

# **TI\_GERICHTE 38.2021.8 vom 8. März 2021**

TI Tribunale d'appello, 2021-03-08, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_38.2021.8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_38.2021.8)

FR: TI\_GERICHTE 38.2021.8 du 8 mars 2021

IT: TI\_GERICHTE 38.2021.8 del 8 marzo 2021

## **Regeste**

ILR riconosciute da 17.3.20 e non solo da 23.3.20 (data preannuncio). TCA ritiene che breve term. concesso a DL da Direttiva SECO (che prevede se rich. entro 31.3 dt da 17.3.) ragionevole. Anche considerando Direttiva contraria a O-COV19-AD, essa andrebbe com.que applicata x non discriminare DL TI

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Il termine di preannuncio per lavoro ridotto è eccezionalmente di tre giorni se il datore di lavoro prova che il lavoro ridotto ha dovuto essere introdotto per circostanze improvvise e imprevedibili.

### **E. 2**

Il lavoro ridotto può essere preannunciato immediatamente prima del suo inizio, se necessario per telefono, qualora in un'azienda le possibilità di lavoro dipendano dall'entrata giornaliera delle ordinazioni e non si possa lavorare per la costituzione di riserve. Il datore di lavoro deve confermare il preannuncio telefonico senza indugio e per iscritto.

### **E. 2.8**

L'art. 61 lett. a LPGA, in vigore fino al 31 dicembre 2020, prevedeva che la procedura deve essere semplice, rapida, di regola pubblica e gratuita per le parti ; la tassa di giudizio e le spese di procedura possono tuttavia essere imposte alla parte che ha un comportamento temerario o sconsiderato. In data 1° gennaio 2021 è entrata in vigore una modifica della LPGA. L'art. 61 lett. a LPGA prevede ora unicamente che la procedura deve essere semplice, rapida e, di regola pubblica. Dalla medesima data è entrato in vigore l'art. 61 lett. f bis LPGA secondo cui in caso di controversie relative a prestazioni, la procedura è soggetta a spese se la singola legge interessata lo prevede; se la singola legge non lo prevede il tribunale può imporre spese processuali alla parte che ha un comportamento temerario o sconsiderato. La procedura è pertanto di principio onerosa se concerne la fissazione dei contributi (cfr. Messaggio concernente la modifica della legge federale sulla parte generale del diritto delle assicurazioni sociali, FF 2018, pag. 1303 e seguenti, pag. 1334: “ La mozione Gruppo UDC 09.3406 chiede che venga abolito il principio della gratuità delle procedure di ricorso davanti ai tribunali cantonali nell'ambito delle assicurazioni sociali. L'indicazione secondo cui la procedura è gratuita va pertanto soppressa (art. 61 lett. a D-LPGA). Saranno così applicabili le disposizioni del diritto cantonale relative alle spese di procedura. Per quanto riguarda invece le controversie relative a prestazioni, la lettera f bis contempla l'addebito di spese soltanto nel caso in cui la singola legge lo preveda. Nell'assicurazione invalidità una tale regolamentazione è già in vigore dal 1° luglio 2006 (art. 69 cpv. 1bis LAI) ” ). Secondo l'art. 83 LPGA (disposizione

transitoria), ai ricorsi pendenti dinanzi al tribunale di primo grado al momento dell'entrata in vigore della modifica del

### **E. 3**

Il capoverso 2 si applica anche se il datore di lavoro non ha potuto dare il preannuncio nel termine prescritto.

### **E. 4**

Se il datore di lavoro non ha preannunciato il lavoro ridotto nel termine prescritto senza valido motivo, la perdita di lavoro è computabile soltanto a contare dal momento in cui scade il termine impartito per il preannuncio.

#### **E. 4.4**

Als Zwischenfazit ergibt die sprachlich-grammatikalische, entstehungsgeschichtliche, systematische und teleologische Auslegung, dass gestützt auf Art. 8b Abs. 1 der Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) zwischen 1. März und 31. Mai 2020 keine Voranmeldefrist mehr abgewartet werden musste und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung am Tag der Voranmeldung, nicht aber rückwirkend entstand. (...)” Il Tribunale amministrativo del Canton Berna ha poi concluso che la direttiva della SECO, la quale permette in modo contrario alla legge di riconoscere retroattivamente al

#### **E. 4.5**

Der einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer der Beschwerdeführerin meldete sich erstelltermassen am 10. April 2020 bei der AKB zum Bezug von Corona Erwerbsersatzentschädigung an (act. III), was als Anmeldedatum für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung zu gelten hat, da die Anmeldung bei einer unzuständigen Stelle nicht schadet (Art. 29 Abs. 3 ATSG). Den Akten sind hingegen keine Hinweise für eine frühere Anmeldung (vgl. Beschwerde S. 1: „habe ich umgehend per E-Mail der Ausgleichskasse des Kantons Bern zugestellt. Nach anfänglichen Schwierigkeiten mit der Lesbarkeit der Anmeldung wurde mir der Empfang am 10. April 2020 bestätigt.“) zu entnehmen. Eine solche ist demnach nicht ausgewiesen. Soweit die Beschwerdeführerin einen weitergehenden Anspruch aufgrund behördlicher Fehlinformationen (Stellungnahme vom 7. September 2020) und demnach gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV; vgl. zur Bindung an falsche Auskünfte: BGE 143 V 341 E. 5.2.1 S. 346, 131 V 472 E. 5 S. 480) geltend macht, dringt sie nicht durch. Wie eben dargelegt, hat die Beschwerdeführerin aufgrund der ins Feld geführten falschen Auskunft der AHV-Zweigstelle, wonach die Anmeldung bei der AKB erfolgen müsse, keinen Nachteil erlitten. Damit besteht – wie der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort zutreffend erkannte – Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 10. April 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind. Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich Weiterungen zu den (nicht publizierten) Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (06/2020 vom 9. April 2020 [S. 7 Ziff. 2] bzw. 08/2020 vom 1. Juni 2020 [S. 9 f. Ziff. 2]), wonach bei verspätet eingereichten Anträgen das Eingangsdatum 17. März 2020 gesetzt werde, wenn der Betrieb aufgrund der behördlichen Massnahmen schliessen musste und der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung vor dem 31. März 2020 (Eingangsdatum/Poststempel) gestellt wurde. (...)” Nella citata sentenza 200 20 428 ALV del 7 ottobre 2020 il Tribunale amministrativo del Canton Berna ha riconosciuto il diritto al lavoro ridotto dal 17 marzo 2020 ad una ditta che non aveva

ricevuto un ordine di chiusura ma che aveva subito gli effetti a livello economico dello scoppio della pandemia e che aveva inoltrato il suo preannuncio il 24 marzo 2020. Il Tribunale amministrativo bernese ha innanzitutto interpretato il testo dell'Ordinanza ed ha concluso che il Consiglio federale non ha inteso rinunciare al preavviso di lavoro come tale bensì (soltanto) al termine di preavviso: " (...) 4.3.3 Die hier zu beurteilende Norm wurde vom Bundesrat gestützt auf die ihm in Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) bzw. Art. 7 EpG eingeräumte Kompetenz erlassen. Weil die betreffende Verordnung direkt gestützt auf diese Ermächtigungsgrundlage in zeitlicher Dringlichkeit erlassen wurde, ist die Entstehungsgeschichte kaum bzw. nur rudimentär dokumentiert. Im Kontext der ausserordentlichen Lage sowie des angeordneten «Lockdowns» ging es dem Bundesrat bei der Änderung vom 25. März 2020 im Bereich der Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) darum, mit dem Instrument der Kurzarbeitsentschädigung vorübergehende Beschäftigungseinbrüche auszugleichen und die Arbeitsplätze zu erhalten, wobei die Ansprüche ausgeweitet und die Beantragung vereinfacht wurden (vgl. Medienmitteilungen des Bundesrates vom 20. und 25. März 2020 «Coronavirus: Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen» resp. «Coronavirus: Zusätzliche Massnahmen zur Stützung der Wirtschaft», abrufbar unter <www.admin.ch>, a.a.O.). Hinweise auf die Einführung eines rückwirkenden Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung lassen sich daraus nicht entnehmen, zumal auch anlässlich der Medienkonferenzen des Bundesrates bzw. an den points de presse soweit ersichtlich nie dargelegt worden wäre, eine Voranmeldung sei rückwirkend möglich. 4.3.4 Mit Blick auf Art. 8c COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1076) , wonach die Voranmeldung zu erneuern ist, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauert, ist auch in systematischer Hinsicht davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber – wie dies der Wortlaut von Art. 8b dieser Verordnung bereits nahelegt (vgl. E. 4.3.2) – einzig auf die Voranmeldefrist, nicht aber auf die Voranmeldung selbst verzichtete und dabei die Voranmeldefrist quasi auf null Tage festsetzte. 4.3.5 In Ausnahmefällen zeichnet sich bereits vor dem eigentlichen Anspruchsbeginn ab, ob ein Leistungsanspruch entstehen wird. Für solche Spezialfälle kennt das Sozialversicherungsrecht Voranmeldefristen wie jene im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung (vgl. BVR 2006 S. 375 E. 3.2). Die Voranmeldefrist dient hier in erster Linie zur Sicherung der Kontrollmöglichkeiten der KAST. Zur Vermeidung von Missbräuchen ist die Verwaltung in diesem Bereich in besonders hohem Ausmass auf eine sofortige Überprüfung angewiesen, da rückwirkende Abklärungen – insbesondere wegen unvorhergesehener Veränderungen wirtschaftlicher Natur – häufig keine zuverlässigen Aufschlüsse mehr geben können (BGE 114 V 123 E. 3b S. 124; vgl. auch BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 36 N. 1; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: ULRICH MEYER [Hrsg.], schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2418 N. 507; AVIG-Praxis KAE des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Stand: Juli 2020, G6-G8 [abrufbar unter <www.arbeit.swiss>]). Demnach bezweckt die Voranmeldefrist – anders als etwa die Karenzfrist (Art. 32 Abs. 2 AVIG; Art. 50 AVIV) – nicht etwa eine Beteiligung der Arbeitgeber an den Arbeitsausfällen, sondern reine Missbrauchskontrolle. Sinn und Zweck der Einführung von Art. 8b COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung war, die bisherige Regelung in Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1-4 AVIV (vgl. E. 2.3 hiervor) abzuändern, weil die Kurzarbeit im März wegen plötzlich eingetretener, nicht voraussehbarer Umstände in Zusammenhang mit dem am 16. März 2020 durch den Bundesrat beschlossenen «Lockdown» eingeführt werden musste und

damit eine rechtzeitige Voranmeldung nicht mehr möglich war (vgl. Dazu FAQ Kurzarbeitsentschädigung [FAQ KAE], Rubrik: «Wurde der administrative Aufwand für die Meldung von Kurzarbeit im Zusammenhang mit dem Coronavirus vereinfacht?», abrufbar unter <www.arbeit.swiss >). Arbeitgeber, die wegen der Corona-Pandemie in Schwierigkeiten geraten waren, sollten denn auch schnell und unkompliziert unterstützt werden (vgl. dazu FAQ KAE, Rubrik: «Was hat sich durch COVID-19 bezüglich KAE verändert?», abrufbar unter <www.arbeit.swiss>), damit sie während der ganzen Zeit des Arbeitsausfalles entschädigt würden. Deshalb hatte ein Arbeitgeber ab Voranmeldung, die mit Blick auf die neu eingeführte Möglichkeit der telefonischen Voranmeldung (Art. 8b Abs. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) sofort bzw. ohne Verzug vorzunehmen war, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für seine Arbeitnehmer. Die Voranmeldung konnte somit bis unmittelbar vor Beginn bzw. Weiterführung der Kurzarbeit bei der KAST eingereicht werden (vgl. dazu FAQ KAE, Rubrik: «Was gilt bezüglich Voranmeldefrist?»). Der Bundesrat hielt also ausdrücklich am Institut der Voranmeldung fest, womit systemimmanent ein rückwirkender Anspruch ausgeschlossen wurde. Mit anderen Worten wurde nicht etwa die Einführung einer nachträglichen Meldemöglichkeit für bereits zurückliegende Kurzarbeit beabsichtigt, andernfalls die Voranmeldung ihres Sinnes entleert worden wäre und die Arbeitgeber die Kurzarbeit auch erst zusammen mit der Geltendmachung des Anspruchs im Sinne von Art. 38 Abs. 1 AVIG hätten anmelden können. Anders verhält es sich dagegen beispielsweise beim Anspruch auf Erwerbsausfall für Selbständigerwerbende. Dieser wurde dergestalt geregelt, dass der Anspruch am Tag beginnt, an dem alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 3 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31]). Dem Bundesrat hätte es freigestanden, auch im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung eine entsprechende Regelung zu treffen, was er indes nicht tat. Dies führt nicht zu einer sachlich unhaltbaren Lösung, denn die gewählte Regelung berücksichtigt die Konzeption des Arbeitslosenversicherungsrechts, wobei mit der vorübergehenden Aufhebung der Voranmeldefrist im Rahmen der rasch zu erwählenden staatlichen Hilfe die Möglichkeit eines sofort entstehenden Leistungsanspruchs geschaffen wurde. Vor diesem Hintergrund kann nicht von einer Verordnungslücke ausgegangen werden.

## **E. 5**

In caso di perdite di lavoro in seguito a perdite di clientela dovute a condizioni meteorologiche si applica l'articolo 69 capoversi 1 e 2." 2.2. Il 20 marzo 2020 il Consiglio federale, sulla base dell'art. 185 cpv. 3 Cost. fed. ("Fondandosi direttamente sul presente articolo, può emanare ordinanze e decisioni per far fronte a gravi turbamenti, esistenti o imminenti, dell'ordine pubblico o della sicurezza interna o esterna. La validità di tali ordinanze dev'essere limitata nel tempo"; cfr. sul tema la STF 4A\_180/2020 del 6 luglio 2020, consid. 4.4. pubblicata in DTF 146 III 194 seg.) ha adottato l'Ordinanza sulle misure nel settore dell'assicurazione contro la disoccupazione riguardo al coronavirus (COVID-19) che contiene una serie di misure che alleviano le condizioni per poter beneficiare dell'indennità per lavoro ridotto e prevede che: " Art. 1 In deroga all'articolo 31 capoverso 3 lettera b della legge federale del 25 giugno 1982 sull'assicurazione contro la disoccupazione (LADI), il coniuge o il partner registrato del datore di lavoro occupato nell'azienda di quest'ultimo ha diritto all'indennità per lavoro ridotto. Art. 2 In deroga all'articolo 31 capoverso 3 lettera c LADI le persone che, come soci, partecipino

finanziari o membri di un organo decisionale supremo dell'azienda, determinano o possono influenzare risolutivamente le decisioni del datore di lavoro, come anche i loro coniugi o partner registrati occupati nell'azienda hanno diritto all'indennità per lavoro ridotto. Art. 3 In deroga agli articoli 32 capoverso 2 e 37 lettera b LADI, nessun periodo d'attesa è dedotto dalla perdita di lavoro computabile. Art. 4 In deroga all'articolo 33 capoverso 1 lettera e LADI, una perdita di lavoro è computabile in quanto concerne persone vincolate da un rapporto di lavoro di durata determinata o da un rapporto di tirocinio o al servizio di un'organizzazione per lavoro temporaneo. Art. 5 In deroga all'articolo 34 capoverso 2 LADI, per le seguenti persone si tiene conto di un importo forfettario di 3320 franchi come guadagno determinante per un'attività lucrativa a tempo pieno: a. il coniuge o il partner registrato del datore di lavoro occupato nell'azienda di quest'ultimo; b. le persone che, come soci, compartecipanti finanziari o membri di un organo decisionale supremo dell'azienda, determinano o possono influenzare risolutivamente le decisioni del datore di lavoro, come anche i loro coniugi o partner registrati occupati nell'azienda. Art. 6 Per permettere ai datori di lavoro di pagare il salario ai lavoratori il giorno di paga abituale, i datori di lavoro possono richiedere il versamento dell'indennità per lavoro ridotto senza doverlo anticipare. Art. 7 In deroga all'articolo 38 capoverso 3 lettere b e c LADI, il datore di lavoro non presenta alla cassa di disoccupazione il conteggio sull'indennità per lavoro ridotto pagata ai suoi lavoratori e la conferma secondo cui assume l'obbligo di continuare a pagare i contributi alle assicurazioni sociali. Art. 8 Per il 2020 la partecipazione della Confederazione è aumentata di

### **E. 5.3**

Mit den Bestimmungen der Weisungen, wonach bei verspäteten Anträgen ein früheres Eingangsdatum fingiert werden sollte, wurde der materielle Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht über die Verordnung hinausgehend eingeschränkt, was von vornherein unzulässig wäre (vgl. dazu BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3), sondern im Gegenteil ausgedehnt. Weil diese Ausdehnung den Versicherten zugutekam, bestand für die Betroffenen kein Anlass, diese Vorgaben des SECO zu hinterfragen bzw. einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. In der vorliegenden Konstellation, in welcher der Beschwerdeführer im Wesentlichen die analoge Anwendung dieser Praxis auf seinen Betrieb fordert, ist deren Rechtmässigkeit indes von Bedeutung. Dabei folgt aus dem Dargelegten, dass die Bestimmungen der Verwaltungsweisungen keine hinreichende Grundlage in den vorerwähnten Verordnungen des Bundesrates (vgl. E. 4 hiervor) finden, dem Sinn und Zweck der Voranmeldung widersprechen (vgl. E. 4.3.5 hiervor) und damit – jedenfalls was die regulären Arbeitnehmenden betrifft – rechtswidrig sind (Beschluss der eABK vom 25. August 2020). Hier nicht zu beurteilen ist hingegen die Rechtmässigkeit der mit der Weisung 10/2020 zusätzlich eingeführten Möglichkeit für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung oder bei Arbeit auf Abruf, die Voranmeldung für den Vormonat auch rückwirkend zu tätigen. Es handelt sich denn auch insoweit um eine andere Ausgangslage, als für diese neu geschaffenen Anspruchsgruppen (vgl. E. 3.3 hiervor; Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 8) ein rechtzeitiges Handeln unter Umständen gar nicht möglich war (der Einbezug von Arbeitnehmenden auf Abruf erfolgte erst am 8. April 2020 [AS 2020 1201]).

### **E. 5.4**

Der Betrieb des Beschwerdeführers musste zwar nicht auf behördliche Anordnung hin schliessen (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19- Verordnung 2; E. 3.2 hiervor) und wäre

damit vom sachlichen Anwendungsbereich der besagten Weisungen nicht erfasst, er wurde indessen faktisch im vergleichbaren Ausmass der Pandemiesituation bzw. von den behördlichen Massnahmen getroffen. So mussten unter anderem ...praxen auf nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien verzichten (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2). Mithin waren nur noch Notfallbehandlungen erlaubt, während ... oder ... Wahlbehandlungen ausgesetzt werden mussten (vgl. auch ... der C.\_\_\_\_\_ vom 15. März 2020 [Akten des Beschwerdeführers {act. I} 3]; Aufruf des Präsidenten der D.\_\_\_\_\_ vom 18. März 2020 [act. I 5]). Dies führte gemäss Angaben des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 1) zu einem Arbeitsausfall von 95 % (... Behandlungen) bzw. 100 % (...).

### **E. 5.5**

Nach der Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger und der Bürgerin grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Das gilt jedoch nur, wenn lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn dagegen die Behörden die Aufgabe der in andern Fällen geübten, gesetzwidrigen Praxis ablehnen, können der Bürger oder die Bürgerin verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die Dritten zuteil wird, auch ihnen gewährt werde, soweit dies nicht andere legitime Interessen verletzt. Die Anwendung der Gleichbehandlung im Unrecht setzt als Vorbedingung voraus, dass die zu beurteilenden Sachverhalte identisch oder zumindest ähnlich sind (BGE 131 V 9 E. 3.7 S. 20, 126 V 390 E. 6a S. 392).

### **E. 5.6**

Vor dem Hintergrund, dass Betriebe, die aufgrund behördlicher Massnahmen schliessen mussten, von der eigentlichen gesetzeswidrigen Praxis profitiert haben (vgl. Beschwerde S. 2; Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. III Art. 5), besteht im vorliegenden Einzelfall Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, da die behördlichen Massnahmen faktisch einer Schliessungsanordnung gleichkamen (erlitt der Beschwerdeführer dadurch doch gleichermassen einen massiven Arbeitsausfall und in Folge dessen einen wirtschaftlichen Verlust [vgl. E. 5.4 hiervor], womit praktisch von einem identischen Sachverhalt zur behördlichen Schliessungsanordnung auszugehen ist). Folglich ist hier ebenso zu fingieren, dass die Voranmeldung bereits am 17. März 2020 versandt wurde, womit die Kurzarbeitsentschädigung betreffend die fünf mitarbeitenden Personen des Beschwerdeführers unter Vorbehalt der erfüllten weiteren Voraussetzungen bereits ab dem 17. März 2020 zu bewilligen ist. (...)" 2.6. L'art. 58 cpv. 4 OADI prevede che se il preannuncio viene effettuato tardivamente senza "valido motivo", la perdita di lavoro è computabile soltanto a contare dal momento in cui scade il termine per il preannuncio (cfr. B. Rubin "Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage", Ed. Schulthess 2014, pag. 373 n. 11: "Il peut toutefois être restitué en cas de raison valable c'est-à-dire aux conditions de l'art. 41 LPGA"). L'art. 41 LPGA stabilisce che se il richiedente o il suo rappresentante è stato impedito, senza sua colpa, di agire entro il termine stabilito, lo stesso è restituito, sempre che l'interessato lo domandi adducendone i motivi entro 30 giorni dalla cessazione dell'impedimento e compia l'atto omesso. Per "impedimento non colpevole" si intende, non soltanto l'impossibilità oggettiva o la forza maggiore, bensì anche l'impossibilità soggettiva che risulta da circostanze personali o da un errore scusabile. Queste circostanze devono

comunque essere valutate oggettivamente. In definitiva, al richiedente non deve potere essere rimproverata una negligenza. L'assenza di colpa deve essere manifesta (cfr. STF 8C\_666/2014 del 7 gennaio 2015 consid. 4.2.; STF 8C\_898/2009 del 4 dicembre 2009 consid. 2; STFA I 393/01 del 21 novembre 2001; DTF 96 II 265 consid. 1a; U. Kieser, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, Zurigo 1999, pag. 170 segg.; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurigo 1998, n. 151). Non costituiscono, per contro, motivi scusabili il sovraccarico di lavoro, l'ignoranza del diritto, rispettivamente l'insicurezza dovuta all'introduzione di una nuova norma legale (cfr. STF 2C\_448/2009 del 10 luglio 2009; STFA C 366/99 del 18 gennaio 2000; DLA 2002 N. 15 pag. 113; DLA 2000 N. 6, consid. 2, pag. 31; DLA 1988 N. 17, consid. 4a, pag. 128; DTF 110 V 339, consid. 3, pag. 343 e DTF 110 V 210, consid. 4, pag. 216). Deve infine essere sottolineato che l'istituto della restituzione in intero costituisce un rimedio di carattere straordinario che incide profondamente nella sicurezza del diritto, per cui occorre valutare l'adempimento dei requisiti con rigore e seguire criteri restrittivi (cfr. STF K 34/03 del 2 luglio 2003). Nella già citata sentenza 38.2020.66 del 1° febbraio 2021 il TCA ha negato che esistessero validi motivi per accordare retroattivamente le prestazioni rilevando che: "(...) Nel caso concreto le argomentazioni addotte dalla ricorrente (ignoranza di legge, distanza tra X.\_\_\_\_\_ e la sede della ditta ad Y.\_\_\_\_\_ dove si trovava la documentazione) non costituiscono un "valido motivo" ai sensi dell'art. 58 cpv. 4 OADI per accordare retroattivamente le prestazioni dal 16 marzo 2020, anche in considerazione del fatto che il preannuncio poteva essere effettuato in maniera estremamente semplificato, che i lavoratori colpiti dal lavoro ridotto erano i soli tre dipendenti dell'azienda (cfr. doc. 1), che gli spostamenti non erano proibiti (cfr. al riguardo anche le precisazioni della Sezione del lavoro riprodotte al consid. 1.6) e che l'annuncio è stato effettuato più di un mese dopo la forzata chiusura dell'azienda. (...)” 2.7. Nel caso concreto è incontestato che il “Preannuncio d’indennità per lavoro ridotto” è stato effettuato il 23 marzo 2020. La Direttiva della SECO 2020/06, riprodotta al consid. 2.3, precisa che “in caso di richieste presentate tardivamente, la data di ricevimento del 17 marzo 2020 fa fede se l’azienda ha dovuto chiudere a seguito dei provvedimenti delle autorità e ha presentato la richiesta prima del 31 marzo 2020”. Come visto (cfr. consid. 2.5), questa Direttiva è stata ritenuta contraria alla legge della Corte di giustizia del Canton Ginevra e dal Tribunale amministrativo del Canton Berna (che l’ha tuttavia applicata in un caso concreto), nella misura in cui concede il diritto all’indennità per lavoro ridotto a partire da un momento che precede il preannuncio. Chiamato a sua volta a pronunciarsi sul tema, questo Tribunale ritiene che, vista la situazione del tutto particolare venutasi a creare con lo scoppio della pandemia COVID-19, con in particolare l’ordine del 16 marzo 2020 di chiusura di molte attività economiche, che ha necessitato da parte dei datori di lavoro di adottare misure immediate e la conseguente necessità di informarsi pure sul diritto alle prestazioni per lavoro ridotto, peraltro concretizzate e precisate dal Consiglio federale con due Ordinanze specifiche emesse a distanza di pochi giorni (il 20 e il 25 marzo 2020, cfr. consid. 2.2), è del tutto ragionevole che la SECO abbia concesso ai datori di lavoro un breve termine (e precisamente fino al 31 marzo 2020) per inoltrare le proprie domande di lavoro ridotto senza avere delle conseguenze negative, dal profilo della nascita del diritto alle prestazioni, riconoscendo così di fatto un motivo valido per giustificare l’annuncio tardivo (cfr. art. 58 cpv. 4 OADI). Comunque anche qualora si volesse, per pura ipotesi di lavoro, ritenere la direttiva della SECO contraria alle disposizioni dell’Ordinanza, essa andrebbe comunque applicata al fine di non discriminare i datori di lavoro ticinesi che hanno inoltrato il loro

preavviso entro il 31 marzo 2020, rispetto a quelli di altri Cantoni (i quali, come sottolinea il Tribunale amministrativo del Canton Berna nella sua sentenza del 15 ottobre 2020 al consid. 5.3., essendo avvantaggiati dall'interpretazione data dalla SECO non avevano nessun interesse a mettere in discussione la direttiva; vedi pure sul tema la citata sentenza della Corte di giustizia del Canton Ginevra del 25 giugno 2020, consid. 9c, entrambe riprodotte al precedente consid. 2.5). Nel caso concreto, siccome la RI 1 ha inoltrato la propria domanda prima del 31 marzo 2020, il diritto va dunque riconosciuto dal 17 marzo 2020, senza che sia necessario esaminare se la malattia del titolare dell'impresa e della moglie costituisca oppure no un ulteriore motivo valido per giustificare il preannuncio tardivo (cfr. consid. 2.6).

## **E. 6**

miliardi di franchi. Art. 9 1 La presente ordinanza entra retroattivamente in vigore il 17 marzo 2020. 2 Fatto salvo l'articolo 8, si applica per un periodo di sei mesi dalla data d'entrata in vigore." (Stato 17 marzo 2020) Attraverso una modifica del 25 marzo 2020, in vigore dal 26 marzo 2020 (cfr. RU 2020 1075), sono stati introdotti nell'Ordinanza gli art. 8b e 8c del seguente tenore: " Art. 8 b 1 In deroga all'articolo 36 capoverso 1 LADI e all'articolo 58 capoversi 1-4 dell'ordinanza del 31 agosto 1983 sull'assicurazione contro la disoccupazione (OAD), il datore di lavoro, se intende pretendere l'indennità di lavoro ridotto per i suoi lavoratori, non è tenuto a rispettare il termine di preannuncio prescritto. 2 Il lavoro ridotto può essere preannunciato anche per telefono. Il datore di lavoro deve confermare il preannuncio telefonico senza indugio e per scritto. Art. 8 c In deroga all'articolo 36 capoverso 1 LADI, il preannuncio dev'essere rinnovato se il lavoro ridotto dura più di sei mesi." (Doc. A5) L'art.

## **E. 9**

Contestant la date du 14 avril 2020, la recourante revendique également une égalité de traitement avec les employeurs ayant pu bénéficier de la pratique instaurée par le SECO dans la directive 2020/06 du 9 avril 2020. Dans ce contexte, elle conteste la validité de la directive qui admet le principe du versement rétroactif des indemnités RHT uniquement lorsque la demande a été déposée avant le 31 mars 2020. a. En tant qu'autorité de surveillance, le SECO a adopté des directives à l'intention des organes d'exécution en matière d'assurance-chômage. Dans sa directive 2020/06 du 9 avril 2020, le SECO a adopté une pratique selon laquelle toute demande transmise à l'autorité avant le 31 mars 2020 était considérée comme ayant été déposée le 17 mars 2020 si l'entreprise concernée avait fermé ses portes en raison des mesures de confinement prononcées dès cette date (directive précitée, p. 8). Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1). b. Le principe de l'égalité de traitement, consacré à l'art. 8 al. 1 Cst., commande que le juge traite de la même manière des situations semblables et de manière différente des situations

dissemblables (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 p. 114 et les arrêts cités). Toutefois selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut sur celui de l'égalité de traitement. Par conséquent, le justiciable ne peut généralement pas invoquer une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle l'aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas (ATF 134 V 34 consid. 9 p. 44 et les références). Cela suppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en cause. Autrement dit, le justiciable ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Encore faut-il que les situations à considérer soient identiques ou du moins comparables (ATF 126 V 390 consid. 6a p. 392, 116 V 231 consid. 4b p. 238, 115 Ia 81 consid. 2 p. 82 s. et les références citées).

c. Comme indiqué précédemment, les directives du SECO ne peuvent pas sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, elles ne peuvent pas, sauf lacunes, prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence. Dans le cas d'espèce, il ressort des considérations qui précèdent que la suppression, par le biais de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, du délai de préavis n'équivaut pas à la suppression du principe du préavis. S'il a certes fait rétroagir la suppression de ce délai au 17 mars 2020, le Conseil fédéral n'a pas prévu que les indemnités en cas de RHT pouvaient désormais être payées rétroactivement, en dérogation à l'art. 36 LACI (cf. dans le même sens Jean-Philippe DUNAND / Rémy WYLER, op. cit., let. e pp. 15 et 16). Par conséquent, en admettant la rétroactivité des demandes déposées avant le 31 mars 2020, le SECO a adopté une pratique contraire à l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités en cas de RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI. Cela étant, pour pouvoir invoquer une inégalité de traitement dans l'illégalité, il faut encore que la recourante rende vraisemblable le fait que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi et que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables. Or, la pratique contestée par la recourante ne concerne que les demandes déposées entre le 17 et le 31 mars 2020, pour lesquelles l'intimé s'est selon toute vraisemblance déjà prononcé par décision. Il paraît ainsi peu probable qu'il soit amené, à l'avenir, à se prononcer sur une demande déposée en mars. Par conséquent, on ne peut pas prévoir que l'intimé persévérera dans l'inobservation de l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. De plus, la situation de la recourante n'est pas comparable à celles visées par la pratique en vigueur. Certes, comme d'autres, la recourante a été contrainte de fermer, le 17 mars 2020, la boutique qu'elle exploitait. Cependant, contrairement aux situations prévues par la pratique du SECO, elle a attendu le

#### **E. 14**

avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO. On ne se retrouve dès lors pas dans le cas de deux employeurs ayant déposé leurs demandes respectives avant le 31 mars 2020, dont l'un aurait bénéficié de la pratique illégale du SECO alors que l'autre non. (...)” Anche il Tribunale amministrativo del Canton Berna, in una sentenza 200 20 551 ALV del 15 ottobre 2020, in particolare ai consid. 4.4 e 4.5, relativa a un caso nel quale il preannuncio era stato effettuato il 10 aprile 2020, ha sottolineato che è possibile accordare il diritto alle indennità per lavoro ridotto soltanto dal momento del preannuncio: " (...)

#### **E. 17**

marzo 2020 il diritto all'indennità per lavoro ridotto a tutti i datori di lavoro toccati dall'ordine di chiusura che avevano effettuato l'annuncio entro il 31 marzo 2020, doveva essere applicata anche alla ricorrente che era stata toccata soltanto indirettamente dagli effetti economici della pandemia COVID-19 (principio dell'uguaglianza nell'illegalità). Al riguardo il Tribunale bernese si è così espresso: " (...)

#### **E. 21**

giugno 2019 si applica il diritto anteriore. In concreto, il ricorso è del 26 gennaio 2021 per cui si applica la nuova disposizione legale. Trattandosi di prestazioni LADI, il legislatore non ha previsto di prelevare le spese.

#### **E. 45**

consid.2.3; DTF 130 V 229 consid. 2.1.; DTF 127 V 57 consid. 3a; STFA I 102/00 del 22 agosto 2000; DTF 125 V 377, consid. 1c, pag. 379 e riferimenti; SVR 1997 ALV Nr. 83 consid. 3d, pag. 252, ALV Nr. 86 consid. 2c, pag. 262, ALV Nr. 88 consid. 3c, pag. 267-268 = DLA 1998 N. 24, consid. 3c, pag. 127 e ALV Nr. 98 consid. 4a, pag. 300).

Il giudice deve, invece, scostarsene quando esse sono incompatibili con i disposti legali in esame (cfr. DTF 130 V 229 consid. 2.1.; STFA H 183/00 dell'8 maggio 2001; DTF 126 V 68 consid. 4b; DTF 125 V 379 consid. 1c e sentenze ivi citate; SVR 1997 ALV Nr. 86, consid. 2c, pag. 262, SVR 1997 ALV Nr. 88, consid. 3c, pag. 267-268 = DLA 1998 N. 24, consid. 3c, pag. 127, SVR 1997 ALV Nr. 98, consid. 4a, pag. 300; DTF 120 V 163 consid. 4b, DTF 119 V 65 consid.5a; RCC 1992 pag. 514, RCC 1992 pag. 220 consid. 16; DLA 1992 N. 5, consid. 3b, pag. 91; DTF 117 V 284 consid.4c, DTF 116 V 19 consid. 3c, DTF 114 V 16 consid. 1, DTF 112 V 233 consid.2a, DTF 110 V 267 consid. 1a, DTF 109 V 4 consid.3a; vedi inoltre Bois, "Procédures applicables aux requérants d'asile" in RSJ 1988 pag. 77 ss; Duc-Greber: "La portée de l'art. 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale" in RDS 1992 II pag. 527; Cattaneo, "Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage", Ed.Helbing & Lichtenhahn, Basilea e Francoforte sul Meno 1992, pag. 296-297).

Secondo la giurisprudenza, infatti, tramite le direttive non possono essere introdotte limitazioni ad una pretesa materiale che vadano al di là di quanto previsto da leggi e ordinanze (DTF 118 V 32, DTF 109 V 169 consid. 3b).

In una sentenza 2C\_105/2009 del 18 settembre 2009, l'Alta Corte, a proposito delle direttive, ha ricordato che:

L'art. 41 LPGA stabilisce che se il richiedente o il suo rappresentante è stato impedito, senza sua colpa, di agire entro il termine stabilito, lo stesso è restituito, sempre che l'interessato lo domandi adducendone i motivi entro 30 giorni dalla cessazione dell'impedimento e compia l'atto omesso.

Per "impedimento non colpevole" si intende, non soltanto l'impossibilità oggettiva o la forza maggiore, bensì anche l'impossibilità soggettiva che risulta da circostanze personali o da un errore scusabile. Queste circostanze devono comunque essere valutate oggettivamente. In definitiva, al richiedente non deve potere essere rimproverata una negligenza.

L'assenza di colpa deve essere manifesta (cfr. STF 8C\_666/2014 del 7 gennaio 2015 consid. 4.2.; STF 8C\_898/2009 del 4 dicembre 2009 consid.2; STFA I 393/01 del 21

novembre 2001; DTF 96 II 265 consid.1a; U. Kieser, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zurigo 1999, pag. 170 segg.; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurigo 1998, n. 151).

Deve infine essere sottolineato che l'istituto della restituzione in intero costituisce un rimedio di carattere straordinario che incide profondamente nella sicurezza del diritto, per cui occorre valutare l'adempimento dei requisiti con rigore e seguire criteri restrittivi (cfr. STF K 34/03 del 2 luglio 2003).

Nella già citata sentenza 38.2020.66 del 1° febbraio 2021 il TCA ha negato che esistessero validi motivi per accordare retroattivamente le prestazioni rilevando che:

2.7. Nel caso concreto è incontestato che il ■Preannuncio d■indennità per lavoro ridotto■ è stato effettuato il 23 marzo 2020.

La Direttiva della SECO 2020/06, riprodotta al consid. 2.3, precisa che ■in caso di richieste presentate tardivamente, la data di ricevimento del 17 marzo 2020 fa fede se l■azienda ha dovuto chiudere a seguito dei provvedimenti delle autorità e ha presentato la richiesta prima del 31 marzo 2020■.

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