è così espresso: " (...) 2.- a) Les dispositions des art. 51 ss LACI ont introduit une assurance perte de gain en cas d'insolvabilité de l'employeur, destinée à combler une lacune dans le système de protection sociale. Pour le législateur, le privilège conféré par la LP aux créances de salaire (art. 219 LP) ne donnait en effet pas une garantie suffisante au travailleur, si bien qu'il était nécessaire de lui assurer la protection par le droit public, à tout le moins pendant une période limitée et déterminée. Il s'est donc agi de protéger les créances de salaire du travailleur pour lui assurer les moyens d'existence et éviter que des pertes ne le touchent durement dans son existence (Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 2 juillet 1980, FF 1980 III 532 s.; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bâle, Genève et Munich 1998, n° 492). b) Par "créances de salaire" au sens de l'art. 52 LACI, on entend d'abord le salaire déterminant selon l'art. 5 al. 2 LAVS, auquel s'ajoutent les allocations (Nussbaumer, op. cit., n° 519). Par cette référence à la LAVS se trouve ainsi délimité le cercle des bénéficiaires de cette protection. Il reste que ces dispositions en matière d'assurance sociale reposent en premier lieu sur le droit du contrat de travail en ce qui concerne notamment les éléments contractuels, les obligations réciproques des parties et les dispositions impératives dont il y a lieu ensuite de tirer des conséquences juridiques en matière d'affiliation ou de prestations (Meyer-Blaser, Résiliation abusive du contrat de travail, nouvelles règles du Code des obligations en la matière et incidences de ces dernières dans le domaine de l'assurance sociale, en particulier sur le maintien de la couverture d'assurance et le droit aux prestations, in : Droit du travail et droit des assurances sociales, Questions choisies, Colloque de Lausanne [IRAL] 1994, p. 177). Contrat synallagmatique, le contrat de travail impose principalement le versement d'un salaire au regard de l'engagement de fournir un travail régulier. La conséquence juridique, dans l'assurance-chômage, est que la créance de salaire est principalement liée à la fourniture d'un travail. Ainsi, selon la jurisprudence, l'indemnité en cas d'insolvabilité ne couvre que des créances de salaire qui portent sur un travail réellement fourni; elle ne peut être octroyée pour des prétentions en raison d'un congédiement immédiat et injustifié du travailleur, pour des indemnités de vacances qui n'ont pas été prises ou pour des prétentions émanant d'un travailleur, empêché de travailler pour cause de maladie et que son employeur n'a pas assuré (ATF 125 V 494 consid. 3b et les arrêts et références cités; Nussbaumer, op. cit., n° 519). Cette jurisprudence se fonde sur le texte même de la loi et sur l'intention clairement exprimée du législateur (Message du Conseil fédéral précité, p. 613; ATF 125 V 494 consid. 3b, 121 V 379 consid. 2a). c) La fourniture d'un travail, énoncée comme condition nécessaire en toutes hypothèses à l'application des art. 51 ss LACI, ne reflète cependant pas exactement la jurisprudence rendue en la matière. En effet, est assimilé à cette situation le cas où le travailleur n'a fourni aucun travail en raison de la demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1 CO. Dans ce cas, tant que le contrat n'est pas résilié, le travailleur a une créance de salaire qui peut justifier, le cas échéant, l'octroi de l'indemnité en cas d'insolvabilité (ATF 111 V 269; SVR 1996 ALV no 59). Ainsi que cela ressort de la jurisprudence (ATF 125 V 493 consid. 3b, 121 V 379 consid. 2b), le critère de distinction qu'il faut poser en la matière réside dans la délimitation entre indemnité pour insolvabilité et indemnité de chômage. Si, durant la période en cause, l'assuré était apte au placement (art. 15 al. 1 LACI) et s'il pouvait se soumettre aux prescriptions de contrôle de l'administration (art. 17 LACI), il n'a pas droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité. Il en va ainsi de l'assuré qui a été licencié avec effet immédiat et sans justes motifs (art. 337c CO) ou de celui qui a

été congédié en temps inopportun (art. 336c CO). Dans ces cas, l'assuré présente une disponibilité suffisante pour accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions de contrôle du chômage. Le maintien, en droit, d'un contrat de travail n'apparaît donc pas comme un critère essentiel dès lors que, dans le premier cas, le contrat a pris fin en fait et en droit, alors que, dans le second, les rapports de travail sont maintenus. A la différence, par exemple, de la situation découlant de la demeure de l'employeur exposée plus haut, il s'avère ici que la signification d'un congé est déterminante. 3.- Il reste à déterminer les règles applicables lorsque le travailleur a été libéré de l'obligation de fournir un travail pendant le délai de résiliation du contrat. a) Sous réserve du respect du délai de résiliation légal ou contractuel, un contrat de travail de durée indéterminée peut en principe être librement résilié par l'une ou l'autre partie (art. 335 CO). La résiliation entraîne pour le travailleur la fin de l'obligation de travailler, en règle générale au terme du délai de congé, et pour l'employeur la fin de l'obligation de payer le salaire. Il arrive cependant que l'employeur libère immédiatement son employé de l'obligation de travailler. Dans ce cas, le travailleur n'a ni la possibilité, ni l'obligation de proposer sa prestation à l'employeur. Renonciation volontaire et inconditionnelle à la prestation du travailleur jusqu'à l'échéance des relations contractuelles, cette libération ne correspond ni à une demeure de l'employeur ni à un licenciement immédiat. Reste que le travailleur libéré de l'obligation de travailler jusqu'à la fin de son contrat doit se laisser imputer sur son salaire le revenu tiré d'un nouvel emploi, à moins que l'on puisse déduire des circonstances que les parties ont voulu exclure l'imputation (ATF 118 II 139). Sous l'angle de l'aptitude au placement, la situation du travailleur qui n'a plus à effectuer son travail ne diffère pas vraiment de celle du travailleur sans emploi qui a été licencié avec effet immédiat et de manière injustifiée ou de celle du travailleur congédié en temps inopportun : dans tous ces cas, l'intéressé présente une disponibilité suffisante pour accepter un travail convenable et pour se soumettre aux prescriptions de contrôle. Cette situation ne peut, en revanche, être rapprochée du cas jugé en 1985 où l'employeur en demeure n'avait pas donné son congé au travailleur et lui avait promis de lui fournir du travail à bref délai (ATF 111 V 269). Certes, comme dans le cas du travailleur licencié en temps inopportun, le contrat de travail prend fin seulement à son terme contractuel. Mais, selon la jurisprudence, le maintien, en droit, d'un rapport de travail n'est pas un critère déterminant pour juger du droit à l'indemnité de chômage (ATF 119 V 157 consid. 2a). Dès lors, à la différence du cas jugé en 1999 où l'employé était empêché de travailler pour cause de maladie (ATF 125 V 492, en particulier 497 consid. 4b), le critère de l'aptitude au placement et de la disponibilité pour se soumettre aux contrôles joue, dans la situation du travailleur libéré de son obligation de fournir un travail pendant le délai de résiliation du contrat, un rôle essentiel pour délimiter l'indemnité de chômage et l'indemnité en cas d'insolvabilité (ATF 125 V 495 consid. 3b, 121 V 381 consid. 2b). En revanche, le critère du travail fourni - ou de l'absence d'une créance de salaire portant sur un travail réellement fourni - n'apparaît pas déterminant (cf. ATF 121 V 379 consid. 2a). N'est pas non plus décisif le fait que les prétentions de salaire ou d'indemnité pour résiliation anticipée des rapports de travail ne constituent pas une perte de travail à prendre en considération (art. 11 al. 3 LACI), puisque les prestations de l'assurance-chômage prévues par la loi doivent être versées en cas de doutes quant aux droits découlant du contrat de travail (art. 29 al. 1 et 2 LACI; ATF 121 V 379 consid. 2b). b) Dans le cas particulier, l'assuré a été licencié le 23 juillet 1998 pour la fin du mois et dispensé dès cette date de l'obligation de fournir un travail. Sans emploi dès ce moment, il avait la disponibilité nécessaire pour être apte au placement selon l'art. 15 al. 1 LACI. Cela suffit pour exclure le droit à l'indemnité

d'insolvabilité. (...)" (cfr. STFA del 28 gennaio 2002 nella causa A., C 164/01) La nostra Massima Istanza, in una decisione C 55/03 del 2 settembre 2003, si è confermata nella propria giurisprudenza e, nel caso di un assicurato che ha offerto al datore di lavoro la sua disponibilità a continuare l'attività solo dopo la regolazione delle sue pretese salariali pendenti, ha riconosciuto al ricorrente il diritto alle indennità per insolvenza solo fino all'ultimo giorno in cui ha effettivamente lavorato. In quel caso l'Alta Corte ha, in particolare, ribadito che: " (...)

E. 6

Die Vorinstanz hat in Erwägung 3 ausgeführt, streitig sei der Anspruch auf Insolvenzenschädigung für die Zeit vom 9. bis 26. November 2002. Dispositivmässig hat sie den angefochtenen Einspracheentscheid in Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit der Feststellung aufgehoben, dass der Versicherte für die Zeit bis 26. November 2002 Anspruch auf Insolvenzenschädigung habe. Für den Beschwerdegegner bedeutet dies, dass er von diesem Zeitpunkt an rückwärts gerechnet Anspruch auf Insolvenzenschädigung während vier Monaten hat. Nachdem er erstmals für den Monat September 2002 den Lohn nicht erhielt, hat er rückwärts gerechnet für die ganze Dauer des Lohnausstandes bis zum 26. November 2002 Anspruch auf Insolvenzenschädigung." 2.5. In una Direttiva intitolata "Criterio determinante di delimitazione tra l'IDI e l'ID", pubblicata in Prassi ML/AD 2004/1, 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 richiamato la giurisprudenza federale in materia e ha osservato che: " Principio 1. L'IDI ha lo scopo di coprire i crediti salariali che i lavoratori hanno nei confronti del loro datore di lavoro per un'attività lavorativa effettivamente svolta, mentre l'ID copre le perdite di salario dovute alla perdita del lavoro. In linea di massima l'IDI interviene soltanto quando si tratta di pretese salariali in seguito a un lavoro effettuato. 2. È considerato come criterio determinante per delimitare l'IDI dall'ID il fatto che la persona assicurata si sia messa a disposizione del Servizio di collocamento durante il periodo in questione e che essa abbia potuto soddisfare le prescrizioni di controllo. L'assicurato ha diritto all'ID se resta disoccupato, effettivamente o giuridicamente, in seguito a un licenziamento con effetto immediato o a una disdetta in tempo inopportuno: ciò significa che egli si annuncia al Servizio di collocamento e che è in grado di soddisfare le prescrizioni di controllo. Se sussistono dubbi giustificati in merito al fatto di sapere se l'assicurato ha diritto, durante il periodo in cui è disoccupato, al versamento, da parte del suo ultimo datore di lavoro, del salario relativo al termine di disdetta o di un risarcimento a causa dello scioglimento del rapporto di lavoro con effetto immediato oppure se tali pretese possono essere soddisfatte, occorre versargli l'indennità di disoccupazione secondo l'articolo 29 capoverso 1 LADI. In tal modo le pretese della persona assicurata, compreso il privilegio legale, passano alla cassa. 3. Di conseguenza, se l'assicurato non ha effettuato alcun lavoro, l'IDI non copre le pretese derivanti da un licenziamento con effetto immediato del lavoratore né quelle dovute allo scioglimento del rapporto di lavoro in tempo inopportuno. A tale proposito non è affatto importante sapere chi ha sciolto il rapporto di lavoro. Inoltre è indifferente se lo scioglimento del rapporto di lavoro è giustificato o ingiustificato, se ha effetto immediato, se il termine di disdetta è stato rispettato o meno, oppure se la persona assicurata è stata esonerata dal prestare lavoro. Eccezioni 1. In deroga

al principio secondo cui l'IDI interviene soltanto se l'assicurato ha effettuato un lavoro, i periodi durante i quali l'assicurato è stato impedito di lavorare senza colpa propria per motivi inerenti alla sua persona (p. es. malattia, infortunio, servizio militare, cfr. art. 324 CO) o durante i quali ha preso vacanze sono equiparati ai periodi di lavoro effettivo e vengono pertanto indennizzati mediante l'IDI. La condizione è tuttavia che il datore di lavoro sia soggetto all'obbligo di versare il salario e che la persona assicurata non percepisca altre compensazioni legali o contrattuali del salario durante il periodo in questione.

2. Basandosi sul principio che l'IDI copre unicamente crediti salariali inerenti a un lavoro effettuato, la giurisprudenza ha inoltre inserito in questa categoria i casi nei quali il lavoratore non ha più potuto prestare il proprio lavoro unicamente a causa del fatto che il datore di lavoro è in mora nell'accettazione dello stesso (art. 324 cpv. 1 CO). Se ad esempio è assodato che il rapporto di lavoro non è stato sciolto, che il lavoratore ha chiesto al datore di lavoro di dargli lavoro e che quest'ultimo l'ha trattenuto con promesse di lavoro, le perdite di lavoro dell'assicurato che sono imputabili alla mora del datore di lavoro sono equiparabili a un lavoro fornito e vanno risarcite mediante l'IDI. Queste due eccezioni al principio enunciato sono giustificate dal fatto che le persone assicurate in tali casi sono ancora vincolate da un rapporto di lavoro: ciò significa che esse non sono disoccupate né giuridicamente né di fatto, per cui non sono neanche idonee al collocamento.

Esempi - Un'impiegata è stata licenziata con effetto immediato. Essendo giuridicamente ed effettivamente disoccupata, essa si è annunciata all'ufficio di collocamento: occorre pertanto esaminare se essa adempie le condizioni che danno diritto alle prestazioni dell'AD, anche se ha ancora diritto a un'indennità a causa dello scioglimento anticipato del rapporto di lavoro. Lo stesso vale anche quando il rapporto di lavoro è disdetto in tempo inopportuno (art. 336c CO) e il datore di lavoro viene a trovarsi in mora nell'accettazione del lavoro. La persona assicurata non ha diritto all'IDI per il periodo durante il quale non ha lavorato, vale a dire per il periodo successivo allo scioglimento del suo contratto di lavoro. Dal punto di vista dell'idoneità al collocamento, questo caso non differisce sostanzialmente da un caso di licenziamento con effetto immediato. Di conseguenza l'IDI non copre il diritto al salario relativo al termine di disdetta o eventuali pretese di risarcimento a causa della disdetta con effetto immediato. La persona assicurata ha invece diritto all'ID secondo l'articolo 29 capoverso 1 LADI nella misura in cui si annuncia al Servizio di collocamento, adempie le prescrizioni di controllo e gli altri presupposti da cui dipende il diritto all'indennità.

- Un lavoratore che, dopo la dichiarazione del fallimento, è stato costretto ad abbandonare il lavoro a causa dello scioglimento anticipato del rapporto di lavoro e che, in seguito alla mora del suo datore di lavoro, ha diritto al salario relativo al termine di disdetta è in linea di massima idoneo al collocamento. Il periodo durante il quale egli ha diritto a tale salario non è coperto dall'IDI. La persona assicurata ha invece diritto all'ID secondo l'articolo 29 capoverso 1 LADI nella misura in cui si annuncia al Servizio di collocamento e adempie gli altri presupposti da cui dipende il diritto all'indennità.

- Un'impiegata liberata dagli obblighi contrattuali nell'ambito di una disdetta in tempo inopportuno è in linea di massima idonea al collocamento. Il periodo corrispondente al termine di disdetta non può essere coperto dall'IDI. La persona assicurata ha invece diritto all'ID secondo l'articolo 29 capoverso 1 LADI nella misura in cui il salario relativo al termine di disdetta non le è stato risarcito, se essa si annuncia al Servizio di collocamento e adempie gli altri presupposti da cui dipende il diritto all'indennità.

- L'impiegato non è stato licenziato ma, in seguito al fallimento del suo datore di lavoro, il suo contratto di lavoro è stato rescisso dall'amministrazione del fallimento. Prima dello scioglimento del suo contratto e fino alla

dichiarazione di fallimento, egli aveva chiesto a più riprese al suo datore di lavoro di dargli lavoro e non aveva più potuto lavorare soltanto a causa della mora del datore di lavoro. Inoltre l'impiegato è stato trattenuto con promesse di lavoro dal datore di lavoro. Pertanto egli, fino al momento del fallimento, era ancora vincolato da un rapporto di lavoro, per cui non era disoccupato ai sensi dell'articolo 10 capoversi 1 e 2 LADI e quindi neanche idoneo al collocamento. Di conseguenza egli non ha diritto all'ID per il periodo che precede il fallimento, mentre il diritto all'IDI gli verrà riconosciuto eccezionalmente per il lavoro che non ha effettuato prima dello scioglimento del suo rapporto di lavoro. (...)." (cfr. Prassi ML/AD 2004/1, Foglio 10/1, 10/2 e 10/3) 2.6. Nella presente fattispecie risulta dagli atti dell'incarto che l'assicurata è stata licenziata per il 30 settembre 2006 (cfr. doc. D) e che ha immediatamente contestato il termine di disdetta, chiedendo al datore di lavoro di poter lavorare fino al 31 ottobre 2006 (cfr. Doc. E). Il 4 ottobre 2006 l'assicurata si è presentata sul posto di lavoro ma è stata rispedita a casa (cfr. Doc. F e Doc. H). In simili condizioni, visto che il datore di lavoro ha rifiutato l'offerta dell'assicurata di proseguire la sua attività fino al 31 ottobre 2006, secondo la giurisprudenza federale citata (cfr. le sentenze esposte al consid. 2.3 e

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