



CANTON DE FRIBOURG / KANTON FREIBURG

Tribunal cantonal
Kantonsgericht

605 2009-326

Arrêt du 28 octobre 2011

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

COMPOSITION Président suppléant : Christoph Rohrer
 Assesseurs : Bruno Kaufmann, Jean-Marc Kuhn
 Greffière-stagiaire : Séverine Grüber Gacond

PARTIES **A.** _____, **recourante**, représentée par Me B. _____, avocat

contre

**CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE L'ORDRE DES AVOCATS
FRIBOURGEOIS, autorité intimée**

OBJET Allocations familiales cantonales

Recours du 21 septembre 2009 contre la décision sur opposition du
19 août 2009

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. A._____, née en 1963, mariée avec B._____, mère de deux enfants, C._____, née en 1992, et D._____, né en 1997, a saisi, le 4 juin 2009, la Caisse d'allocations familiales de l'ordre des avocats fribourgeois (ci-après: la Caisse), à Bulle, d'une demande d'allocations familiales en faveur de ses enfants. Elle y indique travailler, depuis le 1^{er} janvier 2009, dans l'étude d'avocat de Me B._____, à E._____, à temps partiel et de manière irrégulière, touchant ainsi un salaire brut de 8'000 francs par an.

Par décision du 1^{er} juillet 2009, la Caisse a nié le droit de A._____ à des allocations familiales au motif que, en vertu de l'art. 3 let. c de la loi cantonale du 26 septembre 1990 sur les allocations familiales cantonales (LAFc; RSF 836.1), l'employeur du propre conjoint n'est pas soumis à ladite loi et que, partant, les salaires versés au conjoint n'étant pas soumis à la contribution sur les allocations familiales, le droit aux prestations devait être également nié. Cette décision a été confirmée le 19 août 2009, après réclamation de la requérante représentée par son conjoint, Me B._____, avocat à E._____.

B. Contre la décision sur réclamation du 19 août 2009, A._____, continuant à être représentée par l'avocat précité, interjette recours de droit administratif le 21 septembre 2009 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal. Elle conclut à l'annulation de la décision attaquée, à l'octroi des allocations litigieuses ainsi qu'à l'octroi d'une équitable indemnité. A l'appui de ses conclusions, elle fait valoir pour l'essentiel que l'art. 3 let. c LAFc viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 Cst.) en introduisant la distinction entre un salarié conjoint de l'employeur ou un salarié qui ne le serait pas. Une telle distinction serait en outre incompatible avec la Constitution fédérale (art. 8 sur l'égalité de traitement, art. 9 sur l'interdiction de l'arbitraire).

Dans ses observations du 26 octobre 2009, la Caisse propose le rejet du recours, tout en se référant à la motivation contenue dans la décision initiale et dans la décision querellée. Elle relève de plus que, dans le catalogue étoffé de compétences laissées aux cantons par la LAFam, il est prévu à l'art. 17 al. 2 let. b que ces derniers édictent des dispositions nécessaires pour: "l'affiliation aux caisses et l'enregistrement des personnes assujetties selon l'art. 11, al. 1". Il appartient au tribunal de déterminer si le maintien du non-assujettissement de "*l'employeur du propre conjoint*" dans la loi fribourgeoise, adaptée à la LAFam et avalisée à l'unanimité par le Grand Conseil, est contraire au droit fédéral.

Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties.

Il sera fait état des arguments, développés par elles à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

e n d r o i t

1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par une requérante directement touchée par la décision attaquée et dûment représentée, le recours est recevable.
2. La recourante, juriste de formation, indique dans son mémoire avoir été engagée par son mari afin d'effectuer du travail de secrétariat. Cela n'est pas contesté. Il n'est pas contesté non plus que l'Etude d'avocat B._____ qui la défend dans la présente procédure est dûment affiliée auprès de la Caisse intimée, c'est-à-dire auprès de la Caisse d'allocations familiales de l'ordre des avocats fribourgeois (voir décision de la Caisse intimée du 1^{er} juillet 2009, première phrase).

En l'espèce, la question litigieuse est celle de savoir si la recourante, en qualité d'employée à temps partiel à l'Etude d'avocat de son époux, a droit à des allocations familiales pour ses deux enfants à partir du 1^{er} janvier 2009, conformément à sa demande du 4 juin 2009.

3. a) aa) La loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (LAFam; RS 836.2), est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Ratione temporis, la LAFam qui a entraîné de nombreuses modifications de la loi cantonale du 26 septembre 1990 sur les allocations familiales cantonales (LAFc; RSF 836.1) est donc applicable en l'espèce.

Aux termes de l'art. 2 LAFam, les allocations familiales sont des prestations en espèces, uniques ou périodiques, destinées à compenser partiellement la charge financière représentée par un ou plusieurs enfants. Elles comprennent l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle (cf. art. 3 al. 1 LAFam).

bb) La LAFam règle dans son chapitre 3, section 1, notamment l'assujettissement (cf. art. 11 LAFam), le régime d'allocations familiales applicable (cf. art. 12 LAFam), le droit aux allocations familiales (cf. art. 13 LAFam) des salariés exerçant une activité lucrative non agricole ainsi que les compétences des cantons (cf. art. 17 LAFam).

Selon l'art. 11 LAFam, sont assujettis à cette loi: a. les employeurs tenus de payer des cotisations au titre de l'art. 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS); b. les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations selon l'art. 6 LAVS (al. 1). Ont qualité de salariés ceux qui sont considérés comme tels par la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (al. 2).

Selon l'art. 17 al. 2, 2^{ème} et 3^{ème} phrase LAFam, sous réserve et en complément de la présente loi, en tenant compte également des structures organisationnelles et de la procédure régissant l'AVS, les cantons édictent les dispositions nécessaires. Ils règlent en particulier: ... b. l'affiliation aux caisses et l'enregistrement des personnes assujetties selon l'art. 11, al. 1.

cc) Enfin, l'art. 26 al. 1 LAFam oblige les cantons à adopter leur régime d'allocations familiales jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi et à édicter les dispositions d'exécution conformément à l'art. 17. Les art. 17 et 26 LAFam sont entrés en vigueur de manière anticipée le 1^{er} mars 2007 (art. 29 al. 3 LAFam) en corrélation avec l'arrêté du Conseil fédéral du 31 octobre 2007 (RO 2008 140).

b) Conformément aux dispositions susmentionnées, le Grand Conseil du canton de Fribourg a adapté la législation cantonale dans sa séance du 8 octobre 2008. L'art. 3 LAFC, qui règle les exceptions à l'assujettissement et dont le principe est régi par l'art. 2 LAFC, n'a pas fait l'objet de révision ni de discussions (voir message n° 87 du Conseil d'Etat au Grand Conseil du 19 août 2008, le projet de la loi modifiant la loi sur les allocations familiales du 19 août 2008 et le débat parlementaire, *dans*: bulletin officiel des séances du Grand Conseil, 2008 II, p. 1744-1751, p. 1899-1913). L'art. 3 let. c LAFC a la teneur suivante:

" Ne sont pas soumis à la présente loi :

(...)

c) l'employeur du propre conjoint".

4. Tandis que la recourante fait valoir que l'art. 3 let. c LAFC viole à la fois le principe de la force dérogatoire du droit fédéral et ceux de l'égalité de traitement ainsi que de l'interdiction de l'arbitraire en introduisant une distinction entre un salarié conjoint de l'employeur ou un salarié qui ne le serait pas, la Caisse intimée fonde son argumentation sur cette disposition de la LAFC et sur l'art. 17 al. 2 lit b. LAFam, partant, sur la compétence laissée aux cantons d'édicter des dispositions nécessaires pour l'affiliation des personnes assujetties selon l'art. 11 al. 1 LAFam. Elle avance, à juste titre, que l'art. 3 let. c LAFC a été adopté, le 8 octobre 2008, par le Grand Conseil fribourgeois, à l'unanimité.

5. a) Selon l'art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Ce principe constitutionnel de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales, qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de manière exhaustive (ATF 135 I 106 consid. 2.1, 134 I 269 consid. 6.2 et les références citées). Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral peut être invoqué en tant que droit constitutionnel individuel (ATF 134 I 125 consid. 2.1, 133 I 286 consid. 3.1, arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 8C_931/2009 du 7 mai 2010 consid. 6.1).

b) aa) La LAFam est une loi cadre (voir arrêt du Tribunal fédéral dans la cause 9C_720/2008 du 7 décembre 2009 consid. 5.1). La Confédération y règle en l'essentiel le droit substantiel (en particulier le genre des allocations familiales et le montant minimal d'allocation, cf. art. 3 et 5; les enfants donnant droit aux allocations, cf. art. 4; le cercle des ayants-droits, cf. art. 11, 13, 19). Cependant, l'exécution de la loi reste en principe la tâche des cantons, notamment l'organisation, la surveillance et le financement (voir U. KIESER / M. REICHMUTH, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar, 2010, note 6 ss ad art. 17, note 6 ad art. 26). Les cantons jouissent d'une grande liberté de réglementation dans l'exécution de leur tâche (voir arrêt du TF dans la cause 8C_931/2009, confirmé par l'arrêt du TF 8C_9/2011 du 30 juin 2011 consid. 5.2). Cette liberté n'est restreinte que ponctuellement, p. ex. par l'assujettissement de tous les employeurs sans possibilité de dispense (voir U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 6 ad art. 17). Ainsi, les cantons règlent sur la base de l'art. 17 LAFam ce qu'ils ont à régler (voir arrêt du TF dans la cause 8C_1054/2008 du 5 mai 2009 consid. 5.2.2). Ils sont

toutefois tenus à respecter les prescriptions minimales de la LAFam (cf. U. KIESER/ K. SANER, Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG) - Eine kritische Einführung, dans: RSAS 51/2007 p. 419) ne pouvant ainsi pas formuler des conditions plus restrictives (cf. U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 13 ad art. 21). Ainsi et à teneur de l'art. 21, sous réserve et en complément à la LAFam, ils doivent édicter les dispositions nécessaires, entre autre pour l'enregistrement des personnes assujetties selon l'art. 11 al. 1 LAFam et leurs affiliations aux caisses (cf. art. 17 al. 2 let. b LAFam), notamment des employeurs tenus de payer des cotisations au titre de l'art. 12 LAVS (voir U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 30 ad art. 17).

bb) Le texte légal de l'art. 11 al. 1 LAFam est au moins clair dans ce sens que les employeurs tenus de payer des cotisations au titre de l'art. 12 LAVS ainsi que les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations selon l'art. 6 LAVS sont assujettis, mais pas les indépendants (voir U. Kieser, SZS 51/2007 p. 430; AB 2006 N 246). Se pose la question, en l'espèce, si l'employeur du propre conjoint fait part des personnes assujetties selon l'art. 11 al. 1 LAFam. Dans l'affirmative, l'art. 3 let. c LAFC serait en fait contraire au droit fédéral.

Dans son commentaire, MARCO REICHMUTH répond de manière affirmative à cette question ("Beim Arbeitgeber kann es sich um den selbständigerwerbenden Ehegatten bzw. dessen Einzelunternehmen handeln", dans: U. KIESER / M. REICHMUTH, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar, Zurich et St. Galle 2010, note 18 ad l'art. 13). Il est d'avis que l'art. 3 let. c LAFC, resté "*par erreur*" dans la loi cantonale fribourgeoise adaptée, est contraire au droit fédéral (op. cit., note 11 ad art. 11). Il réserve toutefois le cas d'abus de droit (op. cit. note 20 ad art. 13). Vu que selon l'art. 26 al. 3 LAFam, les dispositions d'exécution cantonales ne doivent qu'être portées à la connaissance des autorités fédérales mais pas approuvées par ces dernières, des normes d'exécution "*possiblement*" contraires au droit fédéral, par exemple l'art. 3 let. c LAFC, ne surprendraient pas (op. cit. note 20 s. ad art. 26). UELI KIESER et KASPAR SANER ont fait des réflexions similaires (voir U. KIESER/ K. SANER, op. cit., p. 432 s). Ils indiquent à juste titre que, contrairement à la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture du 20 juin 1952 (LFA; RS 836.1), la LAFam ne contient pas de disposition explicite par rapport à l'assujettissement du conjoint qui travaille auprès de son propre conjoint. Vu, de plus, que certaines législations cantonales excluent ou excluait le conjoint travaillant par des dispositions explicites, on ne pouvait pas non plus déduire, par une simple interprétation de la LAFam, qu'un conjoint travaillant pour son propre conjoint serait exclu du cercle des personnes assujetties à la LAFam par principe. Reste toutefois réservé le cas d'abus de droit (voir op. cit. p. 432 s.).

cc) A l'appui de leur position, les auteurs précités avancent de plus le principe de l'égalité de traitement.

Selon l'art. 8 al. 1 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Selon la jurisprudence, une loi viole le principe de l'égalité lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente (ATF 129 I 346). Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 129 I 113 consid. 5.1 avec renvoi). L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale

ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 131 I 394 consid. 4.2 et les références citées). Dans ce cadre constitutionnel et en respectant l'interdiction de l'arbitraire, le législateur dispose d'une grande liberté de réglementation.

En application du principe constitutionnel de l'égalité de traitement, plusieurs cantons avaient supprimé, déjà avant l'entrée en vigueur de la LAFam, la clause de l'exclusion du conjoint salarié de l'autre conjoint (ainsi AG et BS), parfois suite à un arrêt rendu par le Tribunal cantonal compétent y relatif (ainsi SO, voir AHI 1997 270; TG, voir TVR 1990 30; TI, voir AHI 2004 155; et UR, voir SVR 2005 KZ Nr. 1; voir M. REICHMUTH, op. cit., note 19 ad Art. 13). UELI KIESER mentionne à juste titre que le législateur profite d'une large liberté réglementaire dans la poursuite de buts légalopolitiques, mais qu'il serait quand même lié de ne pas établir des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler (cf. BGE 129 I 268). Il rend attentif au fait que le nouveau droit du mariage, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1988, laisse la liberté aux conjoints de convenir de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise (cf. art. 163 al. 2 CC). La conclusion d'un contrat de travail entre époux est possible (cf. art. 165 al. 3 CC). L'assujettissement à la LAFam présuppose que le conjoint travaillant comme indépendant est tenu de payer des cotisations au titre de l'art. 12 LAVS (cf. l'art. 11 al. 1 let. a LAFam). Le conjoint travaillant dans l'entreprise de son conjoint est en principe réputé travailleur, sous la condition que l'aide prêtée dépasse le devoir d'assistance des époux de la famille selon l'art. 163 al. 2 CC (cf. dans le même sens: SVR 3/2005 KZ n° 1 consid. 4); des cotisations AVS doivent ainsi être payées (cf. art. 5 Abs. 2/3 LAVS et art. 14 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 [RS 831.101; RAVS]). Il résulte de ce qui précède que le conjoint qui emploie l'autre conjoint dans sa propre entreprise est réputé employeur au sens de l'art. 11 al. 1 let. a LAFam (cf. U. Kieser / K. Saner, op. cit., p. 433).

Ainsi il n'y aurait aucun motif raisonnable pour traiter de manière inégale une salariée conjointe de l'employeur ou une salariée qui ne serait pas la conjointe de l'employeur ou une autre salariée du conjoint employeur. Un traitement inégal ne saurait toutefois pas se fonder sur le fait du mariage entre l'employée et l'employeur, aussi longtemps que le travail réalisé par la conjointe ne l'est pas en exécution du devoir d'assistance des époux de la famille selon le CC. Et dans la mesure où le CC ouvre explicitement la possibilité aux conjoints de passer un contrat de travail pour la collaboration de l'un dans l'exploitation de l'autre, il n'y aurait pas non plus de raisons pertinentes de les défavoriser par rapport aux prestations sociales y résultant. Cela devrait même être admis dans le cas où l'assujettissement à une branche d'assurance sociale était le but de la conclusion du contrat de travail (cf. SVR 3/2005 KZ Nr. 1 consid. 6b).

dd) Or, à teneur de l'art. 11 al. 1 LAFam, les employeurs (non agricoles) tenus de payer des cotisations au titre de l'art. 12 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10; LAVS) sont assujettis à la LAFam. Selon l'art. 12 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse, à des personnes obligatoirement assurées, une rémunération au sens de l'art. 5, al. 2 (al. 1). Sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans leur ménage des personnes obligatoirement assurées (al. 2). Les personnes assujetties à la présente loi sont tenues de s'affilier à une caisse de compensation pour allocations familiales dans le canton dont le régime d'allocations familiales leur est applicable (art. 12 al. 1 LAFam). Les employeurs sont assujettis au

régime d'allocations familiales du canton dans lequel l'entreprise a un siège, ou à défaut d'un tel siège, de leur canton de domicile (art. 12 al. 2, 1^{ère} phr., LAFam). Le devoir d'affiliation est valable pour toutes les personnes assujetties (cf. art. 12 al. 1 LAFam), sans possibilité de dispense (cf. BBI 1999 3228 et 3233: allgemeine und umfassende Anschlusspflicht). L'affiliation comprend tous les salariés employés (cf. BBI 2004 6907; FF 2004 6479; U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 14 ss et 18 ad art. 12).

De plus, à teneur de l'art. 11 al. 2 LAFam, ont qualité de salariés ceux qui sont considérés comme tels par la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants. Déterminant est ainsi le salaire selon l'art. 5 al. 2 LAVS. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Le choix du salaire déterminant comme critère pertinent a pour conséquence que par exemple des conjoints collaborant dans l'entreprise de l'autre ont également droit aux allocations familiales - si les autres conditions sont remplies - (cf. U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 22 ad art. 11). Et l'art. 13 al. 1, 1^{ère} et 2^{ème} phr. LAFam, statue que les salariés au service d'un employeur assujetti qui sont obligatoirement assurés à l'AVS à ce titre ont droit aux allocations familiales. Les prestations sont réglées par le régime d'allocations familiales du canton visé à l'art. 12, al. 2. Le droit naît et expire avec le droit au salaire. A droit aux allocations la personne qui paye des cotisations AVS sur un revenu annuel provenant d'une activité lucrative et correspondant au minimum à la moitié du montant annuel de la rente de vieillesse complète minimale (art. 13 al. 3, 3^{ème} phr., LAFam; le revenu annuel minimal était de 6'840 francs en 2009, la rente de vieillesse complète minimal de l'AVS étant de 1'140 francs par mois selon l'échelle 44 valable du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2010). Par conséquent, le conjoint collaborant dans l'exploitation de l'autre a droit aux allocations familiales, si ces conditions sont remplies. Les salaires ainsi versés aux conjoints font l'objet de cotisation (cf. art. 23 LAFC).

Il en résulte de tout ce qui précède, comme la recourante le relève à juste titre, que la disposition cantonale excluant l'employeur du propre conjoint des personnes assujetties, est manifestement contraire au droit fédéral (voir aussi U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 22 ad art. 11 et note 19 ad art. 13; des dispositions du droit cantonal contraires ont dû être abrogées notamment concernant les conjoints collaborant dans l'exploitation de l'autre, op. cit., note 22 ad art. 11), le législateur cantonal ne pouvant pas restreindre le cercle des assujettis défini dans la LAFam. Force est donc de constater qu'en respect du principe de la primauté de droit fédéral (art. 49 Cst.), l'art. 3 let. c LAFC ne peut pas être appliquée en l'espèce. L'argument avancé par la Caisse que la révision (partielle, voir bulletin des séances du Grand Conseil, 2008 II, p. 1744), avec le maintien de l'art. 3 let. c LAFC, a été adoptée le 8 octobre 2008 par le Grand Conseil par 94 voix contre 0, n'y change rien. Ainsi démontré, cet article n'était pas inclus dans le projet de la loi modifiant la loi sur les allocations familiales et n'a pas fait de discussion lors des débats devant le Grand Conseil. De plus, comme la recourante le relève, depuis l'entrée en vigueur de la LAFam, aucune législation d'un autre canton prévoit encore une telle exception (voir: www.ahv-iv.info/fz/00286/00293/index.html?lang=fr > législation en matière d'allocations familiales online).

En résumé, le droit aux allocations familiales ne peut pas être refusé par le motif qu'il s'agit du conjoint collaborant dans l'entreprise de l'autre. Fait exception le cas d'un abus de droit.

6. Aux termes de l'art. 2 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi (al. 1) et l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (al. 2). Un abus de droit peut être réalisé lorsqu'une institution juridique est utilisée dans un but étranger à celui qui est le sien (ATF 132 I 249 consid. 5, 126 I 165 consid. 3b, 125 V 307 consid. 2d; voir aussi ATF 134 V 162 consid. 2 in fine). L'abus de droit serait réalisé si le conjoint - sans travailler - figure dans le compte de gestion (voir U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 47 ad art. 7 [ohne Arbeitstätigkeit "mitabgerechneter" Ehegatte]). Par contre, s'il travaille sans toucher un salaire en espèces, il est considéré comme personne sans activité lucrative (voir op. cit., note 46 ad art. 19). Il aurait droit aux allocations familiales selon les conditions fixées à l'art. 19 LAFam.

a) Malgré le fait que l'art. 3 let. d LAFC a été introduit pour éviter les difficultés liées à la qualification d'employeur ou de salarié d'un conjoint par rapport à l'autre (cf. message n° 163 accompagnant le projet de loi sur les allocations familiales du 22 août 1989, dans: bulletin officiel des séances du Grand Conseil, 1990 I, p. 185), qui relève du droit de l'AVS, la Caisse avance de plus l'argument que l'exclusion de l'employeur du propre conjoint du cercle des personnes assujettis à la LAFC aurait pour but évident de mettre un frein à ce qui constituerait un abus caractéristique par la déclaration d'un salaire minimal au conjoint dans le seul but d'obtenir des allocations familiales. Sans cette exception, la brèche serait ouverte pour la déclaration d'un salaire annuel (fictif) de seulement quelque 7'000 francs qui permettrait, pour quelques francs de contributions, d'obtenir des allocations complètes sachant que, d'une part, pour l'instant le conjoint indépendant ne participe pas au financement sur son propre revenu et que, d'autre part, le régime des allocations familiales est exclusivement financé par le patronat.

b) Le Conseil national était conscient que le non-assujettissement des travailleurs indépendants contient un risque d'abus par rapport au conjoint collaborant dans l'exploitation de l'autre (voir AB 2005 N 1572 f.; Protokoll der SGK-NR vom 27. Juni 2005 S. 27; voir U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., introduction note 84). Cependant, afin de ne pas mettre en danger le projet entier de la loi, le Conseil national s'est finalement rallié à la position du Conseil des Etats qui ne voulait pas assujettir les travailleurs indépendants à la LAFam (voir AB 2006 N 98, AB 2006 N 245 f. ; BBl 2009 5993).

Les éléments dans le dossier ne permettent pas au Tribunal cantonal d'examiner si, dans le cas d'espèce, il y a abus de droit. Sur la base du dossier, rien ne permet en fait de savoir si la recourante, affiliée obligatoirement à l'AVS (cf. art. 1a al. 1 LAVS), peut effectivement être considérée comme travailleur au sens de l'art. 11 al. 2 LAFam, si elle a en effet repris une activité lucrative auprès de l'Etude de son conjoint, affiliée auprès de la Caisse intimée, et si elle touche, comme elle le prétend dans sa demande à la Caisse, effectivement un salaire minimal selon l'art. 13 al. 3, phr. 3^{ème}, LAFam. De plus, les indications données y concernant dans le formulaire de la demande prévu à l'art. 20 al. 2 LPGa apparaissent comme approximatives, étant donné que la demanderesse mentionne travailler à temps partiel "variable". Il s'impose ainsi de renvoyer la cause à l'autorité intimée pour complément d'instruction sur les faits au sens des considérants. L'application des dispositions légales en matière d'AVS auxquelles renvoie la LAFam peut être vérifiée par le contrôle (périodique) des employeurs affiliés prévu à l'art. 68 al. 2 LAVS (voir aussi SVR 3/2005 KZ Nr. 1 consid. 4d), cela dans le but de vérifier si le conjoint travaillant comme indépendant ne se limite pas tout simplement à établir pro forma un décompte de salaire suffisant pour sa conjointe recourante (voir U. KIESER / M. REICHMUTH, op. cit., note 20 ad art. 13; voir aussi AHV-Praxis 1993 13 consid. 4c: Selon le devoir de collaborer, il incombe à l'ayant droit de prouver au moins la date et le

montant des versements de salaire déterminant allégués). Si les conditions légales sont remplies, elle a droit aux allocations familiales, même si elle aurait repris l'activité avec le seul but d'obtenir des allocations familiales (voir aussi SVR 3/2005 KZ Nr. 1 consid. 6b).

Partant, le recours doit être admis au sens des considérants et la décision querellée annulée.

7. a) En application du principe de la gratuité de la procédure valant en la matière (art. 41 let. a LPGA, applicable par le renvoi à l'art. 1 LAFam), il n'est pas perçu de frais de justice.

b) La recourante qui obtient gain de cause s'est fait représenter par son époux, avocat à Bulle. Selon la jurisprudence (ATF 110 V 132 consid. 4d; VSI 2000 p. 337 consid. 5 non publié aux ATF 125 V 408), l'avocat qui agit dans sa propre cause peut exceptionnellement prétendre à une indemnité pour l'activité personnelle qu'il a déployée ainsi que pour sa perte de temps ou de gain. Il en va de même pour des avocats pratiquant la représentation en justice et ayant un intérêt propre au sort du litige (cf. ATF 128 V 236 consid. 5 et les exemples cités). Ces conditions, qui doivent être remplies cumulativement, ne sont pas remplies dans le cas d'espèce. En effet, il ne s'agit pas d'une affaire complexe portant sur un objet litigieux élevé et nécessitant beaucoup de temps. Le mémoire du recours est de cinq pages, accompagné d'un extrait du bulletin officiel des séances du Grand Conseil (volume 1990), et d'un extrait internet d'une page, intitulé "Des allocations familiales aussi pour les indépendants". Aussi, le représentant a manifestement un intérêt propre à l'octroi des prestations litigieuses en vue d'une diminution de sa propre charge financière par rapport à l'entretien de ses enfants. Partant, les conditions pour allouer une indemnité à la recourante, représentée par son époux avocat, ne sont pas réunies en l'espèce.

I a C o u r a r r ê t e :

I. Le recours du 21 septembre 2009 est admis et la décision sur opposition du 19 août 2009 annulée.

Partant, la cause est renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué d'indemnité de partie.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Givisiez, le 28 octobre 2011/cro

La Greffière-stagiaire :

Le Président suppléant :

Communication.