

TI_GERICHTE 38.2013.3 vom 5. Oktober 2012

TI Tribunale d'appello, 2012-10-05, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2013.3_d20121005

FR: TI_GERICHTE 38.2013.3 du 5 octobre 2012

IT: TI_GERICHTE 38.2013.3 del 5 ottobre 2012

Regeste

Negato ID da 9.8.12 poiché impossib.stabilire un GA. Anche se corrisposti salari, decisiva circost. che ass. (fino 7/12 socio e gerente con dt firma indiv. della Sagl DL) interam. e dirett. immesso stip. nella soc. vista diff. situaz. finan. Analogia con rinuncia. Determ. salario effettivo. In casu GA = 0

Erwägungen

E. 1

(cfr. art. 37 cpv. 2 OADI). Il periodo di calcolo decorre dal giorno che precede l'inizio della perdita di guadagno computabile, indipendentemente dalla data dell'annuncio alla disoccupazione. A quel momento, l'assicurato deve aver versato contributi per almeno dodici mesi durante il termine quadro per il periodo di contribuzione (cfr. art. 37 cpv. 3 OADI). Il Consiglio federale ha pure stabilito che per periodi che, secondo l'art. 13 cpv. 2 lett. b-d LADI, sono computati come periodi di contribuzione, è determinante il salario che l'assicurato avrebbe normalmente ottenuto (cfr. art. 39 OADI). L'art. 13 cpv. 2 lett. c LADI stabilisce che sono computati quali periodi di contribuzione i periodi in cui l'assicurato è vincolato da un rapporto di lavoro, ma, per malattia (art. 3 LPGa) o infortunio (art. 4 LPGa), non riceve salario e non paga quindi i contributi. Ai sensi dell'art. 40 OADI il guadagno non è assicurato qualora, durante il periodo di calcolo, non raggiunga mensilmente 500 franchi. I guadagni risultanti da più rapporti di lavoro sono cumulati. 2.2. In virtù della legge e della giurisprudenza determinanti ai fini del calcolo del guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI sono i redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo (cfr. DTF 123 V 72 consid. 3; DLA 1995 Nr. 15 pag. 81 consid. 2c). Il Tribunale federale delle assicurazioni (TFA; dal 1° gennaio 2007: Tribunale federale TF) in una sentenza C 180/01 del 5 giugno 2002, pubblicata in DTF 128 V 189, ha confermato il principio secondo il quale il guadagno assicurato è stabilito in funzione dei redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo. Soltanto in casi eccezionali e giustificati il guadagno assicurato è determinato fondandosi sull'accordo salariale tra il datore di lavoro e il lavoratore. Più precisamente è possibile derogare al reddito effettivamente percepito unicamente qualora possa essere escluso un abuso nel senso di accordi in merito a salari fittizi. In particolare l'Alta Corte ha indicato che: " (...)

E. 3

a) aa) Nach Gesetz und Rechtsprechung ist bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen (BGE 123 V 72 Erw. 3 mit Hinweis; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, Rz 302). Von dieser zu Recht nicht in Frage gestellten Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein

Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind (vgl. ARV 1995 Nr. 15 S. 81 Erw. 2c), praktisch ausgeschlossen werden kann. (...)“ In una sentenza C 9/02 del 19 novembre 2002 la nostra Massima Istanza ha poi precisato quanto segue: " (...) 1. Bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes gemäss Art. 23 Abs. 1 AVIG ist grundsätzlich von den tatsächlichen Lohnbezügen auszugehen. Von dieser Regelung im Einzelfall abzuweichen, rechtfertigt sich nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann. Dabei fällt nicht nur die subjektive Absicht einer Gesetzesumgehung, sondern auch die unter objektivem Gesichtswinkel zu bejahende Missbrauchsgefahr in Betracht (noch nicht in der Amtlichen Sammlung veröffentlichtes Urteil V. vom 5. Juni 2002, C 180/01, Erw. 3a/aa und 3b mit Hinweisen).” Il TF, in una sentenza 8C_743/2008 del 9 febbraio 2009, pubblicata in SVR 2009 ALV Nr. 8 pag. 27, ha stabilito che nel caso in cui il lavoratore rinunci temporaneamente al pagamento del salario concordato con lo scopo di sostenere la ditta di recente fondata dal suo datore di lavoro e che, nel prosieguo, in ragione dell'insolvenza della ditta, non riesce a incassare il salario, quest'ultimo non può essere preso in considerazione nel guadagno assicurato. In quell'occasione l'Alta Corte ha osservato che: " (...) 5.2 Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Was in der Beschwerde vorgebracht wird, führt zu keiner anderen Betrachtungsweise. Des Nachweises eines konkret erfolgten Missbrauches bedarf es nicht, um nicht ausbezahlte Löhne beim versicherten Verdienst unberücksichtigt zu lassen. Massgebend ist, ob eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann. Dies trifft hier nicht zu, wie die Vorinstanz richtig erkannt hat: Verzichtet der Arbeitnehmer zur Unterstützung der neu gegründeten Arbeitgeberfirma vorläufig auf die Auszahlung des vereinbarten Lohnes und kommt es in der Folge aufgrund Insolvenz der Firma nicht zur Auszahlung des Lohnes, kann dieser beim versicherten Verdienst nicht berücksichtigt werden. Andernfalls würde Arbeitslosenentschädigung, deren Bemessung auf dem versicherten Verdienst beruht, zur Absicherung des unternehmerischen Risikos verwendet. Das ist zweckwidrig und damit missbräuchlich. Der Beschwerdeführer beruft sich in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf, die getroffene Vereinbarung sei auf Verlangen und primär im Interesse der Arbeitgeberin getroffen worden. Dieses Vorbringen vermag indessen seinen Standpunkt nicht zu stützen, sondern verdeutlicht vielmehr den zweckwidrigen Charakter der getroffenen Lohnregelung. Geltend gemacht wird weiter, die Firma habe den Versicherten übervorteilt. Das findet aber in den Akten keine Bestätigung. Daher kann offenbleiben, wie es sich andernfalls in Bezug auf den versicherten Verdienst verhielte. Der vorliegende Fall ist auch nicht mit dem im Urteil C 161/04 vom 29. Juli 2005 beurteilten vergleichbar. Denn anders als dort wurde hier die Lohnauszahlung bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und damit auch das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen. Der Beschwerdeführer äussert sich im Weiteren ausführlich zur Frage der beitragspflichtigen Beschäftigung und zu dem dazu in BGE 131 V 444 Gesagten. Darum geht es hier aber nicht. Dass es sich um eine grundsätzlich beitragspflichtige Beschäftigung gehandelt hat, ist nicht umstritten. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung scheidet vielmehr daran, dass der vereinbarte Lohn nicht als versicherter Verdienst anzurechnen ist, weil eine Missbrauchsgefahr nicht praktisch ausgeschlossen werden kann. An der fehlenden Anrechenbarkeit vermögen die aus obligationsrechtlicher Sicht zu beachtenden Grundsätze betreffend die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers und die Frage der Zulässigkeit einer Lohnzahlungsvereinbarung, wie sie hier zur Diskussion steht, ebenfalls nichts zu ändern.

(...)" (La sottolineatura è del redattore) Il Tribunale federale, con giudizio 8C_840/2010 del 14 gennaio 2011 relativo all'entità del guadagno assicurato (fissato dalla Cassa in fr. 4'134.-- e contestato dall'assicurato che ha chiesto di considerare a tale titolo un importo di fr. 8'900.--) di una persona che si è iscritta in disoccupazione il 26 aprile 2006 dopo che il 10 aprile 2006, a seguito della dichiarazione di fallimento della società, è stato disdetto il rapporto di lavoro che la legava alla SA di cui era socio gerente e da cui non riceveva lo stipendio da settembre 2005, ha deciso che: " (...)

E. 3.1

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer mit der Firma S. _____ am 1. September 2004 arbeitsvertraglich ein Monatsgehalt von Fr. 11'000.- vereinbart, welches ab Arbeitsbeginn bis Juni 2005 auch tatsächlich ausbezahlt worden war. Die Löhne der Monate Juli und August 2005 gingen nur noch teilweise und verspätet ein, seit September 2005 erfolgten keine Lohnzahlungen mehr.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bewusst zur Überbrückung der vorübergehenden Illiquidität des Unternehmens auf eine Auszahlung der Löhne verzichtet, was aber keinem grundsätzlichen Lohnverzicht gleichkomme. Es liege weder eine fiktive Lohnabrede im Sinne von BGE 128 V 189 vor, noch sei sonst wie ein missbräuchliches Verhalten zu erkennen.

E. 3.3

Vorab ist dem Versicherten entgegenzuhalten, dass es keinen Nachweis eines konkret erfolgten Missbrauchs bedarf. Massgebend ist einzig, ob eine Missbrauchsgefahr praktisch ausgeschlossen werden kann, was hier zu verneinen ist. Es kann zwar namentlich dann auf den vertraglich festgesetzten Lohn abgestellt werden, wenn dieser in einem langdauernden Arbeitsverhältnis nie bestritten war (in AJP 1994 S. 1460 ff. publiziertes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 14/94 vom 31. Mai 1994). Im Gegensatz zum soeben erwähnten Urteil bestand aber vorliegend einerseits nicht ein langjähriges Arbeitsverhältnis, sondern der Versicherte hatte lediglich über einen Zeitraum von zehn Monaten den vereinbarten Lohn erhalten, wobei bezüglich der Zahlungsmodalitäten bereits ab November 2004 Unregelmässigkeiten in Form von (verspäteten) Teilzahlungen bestanden. Vor allem aber konnte er hier als geschäftsführender Gesellschafter der Firma S. _____ sowie Verwaltungsratsmitglied der eng damit verbundenen Group X. _____ AG die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen. Als Gesellschafter und als betriebsleitendes Organ trug der Beschwerdeführer von Anfang an ein unternehmerisches Risiko, das nicht auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt werden kann. Dieses Risiko musste ihm umso mehr bewusst sein, als es sich um eine erst im April 2004 gegründete Unternehmung handelte, die sich im Aufbau befand und demnach keinesfalls finanziell und wirtschaftlich stabil war. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der seit November 2004 bestehenden Schwierigkeit der Firma, die (hohe) Lohnsumme regelmässig und vollständig auszurichten. Auch wenn anfänglich die Gehaltsforderungen erfüllt werden konnten, wurde gleich wie im Urteil 8C_743/2008 vom 9. Februar 2009 (publ. in: SVR 2009 AIV Nr. 8 S. 27) die Lohnauszahlung bewusst vom unternehmerischen Erfolg der Arbeitgeberfirma abhängig gemacht und damit auch das Risiko der Nichteinbringlichkeit in Kauf genommen. Die Arbeitslosenentschädigung, die sich nach der Höhe des versicherten Verdienstes richtet, darf jedoch nicht zur Absicherung des unternehmerischen Risikos

verwendet werden. Dies hat das Bundesgericht im erwähnten Urteil als zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich bezeichnet.

E. 3.4

Der überdies geltend gemachte Einwand des Beschwerdeführers, es müsse - entgegen der von der Kasse vorgenommenen Berechnungsweise des versicherten Verdienstes - das ganze Gehalt des Monats April 2005 in der Höhe von Fr. 11'000.- berücksichtigt werden, geht fehl: Die Arbeitslosenkasse führt in ihrer letztinstanzlichen Vernehmlassung zutreffend aus, dass hier die letzten zwölf Beitragsmonate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 10. April 2006 massgebend sind (11. April 2005 bis 10. April 2006; Art. 37 Abs. 2 AVIV), da der Bemessungszeitpunkt, unabhängig von der Anmeldung zum Leistungsbezug, am Tag vor dem Eintritt eines anrechenbaren Verdienstaustausfalls beginnt (Art. 37 Abs. 3 AVIV). Deshalb kann für den Monat April 2005 lediglich der für die Zeit vom 11. bis 30. April 2005 ausbezahlte Lohnanteil berücksichtigt werden." (Le sottolineature sono del redattore) La sentenza C 14/94 del 31 maggio 1994, citata dal TF nei giudizi appena menzionati, concerneva l'entità del guadagno assicurato di un'assicurata, dal 1986 alle dipendenze di una società, che il 20 settembre 1991, dopo che dal giugno 1991 non riceveva più il salario, è stata licenziata senza termine di disdetta a seguito del fallimento della ditta e che il 23 settembre 1991 si è annunciata al collocamento rivendicando delle indennità di disoccupazione. La Cassa le ha pure erogato delle indennità per insolvenza afferenti al periodo 21 giugno - 20 settembre 1991. L'allora TFA ha stabilito che: "(...) b) Mit Bezug auf die Wahl des Bemessungszeitraumes (September 1990 bis August 1991) und die Ermittlung des massgebenden Lohnes für die Periode September 1990 bis Mai 1991 lässt sich der angefochtene Entscheid nicht beanstanden. Nicht gefolgt werden kann der Rekurskommission hingegen insoweit, als sie für den Zeitraum Juni bis August 1991 die Auszahlung des Konkursamtes, bei der es sich anscheinend um die Konkursdividende handelt, als versicherten Verdienst betrachtete. Denn diese Zahlung kann nicht als der während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielte massgebende Lohn im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG qualifiziert werden. Nachdem aufgrund des Auszuges aus dem individuellen Konto und der Auskunft der AHV-Zweigstelle Zürich feststeht, dass die Beschwerdeführerin, wie behauptet, während längerer Zeit - zumindest von Januar 1990 bis Mai 1991 - einen Monatslohn von Fr. 4800.- (x 13) bezogen hat, was im übrigen nachträglich auch von D._____ bestätigt wurde, kann dieses vertraglich vereinbarte Gehalt von Fr. 5200.- (Fr. 4800.- x 13 : 12) als der während des Bemessungszeitraumes normalerweise erzielte massgebende Lohn betrachtet werden. Dass die Beschwerdeführerin das ihr zustehende Salär ab Juni 1991 nicht mehr ausbezahlt erhielt, ist auf finanzielle Schwierigkeiten der Firma X._____ zurückzuführen. Der Umstand, dass sie gleichwohl noch bis zum 20. September 1991 bei der Firma S._____ arbeitete, kann der Beschwerdeführerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden. Insbesondere ist in diesem Verhalten kein konkludenter Lohnverzicht zu erblicken, zumal aufgrund des letztinstanzlich eingereichten Schreibens der Bank X._____ vom 20. September 1991 belegt ist, dass bis zu diesem Zeitpunkt begründete Hoffnung auf Überwindung des Liquiditätsengpasses der Firma S._____ bestand. Auch der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Konkurs der Arbeitgeberfirma gemäss Forderungsanmeldung vom 30. Oktober 1991 für die Zeit ab Mai 1991 einen Monatslohn von Fr. 4224.- geltend machte und auch Insolvenzenschädigung lediglich in dieser Höhe beanspruchte, kommt keine entscheidende Bedeutung zu. Denn aus der Beilage zum Antrag auf Insolvenzenschädigung ist ersichtlich, dass es sich bei diesem Betrag um den

Nettomonatslohn handelt und sie damals den Bruttolohn ebenfalls auf Fr. 4800.- bezifferte. (...)“ Va, infine, rilevato che questa Corte, con sentenza 38.2011.3 del 5 settembre 2011, pubblicata in RtiD I-2012 N. 83 pag. 460, pronunciandosi in relazione al caso di una socia e gerente di una Sagl con diritto di firma individuale dalla fondazione della società nel 1988 e in possesso di una quota sociale di fr. 19'000.-- (su un totale di fr. 20'000.--) che, dal 1988 al 31 marzo 2010, è pure stata alle dipendenze – senza percepire salario negli anni 2009/2010 – della Sagl, poi radiata d'ufficio nell'agosto 2010 a seguito di fallimento sospeso per mancanza di attivo, e nel mese di agosto 2010 si è iscritta in disoccupazione, ha deciso che a ragione la Cassa le aveva negato il diritto a indennità di disoccupazione, ritenuto che il suo guadagno assicurato per gli anni 2009/2010, non avendo la stessa percepito alcun salario, era pari a fr. 0.--. Il TCA ha motivato il proprio giudizio, rilevando che in quel caso di specie era applicabile il principio generale secondo cui determinanti ai fini del calcolo del guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI sono i redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo. Non entrava, invece, in linea di conto l'applicazione dell'eccezione contemplata dalla giurisprudenza, che prevede di prendere come riferimento il salario concordato, ma soltanto allorché un abuso (nel senso di un accordo in merito a salari fittizi) può essere escluso. Infatti, in quella specifica evenienza un rischio di abuso, già dal profilo oggettivo, non poteva essere negato, in quanto quale socia e gerente della Sagl la ricorrente poteva influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro. Il suo ruolo in seno alla società implicava l'assunzione di un rischio imprenditoriale che non poteva essere scaricato sull'assicurazione contro la disoccupazione. L'asserzione della ricorrente secondo cui, per una sua precisa scelta, avrebbe girato gli stipendi spettante ai collaboratori occupati della società a causa della carenza di liquidità della ditta per salvaguardare posti di lavoro e sperando in una ripresa non le è stata di alcun ausilio: tale dichiarazione ha confermato, al contrario, il suo potere decisionale all'interno della Sagl e perciò il fatto che la stessa si fosse addossata un rischio imprenditoriale che non andava posto a carico dell'assicurazione contro la disoccupazione. 2.3. Nell'evenienza concreta dalla documentazione agli atti emerge che RI 1 era socio e gerente con diritto di firma individuale della _____ dal maggio 1997, data della fondazione della società, al luglio 2012 quando è rimasto unicamente socio senza diritto di firma. Il medesimo deteneva una quota sociale di fr. 1'000.--. La restante quota di fr. 19'000.-- apparteneva a sua moglie _____ – da cui dal gennaio 2011 vive separato (cfr. doc. 2; sistema informatico relativo alla banca dati MOVPOP che gestisce l'anagrafe della popolazione del Cantone Ticino; nel 2011 è pure stata avviata una causa di diritto matrimoniale dinanzi alla Pretura di _____; cfr. doc. 28, E) –, socia senza diritto di firma (cfr. estratto RC reperibile al sito www.zefix.ch). Dalla Domanda di indennità di disoccupazione e dall'Attestato del datore di lavoro, peraltro entrambi firmati dal ricorrente il 6 giugno 2012, risulta che quest'ultimo, dal 1° giugno 1997 al 1° giugno 2012, è pure stato alle dipendenze della Sagl (cfr. doc. 2, 3). Nell'Attestato del datore di lavoro è stato indicato che la disdetta è stata data dall'assicurato il 31 maggio 2012 a causa del mancato pagamento degli stipendi dal febbraio 2012 (cfr. doc. 3). La società è stata sciolta in seguito a fallimento pronunciato con decreto della Pretura del Distretto di _____ del 8 agosto 2012. La procedura di fallimento è, poi, stata chiusa con decreto pretorile del 28 febbraio 2012 e la ragione sociale è stata radiata d'ufficio (cfr. estratto RC). _____, nel mese di giugno 2012, si è annunciato per il collocamento (cfr. doc. 1). La Cassa, con decisione del 15 giugno 2012, ha negato a al'insorgente il diritto a indennità di disoccupazione a decorrere dal 1° giugno 2012, in quanto ricopriva in seno alla _____ una posizione analoga a quella di un

datore di lavoro (cfr. doc. 8). L'assicurato ha rivendicato nuovamente il diritto a prestazioni LADI dal 9 agosto 2012 (cfr. doc. III). Tale diritto gli è stato negato di nuovo con decisione del 5 ottobre 2012, poiché, non avendo comprovato la regolare ed effettiva riscossione di uno stipendio relativo all'occupazione presso la società _____, non è possibile stabilire un guadagno assicurato (cfr. doc. 10). Questo provvedimento è stato confermato con decisione su opposizione del 17 dicembre 2012 (cfr. doc. A1). Il ricorrente ha contestato l'operato della Cassa, adducendo, da un lato, di aver sempre ricevuto regolarmente il salario fino al gennaio 2012. Dall'altro, per quanto riguarda il periodo dal febbraio 2012, di aver messo in mora la _____ a causa del mancato pagamento dello stipendio (e non per il fatto di aver rifiutato di ricevere lo stesso o di averlo lasciato volontariamente alla società). Il medesimo ha poi evidenziato di non avere rinunciato ad alcun salario. Al riguardo egli ha precisato di avere dato la disdetta del rapporto di impiego con la Sagl con effetto immediato per il 1° giugno 2012 a causa del mancato versamento dei salari dal febbraio 2012. L'assicurato ha pure indicato che in precedenza gli stipendi gli erano, invece, stati regolarmente versati e che poco interessa alla Cassa cosa abbia fatto degli stessi, i quali non sono del resto stati reclamati in quanto ricevuti. L'insorgente ha, infine, asserito di avere, indipendentemente dal fatto di essere perfettamente idoneo al collocamento, esercitato effettivamente un'attività dipendente soggetta a contribuzione in relazione alla quale ha pagato per anni i contributi sociali come dipendente, di aver percepito regolarmente il salario e di avere, quindi, diritto alle indennità di disoccupazione (cfr. doc. I). 2.4. Chiamata a pronunciarsi in merito alla fattispecie, questa Corte ribadisce, dapprima, che ai sensi dell'art. 37 cpv. 1 OADI il periodo di calcolo per il guadagno assicurato corrisponde agli ultimi sei mesi di contribuzione che precedono il termine quadro per la riscossione della prestazione. Il guadagno assicurato è calcolato in base al salario medio degli ultimi dodici mesi di contribuzione che precedono il termine quadro per la riscossione della prestazione se tale salario è più elevato del salario medio di cui al capoverso 1 (cfr. art. 37 cpv. 2 OADI). Inoltre il periodo di calcolo decorre dal giorno che precede l'inizio della perdita di guadagno computabile, indipendentemente dalla data dell'annuncio alla disoccupazione (art. 37 cpv. 3 OADI; STF C 155/06 del 3 agosto 2007 consid. 3.1.). In concreto i periodi di calcolo previsti all'art. 37 cpv. 1 e 2 OADI decorrono rispettivamente dal 1° dicembre 2011 al 31 maggio 2012 e dal 1° giugno 2011 al 31 maggio 2012. Dalle carte processuali si evince che RI 1, per sua stessa ammissione, non ha percepito i salari relativi ai mesi da febbraio a maggio 2012 (cfr. doc. 3; 11; 25; I). Per quanto attiene, invece, al mese di gennaio 2012 e all'anno 2011, l'assicurato sostiene di aver percepito i relativi stipendi (cfr. doc. I; 11). Egli, tuttavia, il 6 giugno 2012, nel Formulario Osservazioni riguardo alle ragioni della disdetta, rispettivamente della rinuncia a rivendicare il rispetto dei termini di disdetta legale o contrattuale, compilato all'attenzione della Cassa, ha indicato che: " Sono gerente della società _____ di _____ (vedi RC). La ditta era già in fase di fallimento a luglio 2011, dove ero ancora riuscito a salvarla. Ora le condizioni economiche non permettono più di salvarla un'altra volta. Inoltre le alte spese di divorzio incidono. Società 19/20 ex moglie _____ 1/20 io." (Doc. 29) Inoltre da uno scritto del 25 settembre 2012 che il ricorrente ha inviato all'Ufficio circondariale di tassazione di _____ si evince quanto segue: " Con la presente inoltro la dichiarazione fiscale 2011 alla quale mi preme fare alcune considerazioni: - Al 1.6.2011 si è sciolta la comunione ereditaria fu _____ con bonifico da parte di mio fratello _____ di CHF 375'000.00 (vedi copia accredito bancario). Purtroppo non ho più i documenti dell'avvocato per lo scioglimento. - Tale importo è andato a coprire le voragini finanziarie

della società dove ero gerente, _____ di _____. Per tale motivo i saldi al 31.12.2011 sono molto bassi. Per vostra informazione, la ditta _____ ha avuto fallimento al 8.8.2012. - Son in fase di divorzio, su ordine del Pretore di _____, ho sostenuto interamente i costi di interessi ipotecari 2011 dell'immobile cointestato con la ex moglie _____, situato in _____, _____. Pertanto ho esposto gli interessi ipotecari totalmente, mentre ho esposto casa, reddito locativo, spese per immobile per metà. - Nel 2011 il garage _____ ha prosciugato i miei risparmi in quanto in difficoltà finanziarie gravissime, tanto che il debito della società nei miei confronti è salito oltre chf 474'000.00, quindi il reddito è stato sempre interamente reinvestito direttamente nella società oltre ai risparmi personali e questo oltre agli alimenti che ho dovuto pagare all'ex moglie. Pertanto la mia situazione finanziaria mi ha costretto annunciarmi alla disoccupazione e assistenza.” (Doc. 30, la sottolineatura è del redattore) Dal bilancio provvisorio del 2011 relativo alla _____ emerge, del resto, che la società presentava alla voce “prestiti” un debito nei confronti del creditore _____ pari a fr. 474'245.66 per il 2011 (per il 2010 era di fr. 137'375.80; cfr. doc. I). Nel caso di specie la questione di sapere se i salari del 2011 e lo stipendio di gennaio 2012 siano stati effettivamente versati (l'assicurato sostiene in contanti, cfr. doc. 11, I) al ricorrente oppure no può restare irrisolta. Infatti in casu, anche qualora gli stipendi del 2011 siano stati realmente corrisposti, risulta decisiva, ai fini della soluzione della presente vertenza, la circostanza che gli stessi, come riconosciuto dall'insorgente, sono stati interamente e direttamente immessi nella società ritenuta la difficile situazione finanziaria della stessa (cfr. doc. 30). E' altamente verosimile che ciò abbia avuto luogo anche per la remunerazione del mese di gennaio 2102, visto che, in ogni caso, i gravi problemi di liquidità hanno condotto al fallimento della Sagl già nell'agosto 2012 (cfr. estratto RC). In concreto il modo di procedere dell'insorgente, socio e gerente con diritto di firma individuale della _____ fino al luglio 2012, che ha utilizzato i redditi ottenuti nel 2011 e nel gennaio 2012 dall'attività presso la Sagl per tentare di salvare la società, reinvestendoli direttamente in quest'ultima (cfr. doc. 30), poi fallita nell'agosto 2012 (cfr. estratto RC), è analogo, dal profilo della finalità e del risultato, al comportamento di un assicurato che per sostenere la ditta del suo datore di lavoro rinuncia – anche solo temporaneamente – al salario che in seguito non riesce più a incassare a causa dell'insolvenza della società (cfr. consid. 2.2.). Per quanto concerne la determinazione del guadagno assicurato, il modo di agire di RI 1 deve, quindi, essere assimilato di fatto a una rinuncia agli stipendi per far fronte ai gravi problemi finanziari della società. 2.5. Alla luce di quanto precede, ossia che in casu va considerato che l'assicurato ha rinunciato agli stipendi del 2011 e di gennaio 2012, discende che deve essere fatta astrazione da un eventuale effettivo incasso da parte del medesimo dei salari reinvestiti direttamente nella Sagl. Questo Tribunale ritiene, inoltre, che nella presente fattispecie torni applicabile il principio generale secondo cui determinanti ai fini del calcolo del guadagno assicurato ai sensi dell'art. 23 LADI sono i redditi effettivamente percepiti sotto forma di salario durante il periodo di calcolo (cfr. consid. 2.2.). Deve, invece, essere esclusa l'applicazione dell'eccezione contemplata dalla giurisprudenza, ossia prendere come riferimento il salario concordato. In effetti, come visto (cfr. consid. 2.2.), tale eccezione si applica soltanto allorché un abuso, nel senso di un accordo in merito a salari fittizi, può essere escluso. Tale ipotesi non si verifica in concreto. E' vero che nel caso presente, analogamente alla fattispecie di cui alla sentenza C 14/94 del 31 maggio 2004 dove il TFA ha stabilito che per determinare il guadagno assicurato andava fatto riferimento al salario convenuto contrattualmente (cfr. consid. 2.2.), si è confrontati con un rapporto di impiego di

lunga durata (cfr. consid. 2.2.). Tuttavia, in concreto, decisiva è la circostanza che il ricorrente, a differenza del caso di cui alla sentenza C 14/94 del 31 maggio 2004 (l'assicurato non era socia o membro di un organo dirigente della ditta, avendo la stessa beneficiato di indennità per insolvenza; cfr. consid. 2.2. In caso contrario tali indennità le sarebbero state negate ex art. 51 cpv. 2 LADI), in qualità di socio e gerente con diritto di firma individuale della _____ fino al luglio 2012 poteva influenzare in maniera rilevante le decisioni del datore di lavoro. Il suo ruolo in seno alla società implicava l'assunzione di un rischio imprenditoriale che non poteva essere scaricato sull'assicurazione contro la disoccupazione. Immettendo i suoi salari nella società quali prestiti, egli ha manifestato la sua volontà di agire in qualità di imprenditore e non di salariato della società (cfr. STF 8C_663/2012 del 18 giugno 2013 consid. 5). In effetti tra il ricorrente e la _____ esisteva un'identità economica senza una rigorosa separazione tra i rapporti privati e d'affari (cfr. STF 8C_913/2011 del 10 aprile 2012 consid. 3.3., pubblicata in DLA 2012 N. 11 pag. 288). La restituzione all'insorgente dei salari, immessi nella società quali prestiti, era stata consapevolmente fatta dipendere dall'andamento positivo della ditta datrice di lavoro e con ciò era stato, dunque, preso in considerazione il rischio in caso di infruttuosità della società. Le indennità di disoccupazione, il cui importo dipende dall'entità del guadagno assicurato, non possono però essere utilizzate quale garanzia del rischio imprenditoriale (cfr. STF 8C_840/2010 del 14 gennaio 2011 consid. 3.2; 3.3.; SVR 2009 ALV Nr. 8 pag. 27). Il fatto di aver reinvestito i redditi salariali direttamente nella società (cfr. doc. 30) conferma, d'altronde, il potere decisionale dell'insorgente all'interno della Sagl e perciò il fatto che lo stesso si fosse addossato un rischio imprenditoriale che non andava posto a carico dell'assicurazione contro la disoccupazione. Inoltre il comportamento del ricorrente se, da una parte, è da lodare, dall'altra, rivela proprio il carattere contrario alla finalità dell'assicurazione contro la disoccupazione, che è quella di garantire un'adeguata compensazione della perdita di guadagno, segnatamente, in caso di disoccupazione ai salariati (cfr. art. 1a LADI; 10 LPGa), ma non il rischio imprenditoriale (vedi al riguardo l'art. 114 cpv. 2 lett. c Cost. fed., secondo cui chi esercita un'attività indipendente può assicurarsi facoltativamente, il quale non è ancora stato concretizzato dal legislatore, cfr. STF 8C_311/2011 del 12 dicembre 2011 consid. 4.4., pubblicata in DTF 138 V 50; D. Cattaneo, "Nouvautés en matière d'assurance-chômage" in *Quoi de neuf en droit social ?* Ed. Stämpfli SA, Berna 2009 pag. 67 seg. ,110). Ne discende che nella presente vertenza un rischio di abuso, già dal profilo oggettivo (cfr. consid. 2.3.; DTF 128 V 189 consid. 3b; C 9/02 del 19 novembre 2002 consid. 1), non può essere escluso. Pertanto per determinare il guadagno assicurato di RI 1 deve essere fatto riferimento al salario di cui ha effettivamente usufruito nel periodo di calcolo in questione e non a quello concordato. Come visto sopra (cfr. consid. 2.4.), l'assicurato non ha ricevuto alcuna remunerazione per i mesi da febbraio a maggio 2012 e in riferimento all'anno 2011, come pure al mese di gennaio 2012, il fatto di aver reinvestito i relativi stipendi direttamente nella Sagl per tentare di sollevare la precaria situazione finanziaria della ditta va ritenuto una rinuncia agli stessi. Questo Tribunale non ignora che il ricorrente ha affermato di avere in ogni caso usato i salari anche per se stesso e per i propri bisogni (cfr. doc. I pag. 6). Tuttavia, avendo utilizzato il denaro relativo agli stipendi per l'anno 2011 e il mese di gennaio 2012 principalmente a favore della ditta (cfr. doc. 30; consid. 2.4.), non sarebbe comunque possibile stabilire l'ammontare esatto della remunerazione che, nel caso di corresponsione effettiva, è rimasta a disposizione dello stesso (cfr. STF 8C_913/2011 del 10 aprile 2012 consid. 3.3., pubblicata in DLA 2012 N. 11 pag. 288). Di conseguenza il guadagno assicurato del ricorrente giusta

l'art. 23 LADI per il periodo febbraio – maggio 2012 è pari a fr. 0.-- e per i mesi precedenti non risulta in ogni caso determinabile in modo sufficientemente attendibile. Il fatto che siano stati pagati i contributi paritetici (cfr. doc. I; 19=M), non è poi atto a sovvertire l'esito della vertenza. In effetti il versamento di contributi sociali non esclude il rischio di abuso relativamente a un salario fittizio.

2.6. Il ricorrente ha chiesto il richiamo dall'Ufficio tassazione di _____ delle dichiarazioni fiscali della _____ dal 2006 al giorno del fallimento e dall'Ufficio esecuzione e fallimenti di _____ dell'intero incarto relativo al fallimento della _____, l'edizione della documentazione contabile 2011 da _____, l'audizione del signor _____ dell'UEF di _____, del signor _____ della _____, della signora _____ e di sua moglie _____, nonché (cfr. doc. I pag. 2, 4, 5; VII; IX). Considerato che i documenti già presenti all'inserto, come pure i principi legali e giurisprudenziali vigenti per quanto concerne la determinazione del guadagno assicurato (cfr. consid. 2.2.) consentono al TCA di emanare il proprio giudizio, questo Tribunale ritiene che l'assunzione delle ulteriori prove richieste – che sarebbero atte, a mente della parte ricorrente, a sostanziare il versamento effettivo degli stipendi nel 2011, questione che però il TCA ritiene di poter lasciare insoluta (cfr. consid. 2.4.) – non potrebbe mettere in luce nuovi elementi concreti ai fini della risoluzione della vertenza. Di conseguenza la richiesta dell'insorgente di assumere i mezzi di prova menzionati sopra deve essere respinta. A tale proposito va rammentato che conformemente alla costante giurisprudenza, qualora l'istruttoria da effettuare d'ufficio conduca l'amministrazione o il giudice, in base a un apprezzamento coscienzioso delle prove, alla convinzione che la probabilità di determinati fatti deve essere considerata predominante e che altri provvedimenti probatori più non potrebbero modificare il risultato (valutazione anticipata delle prove), si rinuncerà ad assumere altre prove (cfr. SVR 2003 IV Nr. 1; STF 8C_556/2010 del 24 gennaio 2011 consid. 9; STF 8C_845/2009 del 7 dicembre 2009; STF I 1018/06 del 16 gennaio 2008 consid. 5.3.; STFA U 416/04 del 16 febbraio 2006, consid. 3.2.; STFA H 411/01 del 5 marzo 2003; STFA H 102/01 dell'11 gennaio 2002; STFA H 103/01 dell'11 gennaio 2002; STFA H 299/99 dell'11 gennaio 2002; STFA U 257/01 del 26 novembre 2001; STFA U 82/01 del 15 novembre 2001; RCC 1986 p. 202 consid. 2d; STFA del 27 ottobre 1992 nella causa B.P.; STFA del 13 febbraio 1992 in re O.; STFA del 13 maggio 1991 nella causa A.; STCA del 25 novembre 1991 nella causa M.; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2a ed., pag. 274; U. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zurigo 1999, p. 212; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2a ed., p. 39 e p. 117), senza che ciò costituisca una lesione del diritto di essere sentito sancito dall'art. 29 cpv. 2 Cost. (DTF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d e sentenza ivi citata).

2.7. Alla luce di tutto quanto esposto, occorre concludere che la Cassa, a ragione, siccome il guadagno assicurato del ricorrente giusta l'art. 23 LADI per il periodo febbraio – maggio 2012 è pari a fr. 0.-- e per i mesi precedenti non risulta in ogni caso determinabile in modo sufficientemente attendibile, gli ha negato il versamento di indennità di disoccupazione (cfr. STF 8C_913/2011 del 10 aprile 2012, pubblicata in DLA 2012 N. 11 pag. 288; STCA 38.2011.3 del 5 settembre 2011, pubblicata in RtiD I-2012 N. 83 pag. 460), a prescindere dall'adempimento o meno del periodo di contribuzione secondo l'art. 8 cpv. 1 lett. e LADI (cfr. SVR 2009 ALV Nr. 8 consid. 5.2; DTF 131 V 444 ai sensi della quale, in primo luogo, d al profilo del periodo di contribuzione, la sola condizione per il diritto all'indennità di disoccupazione è, di principio, l'esercizio di un'attività soggetta a tale obbligo durante il periodo minimo di contribuzione. La giurisprudenza di cui in DLA 2001 no. 27 pag. 225 - e

le sentenze che ne sono seguite - non deve essere intesa nel senso che, in aggiunta a ciò, deve pure essere stato versato un salario; per contro, la prova che un salario è stato effettivamente pagato costituisce un indizio importante per la prova dell'esercizio effettivo di una attività dipendente. In secondo luogo, allorché un assicurato non comprova di aver effettivamente percepito un salario, segnatamente in assenza di bonifici periodici di una remunerazione su un conto bancario o postale a suo nome, il diritto all'indennità di disoccupazione non potrà essergli negato in applicazione degli art. 8 cpv. 1 lett. e e 13 LADI, a meno che venga stabilito che il medesimo ha rinunciato al salario relativo al lavoro effettuato; STF 8C_875/2009 del 7 dicembre 2009; STF 8C_716/2007 del 26 maggio 2008; STF C 72/06 del 16 aprile 2007; STFA C 267/05 del 19 dicembre 2006). In simili condizioni la decisione su opposizione contestata deve essere confermata.

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