CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JÁN MAZÁK
presentate il 15 aprile 2010 [1]

I — Introduzione

1. Con ordinanza 30 ottobre 2008, pervenuta in cancelleria il 15 gennaio 2009, il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) tedesco ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 76 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato e aggiornato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 [2] (in prosieguo: il «regolamento n. 1408/71») [3], e dell'art. 10 del regolamento del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, come modificato dal regolamento (CE) n. 647/2005 [4] (in prosieguo: il «regolamento n. 574/72») [5].

2. Il rinvio è stato effettuato nell'ambito di un procedimento avviato dalla sig.ra Gudrun Schwemmer, cittadina tedesca divorziata residente in Germania il cui ex marito lavora in Svizzera, contro l'Agentur für Arbeit Villingen-Schwenningen — Familienkasse (Agenzia per il lavoro di Villingen-Schwenningen — Cassa per gli assegni familiari; in prosieguo: la «Cassa per gli assegni familiari»), e vertente sul rifiuto di erogarle l'importo totale delle prestazioni familiari per due dei suoi figli.

3. Il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se, in una situazione successiva a un divorzio nella quale il padre dei minori ometta intenzionalmente di richiedere gli assegni familiari nel competente Stato di occupazione, lo Stato membro di residenza della madre debba erogare gli assegni familiari solo entro i limiti in cui l'importo dovuto in detto Stato ecceda quello degli assegni familiari spettanti al padre nello Stato di occupazione.

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — GU 1997, L 28, pag. 1.

3 — GU L 149, pag. 2.

4 — Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio 13 aprile 2005, che modifica i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, e (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 (GU L 117, pag. 1).

5 — GU L 74, pag. 1.

II — Ambito normativo

A — *Diritto comunitario*

1. Accordo tra la Comunità e la Svizzera

4. In virtù dell'allegato II all'Accordo tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, firmato a Lussemburgo il 21 giugno 1999 [6], i regolamenti nn. 1408/71 e 574/72 sono applicabili nei rapporti tra le parti di detto Accordo.

2. Regolamento n. 1408/71

5. L'art. 13 del regolamento n. 1408/71, intitolato «Norme generali», per quanto rileva ai presenti fini, dispone quanto segue in merito alla determinazione della normativa applicabile:

«1. Le persone per cui è applicabile il presente regolamento sono soggette alla legislazione di un solo Stato membro, fatti salvi gli articoli 14 quater e 14 septies. Tale legislazione è determinata in base alle disposizioni del presente titolo.

2. Con riserva degli articoli da 14 a 17:

a) la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro.

(…)».

6. L'art. 73 del regolamento n. 1408/71, intitolato «Lavoratori subordinati o autonomi i cui familiari risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato competente», così recita:

«Il lavoratore subordinato o autonomo soggetto alla legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro, alle prestazioni

6 — GU 2002, L 114, pag. 6.

familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se risiedessero nel territorio di questo (…)».

7. L'art. 75, n. 2, di detto regolamento dispone quanto segue:

«(…) se le prestazioni familiari non sono destinate al mantenimento dei familiari da parte della persona a cui devono essere erogate, l'istituzione competente eroga le suddette prestazioni, con effetto liberatorio, alla persona fisica o giuridica che ha effettivamente a carico i familiari, a richiesta e tramite l'istituzione del luogo in cui risiedono o l'istituzione designata o l'organismo determinato a tal fine dall'autorità competente del paese di residenza».

8. L'art. 76 del regolamento n. 1408/71, che stabilisce le norme di priorità in caso di cumulo dei diritti a prestazioni familiari a norma della legislazione dello Stato competente e della legislazione dello Stato membro di residenza dei familiari, così dispone:

«1. Quando, nel corso dello stesso periodo, per lo stesso familiare ed a motivo dell'esercizio di un'attività professionale, determinate prestazioni familiari sono previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio i familiari risiedono, il diritto alle prestazioni familiari dovute a norma della legislazione di un altro Stato membro, all'occorrenza in applicazione dell'articolo 73 o 74, è sospeso a concorrenza dell'importo previsto dalla legislazione del primo Stato membro.

2. Se non viene inoltrata una richiesta di prestazioni nello Stato membro nel cui territorio i familiari risiedono, l'istituzione competente dell'altro Stato membro può applicare le disposizioni del paragrafo 1 come se fossero erogate prestazioni nel primo Stato membro».

3. Regolamento n. 574/72

9. L'art. 10, n. 1, del regolamento n. 574/72, intitolato «Norme applicabili ai lavoratori subordinati o autonomi in caso di cumulo dei diritti a prestazioni o assegni familiari», prevede quanto segue:

«a) Il diritto alle prestazioni o assegni familiari dovuti ai sensi della legislazione di uno Stato membro, per la quale l'acquisizione del diritto a dette prestazioni od assegni non è subordinata a condizioni di assicurazione o di occupazione od attività subordinata o autonoma, è sospeso quando, durante lo stesso periodo e per il medesimo familiare, sono dovute prestazioni ai sensi della sola legislazione nazionale di un altro Stato membro oppure in applicazione degli articoli 73, 74, 77 e 78 del regolamento [n. 1408/71],

ed a concorrenza dell'importo di dette prestazioni.

b) Se, tuttavia, un'attività professionale è esercitata nel territorio del primo Stato membro:

i) nel caso delle prestazioni dovute ai sensi della sola legislazione nazionale di un altro Stato membro oppure ai sensi degli articoli 73 o 74 del regolamento [n. 1408/71], dalla persona che ha diritto alle prestazioni familiari o dalla persona a cui sono versate, è sospeso il diritto alle prestazioni o assegni familiari dovuti ai sensi della sola legislazione nazionale di detto altro Stato membro oppure ai sensi di detti articoli fino a concorrenza dell'importo degli assegni familiari previsti dalla legislazione dello Stato membro sul cui territorio risiede il membro della famiglia. Le prestazioni versate dallo Stato membro sul cui territorio risiede il membro della famiglia sono a carico di questo stesso Stato membro;

(…)».

B — *Normativa nazionale*

10. In Germania, il diritto agli assegni familiari è disciplinato dagli artt. 62 e 63 della legge relativa alle imposte sui redditi (Einkommensteuergesetz; in prosieguo: l'«EStG»).

11. L'art. 62, n. 1, punto 1, dell'EStG dispone:

«Ai sensi della presente legge ha diritto agli assegni familiari, per i figli di cui all'art. 63, chi abbia la propria residenza o la propria dimora abituale in Germania».

12. L'art. 63, n. 1, punto 1, recita:

«Si considerano figli quelli definiti come tali nell'art. 32, n. 1».

13. L'art. 32, n. 1, punto 1, così prevede:

«Sono figli i discendenti di primo grado del soggetto passivo».

14. L'art. 65, n. 1, dell'EStG dispone che non ha diritto agli assegni familiari chi abbia

diritto o avrebbe diritto, facendone domanda, agli assegni familiari in un altro Stato.

17. Con decreto 21 marzo 2006, la Cassa per gli assegni familiari fissava per entrambi i figli, a partire dal gennaio 2006, assegni familiari per un importo parziale di EUR 44,25 per ciascun figlio, nella misura in cui gli assegni familiari tedeschi, pari a EUR 154,00, erano superiori alla prestazione familiare spettante al padre in Svizzera, pari a EUR 109,75 per ciascun figlio.

III — Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

15. Come risulta dall'ordinanza di rinvio, la sig.ra Schwemmer vive in Germania con due dei suoi figli, nati nel 1992 e nel 1995. Nel 2005 essa ha avviato un'attività lavorativa autonoma nel campo dei servizi di amministrazione di condomini, di portierato e di pulizia. A partire dal maggio 2006 ha svolto un'attività lavorativa subordinata di minore entità alle dipendenze di un'impresa. Nel periodo controverso la sig.ra Schwemmer ha versato volontariamente contributi alla Deutsche Rentenversicherung (Istituto nazionale per le pensioni tedesco; in prosieguo: la «DRV») e al regime legale di assicurazione contro i rischi di malattia e invalidità presso la Deutsche Angestelltenkrankenkasse (Cassa malattia tedesca degli impiegati; in prosieguo: la «DAK»).

16. Il padre dei minori, divorziato dalla sig.ra Schwemmer nel 1997, lavora in Svizzera. Egli non ha richiesto le prestazioni familiari cui ha diritto in forza della legge svizzera, per un importo di EUR 109,75 per figlio.

18. La Cassa per gli assegni familiari, con parere confermato dal Finanzgericht (commissione tributaria) a seguito di relativa impugnazione, riteneva che, per quantificare il diritto agli assegni familiari della sig.ra Schwemmer, si dovesse fare riferimento alle norme sul cumulo di prestazioni contenute nei regolamenti nn. 1408/71 e 574/72. Dal momento che la sig.ra Schwemmer non avrebbe svolto un'attività lavorativa nell'accezione di cui all'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72, il diritto alle prestazioni familiari in Svizzera prevarrebbe, ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. a), del medesimo regolamento, sul diritto tedesco agli assegni familiari. Secondo il Finanzgericht e la Cassa per gli assegni familiari, a norma dell'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 — applicabile in via analogica — nessun rilievo avrebbe l'effettiva fruizione delle prestazioni familiari in Svizzera. La discrezionalità concessa dalla detta disposizione potrebbe essere interpretata esclusivamente nel senso che solo in casi eccezionali motivati si dovrebbe presumere che nello Stato di occupazione non vengano concesse prestazioni familiari e che, conseguentemente, lo Stato di residenza sia tenuto a corrispondere l'intero importo delle stesse.

19. Nel procedimento dinanzi al giudice del rinvio la sig.ra Schwemmer si oppone a questa tesi, sostenendo che le spetti l'intero importo degli assegni familiari in Germania già solo per l'attività lavorativa da essa ivi svolta. A parere della sig.ra Schwemmer, i lavoratori che svolgano un'attività lavorativa di minima entità dovrebbero essere equiparati ai lavoratori soggetti all'obbligo di iscrizione ad un regime assicurativo. In ogni caso, il padre dei minori non avrebbe presentato intenzionalmente alcuna domanda di prestazioni familiari in Svizzera, lo Stato di occupazione competente, al fine di arrecarle un danno. Tale situazione non sarebbe prevista dall'art. 10, n. 1, del regolamento n. 574/72.

20. Il giudice del rinvio afferma che, nella causa sulla quale è chiamato a pronunciarsi, il problema del cumulo dei diritti a prestazioni familiari deve essere risolto in base all'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72, dal momento che, a suo parere, la sig.ra Schwemmer non ha svolto in Germania un'attività lavorativa nell'accezione di cui all'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del medesimo regolamento. A tal riguardo, il giudice del rinvio osserva che, secondo il tenore letterale dell'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72, il diritto agli assegni familiari nello Stato di residenza è sospeso solo qualora siano dovute prestazioni familiari nello Stato di occupazione. Nella specie, tuttavia, non sono dovute le prestazioni familiari dallo Stato di occupazione, dato che, in Svizzera, esse possono essere erogate solo qualora ne sia stata fatta domanda e il padre dei minori, pur avendo diritto alle prestazioni in questione, non le ha richieste.

21. Inoltre, il giudice del rinvio nutre dubbi sulla questione se, nella causa dinanzi ad esso pendente, l'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 debba essere applicato per analogia, come sostenuto dalla sig.ra Schwemmer.

22. In tali circostanze, il Bundesfinanzhof ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1. Se la disciplina di cui all'art. 76, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, sia applicabile per analogia all'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, nei casi in cui il genitore avente diritto non richieda le prestazioni familiari a lui spettanti nello Stato in cui svolge un'attività lavorativa.

2. Qualora l'art. 76, n. 2, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, sia applicabile per analogia: sulla base di quali valutazioni di carattere discrezionale l'organismo competente per le prestazioni familiari dello Stato di residenza possa applicare l'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, come se fossero erogate prestazioni nello Stato di svolgimento dell'attività lavorativa. Se la discrezionalità nel presupporre l'ottenimento di prestazioni familiari nello Stato di svolgimento dell'attività lavorativa possa essere limitata nel caso in cui l'avente diritto intenzionalmente non richieda le prestazioni familiari a lui spettanti in tale Stato al fine di danneggiare

la persona avente diritto alle prestazioni per figli a carico nello Stato di residenza».

IV — Analisi giuridica

A — *Principali argomenti delle parti*

23. Nella presente causa hanno presentato osservazioni scritte i governi lituano ed austriaco e la Commissione europea. La sig.ra Schwemmer, il governo tedesco e la Commissione hanno partecipato all'udienza del 10 febbraio 2010.

24. Secondo gli argomenti svolti dalla sig.ra Schwemmer in udienza, essa dovrebbe essere considerata rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 1 del regolamento n. 1408/71, sebbene abbia svolto solo un'attività lavorativa di minima entità e non fosse coperta dall'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione come richiesto dal punto I, parte E, dell'allegato I al medesimo regolamento, allegato non pertinente in questo contesto. Inoltre, a parere della sig.ra Schwemmer, l'art. 75, n. 2, del regolamento n. 1408/71 si applicherebbe per analogia a circostanze come quelle del caso di specie, in cui una persona che svolga un'attività lavorativa in un altro Stato membro non abbia chiesto né percepito le prestazioni destinante al sostentamento dei familiari interessati.

25. Il governo tedesco osserva che, ai sensi dell'art. 65 dell'EstG, non è ravvisabile alcun diritto a prestazioni familiari in Germania qualora sussista un diritto a prestazioni equiparabili in un altro Stato membro. Inoltre, nel caso della sig.ra Schwemmer, non sorgerebbe alcun diritto del genere neppure in forza del regolamento n. 1408/71, dato che, ai sensi del punto I, parte E, dell'allegato I di detto regolamento, non sarebbe applicabile il capitolo 7 del titolo III del regolamento n. 1408/71. Per contro, l'art. 10 del regolamento n. 574/72 si applicherebbe, in linea di principio, alla situazione della sig.ra Schwemmer, ancorché essa non abbia esercitato un'attività lavorativa ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), di detto regolamento. Pertanto, la Svizzera sarebbe competente in via principale all'erogazione delle prestazioni familiari.

26. Quanto all'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71, il governo tedesco afferma che tale disposizione deve essere applicata per analogia e che, conseguentemente, si può ritenere che le prestazioni in questione siano state erogate in Svizzera. Il governo tedesco suggerisce, tuttavia, che, per risolvere situazioni di questo tipo, in cui un genitore rifiuti di chiedere le prestazioni familiari, si dovrebbe fare ricorso all'art. 75, n. 2, del medesimo regolamento.

27. Anche il governo lituano ritiene che l'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 sia applicabile nelle circostanze del caso all'esame

del giudice del rinvio, disciplinate dall'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72, e che, pertanto, sia irrilevante la questione se le prestazioni in questione siano state chieste o meno. Detto governo sostiene che la correttezza di questo approccio sia confermata dall'obiettivo principale del regime istituito con i regolamenti nn. 1408/71 e 574/72, consistente nell'impedire il cumulo di prestazioni. Una diversa interpretazione, inoltre, contrasterebbe con il principio secondo cui gli oneri nel settore della previdenza sociale devono essere ripartiti adeguatamente tra gli Stati membri [7] e sarebbe peraltro di difficile applicazione pratica, dati i limiti cui è tuttora soggetto lo scambio delle necessarie informazioni tra gli Stati membri.

28. Per quanto riguarda la seconda questione, il governo lituano suggerisce che, considerata la discrezionalità che l'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 sembra conferire agli Stati membri, spetti alle autorità competenti decidere, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, se detta disposizione debba essere applicata e si possa quindi ritenere che le prestazioni in questione siano state erogate nell'altro Stato membro.

7 — In tale contesto, il governo lituano richiama le sentenze 20 settembre 2001, C-184/99, Grzelczyk (Racc. pag. I-6193, punto 44), e 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar (Racc. pag. I-2119, punti 56 e segg.).

29. A parere del governo austriaco, sarebbe impossibile, sulla base delle informazioni fornite dal giudice del rinvio, considerare la sig.ra Schwemmer alla stregua di un lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 1408/71, in combinato disposto con il punto l, parte E, dell'allegato I di detto regolamento, o quale persona che eserciti un'attività lavorativa ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72.

30. Il governo austriaco sostiene, invece, che in una fattispecie del genere, in linea di principio, sia applicabile l'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71, essendo tale disposizione intesa, in generale, ad impedire un'inversione delle competenze, a detrimento dello Stato membro competente solo in via subordinata, unicamente in ragione del fatto che si sia intenzionalmente omesso di chiedere la prestazione. Pertanto, sarebbe irrilevante la circostanza che l'ex marito della sig.ra Schwemmer abbia deliberatamente omesso di chiedere gli assegni familiari e che l'abbia fatto per causarle un danno.

31. Tuttavia, poiché tale interpretazione condurrebbe, come il governo austriaco riconosce, ad un risultato piuttosto insoddisfacente, occorrerebbe esaminare se le norme sul cumulo di diritti si applichino illimitatamente a genitori divorziati o separati. Nella causa a qua si potrebbe ragionevolmente sostenere che il regolamento n. 1408/71 non sia applicabile nel suo complesso, dovendo essere il padre considerato separato dai figli e non potendo essere, pertanto, ritenuto quale membro della famiglia ai sensi del regolamento. Di

conseguenza, il diritto alle prestazioni familiari dovrebbe essere esaminato unicamente in base alla normativa dello Stato membro di residenza.

32. La Commissione osserva che l'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 si applica solo se è soddisfatta la condizione di cui all'art. 76, n. 1, di detto regolamento, vale a dire, solo se le prestazioni familiari vengono erogate dallo Stato membro di residenza a motivo dell'esercizio di un'attività professionale. Poiché la sig.ra Schwemmer non è un lavoratore subordinato ai sensi del punto I, parte E, dell'allegato I al regolamento n. 1408/71 ed esula, quindi, dall'ambito di applicazione ratione materiae di detto regolamento, l'art. 76, n. 2, del regolamento, in linea di principio, non sarebbe applicabile nei suoi confronti.

33. In ogni caso, a parere della Commissione, non si ravviserebbe alcuna lacuna tale da giustificare l'applicazione per analogia dell'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71. Ciò premesso, la Commissione ricorda inoltre che, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto a prestazioni di cui all'art. 76 del regolamento n. 1408/71 non può essere sospeso qualora le prestazioni non siano dovute nello Stato membro di cui trattasi in quanto non ricorrano i presupposti ai quali la normativa di detto Stato subordina l'effettiva erogazione delle prestazioni medesime, quale la condizione che ne sia stata previamente fatta domanda [8]. Benché tale principio sia stato formulato in cause nelle quali non era stata presentata domanda nello Stato di residenza, esso andrebbe applicato anche nel caso in cui le prestazioni non siano state richieste nello Stato di occupazione.

34. La Commissione osserva inoltre che, a norma dell'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72, il diritto alle prestazioni familiari viene sospeso solo nel caso in cui dette prestazioni siano dovute nello Stato di occupazione. A suo parere, poiché il padre non ha chiesto le prestazioni familiari cui ha diritto in Svizzera e poiché, conseguentemente, non ricorrono tutte le condizioni cui è subordinata l'erogazione di tali prestazioni, queste ultime non gli sarebbero «dovute» ai sensi della menzionata disposizione, nello Stato di occupazione. Pertanto, non sarebbe ravvisabile neppure un cumulo di diritti.

35. Inoltre, secondo la Commissione, non sembra applicabile l'art. 10, n. 1, lett. b), del regolamento n. 574/72, dato che la sig.ra Schwemmer non esercita un'attività lavorativa in Germania.

36. Infine, la Commissione suggerisce che le autorità tedesche avrebbero potuto evitare l'accollo integrale dell'onere degli assegni familiari facendo ricorso all'art. 75, n. 2, del regolamento n. 1408/71.

8 — Sentenze 13 novembre 1984, causa 191/83, Salzano (Racc. pag. 3741, punto 10); 23 aprile 1986, causa 153/84, Ferraioli (Racc. pag. 1401, punto 15), e 4 luglio 1990, causa C-117/89, Kracht (Racc. pag. I-2781, punto 18).

B — *Valutazione*

37. Con le questioni pregiudiziali, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se, ai sensi delle norme contro il cumulo di diritti enunciate all'art. 76 del regolamento n. 1408/71 e all'art. 10 del regolamento n. 574/72, il diritto agli assegni familiari dovuti in forza della normativa dello Stato membro in cui un genitore sia residente con i figli di cui trattasi possa essere (parzialmente) sospeso in una situazione, come quella di cui deve conoscere il giudice del rinvio, nella quale l'ex coniuge, l'altro genitore dei figli in questione, avrebbe diritto ad assegni familiari in forza della normativa dello Stato in cui svolga la sua attività lavorativa, ma di fatto non li percepisca avendo deliberatamente omesso di farne domanda.

38. Si deve preliminarmente rilevare, in primo luogo, che è pacifico che gli assegni familiari controversi soddisfino le condizioni cui è subordinata la qualifica di «prestazioni familiari» ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. h), del regolamento n. 1408/71 [9]. Tale regolamento è quindi applicabile ratione materiae alla situazione in esame.

39. Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'applicabilità ratione personae del regolamento n. 1408/71, è pacifico che, in ogni caso, l'ex marito della sig.ra Schwemmer esercita in Svizzera, suo paese di residenza, un'attività lavorativa in qualità di «lavoratore subordinato» ai sensi dell'art. 1, lett. a), di detto regolamento.

40. Pertanto, in tale contesto, non è necessario dimostrare che anche la sig.ra Schwemmer può essere considerata un lavoratore subordinato ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 1408/71, in combinato disposto con il punto I, parte E, dell'allegato I, dato che, ai sensi dell'art. 2 del medesimo regolamento e della giurisprudenza della Corte, il regolamento n. 1408/71 è applicabile, in linea di principio, anche alle situazioni dei familiari o, come nella specie, degli ex coniugi di lavoratori subordinati o autonomi [10].

41. A tal riguardo, poiché il regolamento n. 1408/71 si applica anche a situazioni susseguenti a un divorzio [11], non si può affermare — contrariamente a quanto sostenuto dal governo austriaco — che la situazione della sig.ra Schwemmer potrebbe essere considerata meramente interna e totalmente esclusa dall'ambito di applicazione di detto regolamento in ragione del fatto che il padre dei

9 — Cfr., in tale contesto, sentenza 20 maggio 2008, causa C-352/06, Bosmann (Racc. pag. I-3827), che riguardava anch'essa prestazioni familiari tedesche.

10 — In tal senso v., inter alia, sentenze 3 febbraio 1983, causa 149/82, Robards (Racc. pag. 171, punto 15); 5 marzo 1998, causa C-194/96, Kulzer (Racc. pag. I-895, punto 32), e 5 febbraio 2002, causa C-255/99, Humer (Racc. pag. I-1205, punto 42).

11 — In tal senso, v. anche sentenza 26 novembre 2009, causa C-363/08, Slanina (Racc. pag. I-11111, punto 30).

minori in questione è divorziato dalla sig.ra Schwemmer e separato dai loro figli.

42. Si deve quindi rilevare che il regolamento n. 1408/71 è applicabile ratione materiae e ratione personae ad una situazione come quella della sig.ra Schwemmer, che passo ora ad esaminare alla luce delle disposizioni applicabili dei regolamenti nn. 1408/71 e 574/72.

43. Per quanto riguarda le prestazioni familiari, l'art. 73 del regolamento n. 1408/71 prevede che un lavoratore subordinato o autonomo soggetto alla normativa dello Stato membro A deve avere diritto, per i membri della sua famiglia residenti nello Stato membro B, alle prestazioni familiari previste dalla normativa dello Stato A, come se fossero residenti nello Stato A. Lo scopo di tale disposizione consiste, per l'appunto, nel garantire ai familiari residenti in uno Stato membro diverso dallo Stato membro A l'erogazione delle prestazioni familiari previste dalla normativa vigente [12].

44. Pertanto, come rilevato dal giudice del rinvio e mai contestato nel procedimento dinanzi al medesimo, il diritto alle prestazioni familiari per i figli della sig.ra Schwemmer deriva, in linea di principio, in forza dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71, dalla normativa svizzera, Stato in cui il suo ex marito svolge la propria attività lavorativa.

45. D'altro canto, si deve rilevare che in Germania, dove risiede con i due figli, la sig.ra Schwemmer ha diritto agli assegni familiari tedeschi per i propri figli, dato che, secondo la normativa tedesca, le prestazioni sono dovute in base alla residenza in Germania sia del genitore sia dei figli di cui trattasi [13].

46. Pertanto, dato che tale diritto alle prestazioni familiari può essere esercitato in forza sia della normativa dello Stato di residenza della sig.ra Schwemmer sia della normativa dello Stato di occupazione e di residenza del suo ex marito, la controversia deve essere esaminata alla luce delle disposizioni contro il cumulo di diritti enunciate all'art. 76 del regolamento n. 1408/71 e all'art. 10 del regolamento n. 574/72.

12 — Sentenze 10 ottobre 1996, cause riunite C-245/94 e C-312/94, Hoever e Zachow (Racc. pag. I-4895, punto 32), e Humer, cit. alla nota 10 (punto 39).

13 — A mio parere, sotto questo aspetto è irrilevante che, come sostenuto dal governo tedesco all'udienza, l'art. 65 dell'EStG escluda qualsiasi diritto agli assegni familiari in Germania qualora siano dovute prestazioni equivalenti in un altro Stato membro. È evidente che tale disposizione è intesa a risolvere conflitti di competenza o, più specificamente, ad evitare il cumulo di diritti a prestazioni familiari. Di per sé, esso costituisce l'equivalente in diritto nazionale dei regolamenti nn. 1408/71 e 574/72 e deve essere interpretato ed applicato, dato il primato del diritto comunitario, in conformità di detti regolamenti. Accogliere l'argomento dedotto dal governo tedesco e tenere conto dell'art. 65 dell'EStG per stabilire se la sig.ra Schwemmer abbia diritto, in linea di principio, agli assegni familiari previsti dalla normativa tedesca equivarrebbe, in un certo senso, a capovolgere il rapporto tra i regolamenti e il diritto nazionale.

47. A tal riguardo si deve osservare, anzitutto, che l'art. 76 del regolamento n. 1408/71 intende risolvere il cumulo di diritti a prestazioni familiari dovute, da un lato, a norma dell'art. 73 del medesimo regolamento e, dall'altro, a norma della legislazione dello Stato di residenza del membro della famiglia che ha diritto a prestazioni familiari per lo svolgimento di un'attività lavorativa [14].

48. Tuttavia, poiché l'erogazione degli assegni familiari tedeschi controversi dipende unicamente dalla residenza in Germania e non è prevista in ragione dell'esercizio di un'attività lavorativa, l'art. 76 del regolamento n. 1408/71 non è pertinente nel caso in esame.

49. Per contro, l'art. 10 del regolamento n. 574/72 si riferisce ai casi in cui sussiste un rischio di cumulo del diritto risultante dall'art. 73 del regolamento n. 1408/71 col diritto a percepire prestazioni familiari, in applicazione della normativa interna dello Stato di residenza, che viene riconosciuto a prescindere dall'esercizio di un'attività lavorativa [15].

50. Risulta quindi che, nella specie, la disposizione anticumulo applicabile è l'art. 10 del regolamento n. 574/72.

51. L'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72 prevede in particolare che, qualora le prestazioni familiari siano dovute nello Stato di residenza a prescindere da condizioni di assicurazione o di occupazione, tale diritto è sospeso quando siano dovute prestazioni ai sensi dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71.

52. Pertanto, secondo detta disposizione, le prestazioni versate dallo Stato del luogo di lavoro prevalgono sulle prestazioni versate dallo Stato di residenza, che sono di conseguenza sospese [16].

53. Tuttavia, qualora la persona avente diritto alle prestazioni familiari in questione, o la persona cui tali prestazioni vengono erogate, eserciti anche un'attività lavorativa nello Stato membro di residenza, l'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72 inverte l'ordine di priorità a favore della competenza di tale Stato membro, in quanto prevede la sospensione del diritto alle prestazioni

14 — V. sentenze 7 giugno 2005, causa C-543/03, Dodl e Oberhollenzer (Racc. pag. I-5049, punto 53), e Slanina, cit. alla nota 11 (punto 36).

15 — Cfr. sentenza Dodl e Oberhollenzer, cit. alla nota 14 (punto 54).

16 — V., inter alia, sentenza 9 dicembre 1992, causa C-119/91, McMenamin (Racc. pag. I-6393, punto 17).

nello Stato di svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71 [17].

54. Ne consegue che, qualora risultasse dimostrato che la sig.ra Schwemmer ha svolto in Germania, Stato di residenza, un'attività lavorativa ai sensi dell'art. 10, n.1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72, come la stessa sig.ra Schwemmer ha sostenuto nel procedimento a quo, essa avrebbe comunque diritto all'intero importo delle prestazioni familiari tedesche.

55. Tuttavia, secondo quanto accertato dal giudice del rinvio, tale ipotesi non ricorre nel caso di specie, anzitutto perché la sig.ra Schwemmer non può essere considerata un lavoratore «subordinato» o «autonomo» ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 1408/71, in combinato disposto con il punto I, parte E, dell'allegato I al medesimo regolamento, non essendo coperta da un'assicurazione obbligatoria e non soddisfacendo, pertanto, uno dei requisiti previsti dal detto allegato in relazione alla Germania.

56. A tal riguardo, all'udienza dinanzi alla Corte è stata sollevata la questione se, contrariamente a quanto sembra presumere il giudice del rinvio, si possa ritenere che la sig.ra Schwemmer — vista l'attività autonoma nel campo dei servizi di amministrazione di condomini, di portierato e di pulizia da essa svolta nel 2005 e l'attività di lavoro subordinato di minima entità da essa esercitata a partire dal 2006 — svolga un'attività lavorativa ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72, pur senza poter essere considerata quale lavoratore «subordinato» o «autonomo» ai sensi dell'art. 1 del regolamento n. 1408/71, in combinato disposto con il punto I, parte E, dell'allegato I al medesimo regolamento.

57. A mio parere, tuttavia, la Corte non può risolvere la questione sollevata nella presente causa semplicemente sulla base di questa ipotesi. Quand'anche il giudice del rinvio dovesse rivedere la propria interpretazione della nozione di «attività professionale» utilizzata all'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72, esso dovrebbe comunque accertare se tali condizioni siano effettivamente soddisfatte nel caso della sig.ra Schwemmer. Inoltre, alla luce della risposta che, a mio avviso, occorre dare alle questioni sollevate, non mi sembra necessario tenere conto di tale elemento [18].

58. Pertanto, supponendo che la sig.ra Schwemmer non abbia svolto alcuna attività lavorativa ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. b), punto i), del regolamento n. 574/72, si deve esaminare se, conformemente all'art. 10, n. 1, lett. a), del medesimo regolamento, gli assegni familiari dovuti nello Stato di residenza debbano essere sospesi nelle circostanze

17 — V., inter alia, sentenze McMenamin, cit. alla nota 16 (punto 17), e Bosmann, cit. alla nota 9 (punto 22).

18 — V. infra, paragrafo 65.

concrete della causa a qua, in cui l'ex marito ha diritto, in forza dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71, a prestazioni familiari equiparabili nello Stato in cui svolge la sua attività professionale, ma dette prestazioni non vengono effettivamente erogate non essendone stata fatta domanda.

59. A tal riguardo, si deve rilevare che, nelle sentenze Salzano [19], Ferraioli [20] e Kracht [21], la Corte ha già avuto occasione di esaminare il caso opposto, vale a dire la questione se le prestazioni dovute nello Stato di svolgimento dell'attività lavorativa ai sensi dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71 debbano essere sospese in una situazione nella quale non siano state richieste e, quindi, non siano state effettivamente erogate prestazioni equiparabili dovute nello Stato di residenza. La Corte ha dichiarato che la sospensione delle prestazioni non interviene nello Stato membro competente — nei casi di specie, lo Stato di svolgimento dell'attività lavorativa — qualora le prestazioni non siano state erogate nell'altro Stato membro interessato, non ricorrendo tutti i requisiti prescritti dalla normativa di detto Stato membro per poter effettivamente fruire delle suddette prestazioni, tra cui il requisito della previa presentazione di una domanda [22].

60. Pertanto, nelle suddette cause, la Corte ha proceduto sulla base del principio secondo cui i diritti derivanti dall'art. 73 del regolamento n. 1408/71 devono essere sospesi solo nel caso in cui le prestazioni vengano effettivamente erogate nello Stato di residenza [23]. Benché tale approccio sia stato adottato in relazione al cumulo di prestazioni disciplinato dall'art. 76 del regolamento n. 1408/71, ritengo che non vi sia alcun motivo per il quale non si debba adottare il medesimo approccio nel caso di specie, in cui la situazione è disciplinata dall'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72 e sussiste un diritto alle prestazioni nello Stato di svolgimento dell'attività lavorativa, ma tali prestazioni non sono state effettivamente erogate in quanto non ne è stata fatta domanda.

61. È vero che, successivamente ai fatti delle cause sopra richiamate, l'art. 76 è stato modificato includendovi un nuovo n. 2, secondo cui lo Stato membro di svolgimento dell'attività lavorativa può sospendere il diritto alle prestazioni familiari qualora non sia stata inoltrata una richiesta di prestazioni nello Stato membro di residenza e, di conseguenza, da tale Stato non venga erogata alcuna prestazione.

19 — Cit. alla nota 8.
20 — Cit. alla nota 8.
21 — Cit. alla nota 8.
22 — V., in tal senso, sentenze Salzano, cit. alla nota 8; Ferraioli, cit. alla nota 8 (punto 14), e Kracht, cit. alla nota 8 (punti 11 e 18).
23 — V. anche sentenza McMenamin, cit. alla nota 16 (punto 26).

62. Non è invece stata adottata alcuna norma del genere nel caso dell'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72. In tale contesto si deve rilevare che, nella sentenza Kracht, la Corte ha rifiutato di riconsiderare la giurisprudenza sopra richiamata alla luce della nuova versione dell'art. 76 del regolamento n. 1408/71, sebbene il nuovo n. 2 (ancorché non ancora applicabile) fosse già stato adottato. La Corte ha osservato, inter alia, che la sua precedente interpretazione dell'art. 76 di detto regolamento era conforme all'obiettivo del Trattato di istituire la libera circolazione dei lavoratori [24]. Inoltre, in tale contesto, la Corte ha respinto argomenti, analoghi a quelli dedotti nella presente causa, secondo cui deve essere preclusa al titolare ogni possibilità di scelta, o qualsiasi modificazione della ripartizione degli oneri finanziari tra gli Stati membri [25].

63. Ciò premesso, non appare opportuno applicare la norma enunciata all'art. 76, n. 2, del regolamento n. 1408/71 per analogia con l'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72, disposizione controversa nel caso di specie [26].

64. Infine, un approccio in base al quale, in circostanze come quelle in esame, non venga sospeso il diritto alle prestazioni nello Stato membro di residenza è conforme alla giurisprudenza secondo cui una norma intesa ad evitare il cumulo di prestazioni familiari — quale l'art. 10, n. 1, lett. a), del regolamento n. 574/72 — non deve essere applicata in modo tale da privare senza motivo gli interessati di un diritto a prestazioni loro conferito dalla normativa di uno Stato membro [27].

65. Da tutte le suesposte considerazioni discende che le questioni sollevate dal giudice nazionale devono essere risolte dichiarando che l'art. 76 del regolamento n. 1408/71 e l'art. 10 del regolamento n. 574/72 devono essere interpretati nel senso che il diritto ad assegni familiari dovuti ai sensi della normativa dello Stato membro in cui uno dei genitori risieda con i figli interessati non deve essere sospeso in una situazione come quella di cui alla causa principale, in cui l'ex coniuge, l'altro genitore, avrebbe diritto, in forza dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71, a prestazioni familiari ai sensi della normativa dello Stato in cui svolga la propria attività lavorativa, ma di fatto non fruisca di tali prestazioni non avendone fatto domanda.

24 — V. sentenza Kracht, cit. alla nota 8 (punti 12-14).

25 — V. sentenza Kracht, cit. alla nota 8 (punti 12 e 13).

26 — Allo stesso modo, non sono convinto che l'art. 75, n. 2, del regolamento n. 1408/71, che si riferisce a situazioni in cui «non viene inoltrata una richiesta» di prestazioni dalla persona che ha effettivamente a carico i membri della famiglia di cui trattasi ai fini del loro mantenimento, sia applicabile per analogia in circostanze come quelle di specie, in cui le prestazioni familiari in questione non sono state richieste né, di conseguenza, percepite.

27 — In tal senso v., segnatamente, sentenza 19 febbraio 1981, causa 104/80, Beeck (Racc. pag. 503, punto 12).

V — Conclusione

66. Alla luce di quanto sopra, propongo di risolvere nei termini seguenti le questioni sollevate dal Bundesfinanzhof:

«L'art. 76 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97, e l'art. 10 del regolamento (CE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, come modificato dal regolamento (CE) n. 647/2005, devono essere interpretati nel senso che il diritto ad assegni familiari dovuti ai sensi della normativa dello Stato membro in cui uno dei genitori risieda con i figli interessati non deve essere sospeso in una situazione come quella di cui alla causa principale, in cui l'ex coniuge, l'altro genitore, avrebbe diritto, in forza dell'art. 73 del regolamento n. 1408/71, ad assegni familiari ai sensi della normativa dello Stato in cui svolga la propria attività lavorativa, ma di fatto non fruisca di tali prestazioni non avendone fatto domanda».