Guide de la CEDEF pour la pratique juridique

La Convention CEDEF et sa procédure internationale de communication
Conseils utiles et informations pratiques pour les avocat·e·s
Un outil en ligne de la CFQF : www.comfem.ch > Publications

Partie 4
Exemples types tirés de la pratique du barreau et de la jurisprudence

Argumentation juridique pour la pratique

Obligations d'agir des autorités

Les dispositions de la CEDEF ont force obligatoire pour les autorités suisses. Elles obligent les pouvoirs législatifs et les autorités chargées d'appliquer le droit à agir concrètement (voir à ce sujet l'ATF 137 I 305, commenté en détail dans la partie 5).

Application dans les cas concrets

Les dispositions de la CEDEF, dans la mesure où il est possible de les considérer comme étant justiciables, peuvent être invoquées directement devant les autorités administratives et judiciaires dans des cas concrets. Même si les tribunaux et l'administration rejettent l'applicabilité directe des dispositions de la CEDEF, il n'en reste pas moins qu'il convient d'en tenir compte pour interpréter les normes fédérales et cantonales (au niveau de la Constitution, de la loi et de l'ordonnance) en conformité avec le droit international (pour les détails, voir la partie 3 du guide). Les dispositions de la CEDEF, précisées par les recommandations générales et par la jurisprudence du Comité CEDEF dans le cadre de la procédure de communication (« constatations »), peuvent fournir des arguments juridiques de poids pour concrétiser les engagements découlant de l'interdiction de la discrimination dans des cas d'espèce.

Les rapports nationaux adressés au Comité CEDEF et les observations finales afférentes du comité peuvent également être utiles pour argumenter dans des procédures judiciaires ou administratives, en particulier lorsqu'il s'agit de démontrer que des groupes déterminés de femmes sont en butte à des discriminations structurelles ou qu'il existe des pratiques (indirectement) discriminatoires.

Recours internationaux

Enfin, la procédure de communication au Comité CEDEF offre la possibilité d'interjeter recours (« présenter une communication » selon la terminologie officielle) contre des décisions prises en dernière instance par des autorités suisses. Il est néanmoins important de bien soupeser les différentes possibilités de protection juridictionnelle ouvertes au niveau international. Dans certains domaines, il conviendra de privilégier un recours devant la CEDH (voir la partie 6 du guide).

Importance pour la pratique

Il est rare que les tribunaux suisses se réfèrent expressément à la Convention CEDEF dans leur jurisprudence et il n'y a pas lieu de penser que la pratique judiciaire et administrative évoluera dans l'immédiat. Néanmoins, un nombre croissant d'avocat·e·s utilisent la convention pour renforcer leur argumentation dans différents domaines du droit. De plus, les avocat·e·s qui, dans un cas d'espèce, envisagent une procédure de communication individuelle auprès du Comité CEDEF devront invoquer les dispositions de la Convention CEDEF dans leur argumentation dès la première instance. Dans le cas contraire, le comité risque de considérer que la condition de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas remplie et, donc, de rejeter le recours sans l'examiner au fond.

Exemples concrets

Les 16 exemples types proposés dans la présente partie sont inspirés de la pratique du barreau dans un certain nombre de domaines juridiques. A l'exception des cas 1, 3 et 8, qui se rapportent à des arrêts du Tribunal fédéral, les exemples reposent sur des faits fictifs. Ils exposent succinctement les normes suisses applicables, indiquent les dispositions pertinentes de la Convention CEDEF et donnent un exemple d'argumentation juridique utilisant la convention. Ils ont pour but d'aider les avocat·e·s à exploiter concrètement le potentiel argumentatif de la convention dans leur travail.

Contenu

Exemple type 1 : Vie professionnelle – Admissibilité des quotas

Exemple type 2 : Vie professionnelle – Exclusion d'une candidate de la procédure de nomination

Exemple type 3 : Vie professionnelle – Egalité salariale

Exemple type 4 : Vie professionnelle – Harcèlement sexuel sur le lieu de travail

Exemple type 5 : Vie professionnelle – Dispense de travailler pour cause de maternité

Exemple type 6 : Droit des assurances sociales – Calcul de la rente AI sur la base du revenu hypothétique

Exemple type 7 : Droit matrimonial – Calcul du revenu hypothétique en cas de séparation et de divorce

Exemple type 8 : Droit matrimonial – Calcul des contributions d'entretien selon le droit de la famille, partage du déficit

Exemple type 9 : Droit matrimonial – Constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce

Exemple type 10 : Droit matrimonial – Partage des biens matrimoniaux en

cas de divorce

Exemple type 11 : Violence domestique – Devoirs de protection et preuve des violences

Exemple type 12 : Violence domestique – Devoirs de protection des sans-papiers

Exemple type 13 : Droit des étrangers – Droit de séjour et intégration

Exemple type 14 : Droit des étrangers – Droit de séjour et intégration professionnelle

Exemple type 15 : Traite des femmes – Protection des victimes de la traite des femmes

Exemple type 16 : Droit d'asile – Persécution fondée sur le sexe

---

Exemple type 1 : Vie professionnelle
Admissibilité des quotas

Faits

Dans le cadre d'un programme fédéral d'encouragement de la relève dans les universités cantonales dont l'objectif déclaré est d'attribuer 40% des postes de relève à des femmes (programme qui touchait à sa fin), l'Université de Fribourg a mis au concours le poste de maître-assistante ou professeure associée de la Faculté de droit en indiquant qu'il était destiné exclusivement à des femmes. T.B. a présenté sa candidature bien qu'il soit de sexe masculin, raison pour laquelle son dossier n'a pas été pris en considération par la commission d'évaluation. Il a donc interjeté recours devant le Tribunal administratif puis le Tribunal fédéral pour violation du principe de l'égalité des sexes (cf. ATF 131 II 361).

Droit suisse applicable

Le Tribunal administratif avait estimé que les quotas féminins reposaient sur une base légale suffisante et qu'ils étaient conformes au principe de la proportionnalité. Le Tribunal fédéral ne l'a pas suivi. Se plaçant sous l'angle de l'art. 8, al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.), il s'est demandé si la réservation de postes à des femmes respectait le principe de l'égalité des sexes énoncé dans cette disposition constitutionnelle. Suite à l'arrêt sur l'initiative populaire uranaise demandant des quotas féminins pour les élections (ATF 125 I 21), il a rappelé que l'art. 8, al. 3, phr. 2 Cst. concerne non seulement les mesures positives pouvant être prises par le législateur pour créer les « conditions de base nécessaires à l'égalité des chances entre les sexes » (« Gleichheit der Startbedingungen »), mais aussi les mesures qui tendent à obtenir une « égalité de résultat » (« Ergebnisgleichheit ») (consid. 5.3.). La « tension » (« Spannungsfeld ») pouvant naître de ce fait

entre l'égalité formelle (art. 8, al. 3, phr. 1 Cst.) et l'égalité matérielle (art. 8, al. 3, phr. 2 Cst.) doit être résolue selon le principe de la concordance pratique, c'est-à-dire en procédant à une pesée des intérêts tenant compte de toutes les circonstances concrètes, y compris la possibilité de prendre des mesures moins incisives.

Selon le Tribunal fédéral, les quotas féminins sont en principe admissibles dans la mesure où ils sont de nature à réaliser le but poursuivi (concrètement un rééquilibrage entre les sexes), où ils constituent le moyen le plus modéré possible pour atteindre ce but et où ils apparaissent comme appropriés au vu des intérêts en jeu. Le tribunal a mis en doute que le fait de réserver une mise au concours à des femmes soit conforme au principe de la proportionnalité parce que cela revient à établir un quota fixe, mais il n'a pas tranché. En revanche, il a estimé que, faute de loi au sens formel, il n'existait pas de base légale suffisante pour exclure les candidatures masculines. Pour le Tribunal fédéral, l'art. 8, al. 3, phr. 2 Cst. contient un mandat à l'adresse du législateur. C'est donc à ce dernier qu'il appartient d'ordonner des mesures relatives à l'égalité matérielle ; des bases légales du niveau de l'ordonnance sont insuffisantes à elles seules. De même, l'interprétation historique conclut à l'absence de base légale suffisante dans l'art. 3, al. 3 LEg, qui prévoit que des mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes, que ce soit dans des rapports de travail de droit privé ou de droit public, ne constituent pas une discrimination. Le Tribunal fédéral a donc rejeté l'opinion du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), invité à prendre position en qualité d'*amicus curiae*. Le BFEG avait soutenu que l'art. 8, al. 3, phr. 1 Cst. imposait de réaliser l'égalité matérielle, raison pour laquelle la mesure pouvait se fonder directement sur cette disposition constitutionnelle.

Argumentation basée sur la CEDEF

Pour la pratique suisse, c'est l'art. 8 Cst. qui constitue le point de départ : il contient une interdiction de discrimination à l'al. 2 et, à l'al. 3, une interdiction de fonder une différence sur le sexe (phr. 1) et une obligation de promouvoir l'égalité entre les sexes (phr. 2). L'interdiction de la discrimination ancrée dans la Convention CEDEF protège les femmes contre les discriminations (art. 1) et impose aux Etats parties d'assurer l'égalité dans les faits, notamment en pratiquant une politique active en faveur de l'égalité et en mettant en œuvre des mesures de promotion des femmes (en particulier art. 2 et 3). L'art. 4, al. 1 CEDEF stipule que les *mesures spéciales* (unilatérales) adoptées pour une *durée limitée* pour *accélérer* l'instauration de l'égalité de fait entre les femmes et les hommes ne constituent *pas une discrimination* à l'encontre des personnes à qui elles ne bénéficient pas.

Pour viser ou atteindre l'égalité de fait entre les sexes, il faut donc interpréter l'obligation de pourvoir à l'égalité instaurée à l'art. 8, al. 3 Cst. de manière asymétrique, en liaison avec l'art. 8, al. 2 Cst. ainsi qu'avec les art. 1 et 4, al. 1 CEDEF. Cela a les implications suivantes :

- Non seulement l'asymétrie est autorisée en vertu de la Convention CEDEF, mais elle peut être nécessaire pour instaurer l'égalité de fait dans un domaine (cf. teneur de l'art. 4, al. 1 CEDEF).

- L'instauration de rapports équilibrés entre les sexes dans l'éducation, la formation, la recherche et la vie professionnelle, c'est-à-dire l'objectif poursuivi par la mesure contestée, obéit à des normes ancrées dans le droit international (art. 2 et 3 CEDEF) et dans le droit constitutionnel (art. 8, al. 2 et 3 Cst.). Cette mesure contribue ainsi à mettre en œuvre un principe d'équité crucial, raison pour laquelle on peut dire qu'un intérêt public prépondérant est en jeu.

- A l'intérêt public prépondérant qualifié (de l'université, du public, du système éducatif) s'ajoute l'intérêt des femmes à ne pas être discriminées dans les faits, en tant qu'individus et en tant que groupe. Ce double intérêt s'oppose à l'intérêt de l'homme concerné dans le cas d'espèce car il ne bénéficie pas de la mesure de promotion de l'égalité. Les intérêts que l'on peut invoquer ici forment non pas une constellation bipolaire simple, mais une constellation multipolaire.

- Cette interprétation de l'art. 8, al. 3 Cst. est cohérente avec la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 8, al. 2 Cst. appliquée aux ressortissants étrangers et aux personnes handicapées (cf. ATF 129 I 232, consid. 3.4.1, avec renvois, mais aussi ATF 129 I 217, 129 I 392, consid. 3.2.2, 126 II 377, 130 I 352, consid. 6.1.2). Il faut que les intérêts protégés par la norme soient pris en considération dans la pesée des intérêts. La cohérence de cette interprétation de l'interdiction de la discrimination offre un argument intrinsèque et systématique à faire valoir.

- Favoriser les femmes suppose que l'on défavorise les hommes à titre individuel, ce qui peut créer un conflit multipolaire opposant différents droits fondamentaux. Mais cela ne constitue pas nécessairement une discrimination envers les hommes concernés qui revêt un caractère important et pertinent sur le plan juridique. En cas de conflit multipolaire, il faut mettre dans la balance l'intérêt public qualifié que représente la promotion des femmes (concernant les critères à appliquer, lire KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 3e éd., Berne 2018, p. 455 s.).

- A cela s'ajoute que la mesure spéciale ordonnée était temporaire. Elle visait un objectif d'égalité concret (40%) par un moyen efficace, c'est-à-dire déployant des effets relativement rapides et durables (admission de candidatures féminines uniquement).

La mesure remplit donc les critères exposés à l'art. 4, al. 1 CEDEF pour ne pas avoir le caractère d'une discrimination pertinente en droit envers les candidats masculins.

Il faut relever que l'art. 4, al. 1 CEDEF renforce l'art. 3, al. 3 LEg, applicable

aux rapports de travail de droit public. Cette disposition doit elle aussi être interprétée conformément à la Convention CEDEF.

Mais même une conception asymétrique de l'interdiction de la discrimination donne aux hommes la latitude de contester des mesures temporaires spéciales en invoquant le **principe général de l'égalité des droits** (art. 8, al. 1 Cst.). Au regard de ce principe, des inégalités de traitement sont admissibles lorsqu'elles reposent sur des motifs objectifs sérieux et lorsqu'elles sont proportionnelles. En l'espèce, limiter aux femmes l'accès aux postes de relève mis au concours par l'université reposait sur un intérêt public qualifié et donc indubitablement sur un motif objectif valable. Par conséquent, la mise au concours de postes réservés aux femmes (« quota ») ne violait pas le principe général de l'égalité de l'art. 8, al. 1 Cst. tant que l'atteinte qu'elle induit ne doit pas être considérée comme disproportionnée.

On peut discuter de la question de savoir s'il faut une **base légale formelle** pour ordonner la mesure (temporaire) spéciale, comme l'estime le Tribunal fédéral. Les dispositions de la convention ne sont qu'indirectement pertinentes pour cette discussion. Selon l'art. 36 Cst., qui vise les libertés fondamentales, toute restriction d'un droit fondamental doit (entre autres) être fondée sur une base légale. Mais l'exigence d'une loi au sens formel s'applique uniquement aux restrictions graves ; pour les restrictions légères, il suffit d'une base légale au sens matériel. Si l'on étend cette nuance à la garantie de l'égalité des droits, il faut moduler l'exigence d'une base légale en fonction de l'importance des raisons qui président à l'inégalité de traitement due à des mesures spéciales et donc, entre autres facteurs, en fonction de la durée d'exclusion des hommes prévue par ces mesures. On notera que, selon la pratique de l'instance suprême, il est des circonstances dans lesquelles l'autorité qui applique le droit est habilitée à pratiquer des différenciations dans le cadre de l'égalité des droits. Dans ce cas, la base légale est déduite directement du principe constitutionnel d'égalité. On pourrait discuter de l'applicabilité de ce principe au cas d'espèce. Mais on ne peut pas balayer d'un revers de main l'argument selon lequel le conflit multipolaire qui oppose la promotion des femmes (en tant que groupe) et de certaines candidates, d'une part, et la discrimination à l'égard de certains hommes, d'autre part, requiert une base légale solide qui fixe un cadre légitime sur le plan politique pour débattre de la proportionnalité des atteintes individuelles à l'égalité des droits.

En outre, la perspective apportée par la CEDEF, qui accorde une grande importance à l'encouragement de mesures spéciales temporaires pour lutter contre la discrimination, relègue les arguments historiques employés par le Tribunal fédéral pour interpréter l'art. 3, al. 3 LEg à l'arrière-plan par rapport aux arguments systématiques et à une interprétation conforme au droit international. Cela est d'autant plus vrai que la genèse de l'art. 3, al. 3 LEg impose un effort d'interprétation.

Recommandation générale n° 25/2004 sur les mesures temporaires spéciales
http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(French).pdf

Voir aussi les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 21, dans lesquelles le comité recommande à la Suisse de recourir davantage aux mesures temporaires spéciales
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** concernant la notion de discrimination (art. 1) et les obligations des Etats parties en vertu de l'art. 2, listées dans la partie 6http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 2 : Vie professionnelle
Exclusion d'une candidate de la procédure de nomination

Faits

La paroisse catholique romaine de G. (une corporation de droit public), dans le canton de Z., met au concours un poste de prêtre chargé du ministère pastoral. Huit hommes et une femme présentent leur candidature. La commission de nomination de la paroisse écarte d'emblée la candidature féminine en invoquant l'interdiction de l'ordination des femmes, c'est-à-dire en se fondant sur son sexe.

Droit suisse applicable

Une interprétation grammaticale de l'art. 8, al. 3 de la Constitution fédérale (Cst.) ainsi que de l'art. 3, al. 2 et de l'art. 5, al. 2 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1) donnerait à penser que ces dispositions sont en principe applicables : les communautés religieuses ayant un statut de corporation de droit public font en principe partie des institutions étatiques, raison pour laquelle il leur est interdit de pratiquer des inégalités de traitement fondées sur le genre. Mais le message du Conseil fédéral concernant la loi sur l'égalité semble s'y opposer en raison du contexte religieux de l'affaire.

« Le critère du sexe est en principe prohibé. Il peut toutefois, dans certains cas bien déterminés, représenter un facteur déterminant pour l'exécution du travail. Tel est le cas pour des raisons d'authenticité dans les métiers du spectacle ou de la mode (acteurs, chanteurs, mannequins, modèles, etc.). Tel peut également être le cas lorsque des circonstances particulières font du sexe un facteur déterminant, en particulier dans le cadre d'une institution sociale destinée aux personnes de l'un des deux sexes (par exemple, un centre pour les femmes victimes de violences conjugales) ou

lorsque des motifs religieux l'exigent, notamment dans la prêtrise. Dans la mesure où le critère utilisé, fût-il celui du sexe, est justifié objectivement, il n'y a pas de discrimination. » (Message LEg du 24.2.1993, FF 1993 I 1163, p. 1211)

Pour le reste, l'art. 5, al. 2 LEg prévoit uniquement un droit à une indemnité (mais pas de droit à être pris en compte dans la procédure, ni de droit à l'embauche). Il est probable que le Tribunal fédéral rejetterait un recours dans ce sens. Pour simplifier, on peut dire qu'il s'agit là d'un conflit entre l'interdiction de la discrimination à raison du sexe (que la corporation de droit public est tenue de respecter au même titre que les dispositions de la LEg) et l'interdiction de s'immiscer dans les affaires internes des Eglises en raison de la liberté religieuse garantie par l'art. 15 Cst. Le message occulte le fait que, contrairement aux communautés religieuses relevant exclusivement du droit privé (à ranger dans la catégorie des entreprises de tendance), les corporations de droit public doivent être considérées comme des entités étatiques, raison pour laquelle elles sont directement liées par l'art. 8, al. 3, phr. 1 Cst.

Argumentation basée sur la CEDEF

Les art. 2 et 7 CEDEF sont pertinents dans ce cas. L'art. 2 demande aux Etats parties de prendre des dispositions législatives et autres pour assurer la concrétisation en droit et dans les faits du principe de l'égalité (let. a) et de faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à ce principe (let. d). Quant à l'art. 7, il exige des Etats parties qu'ils prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans la vie politique et publique et qu'ils leur assurent des droits égaux en ce qui concerne l'occupation des emplois publics à tous les niveaux (let. b). Différentes recommandations générales du Comité CEDEF soulignent l'importance de ces dispositions :

- Recommandation générale n° 28/2010, N. 35 : « L'alinéa *d* énonce l'obligation faite aux Etats parties de s'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes, que la discrimination soit directe ou indirecte. Les Etats parties doivent faire en sorte que les institutions, lois et politique publiques et les agents de l'Etat ne soient pas directement ou explicitement discriminatoires. Ils doivent également veiller à l'abrogation de toute loi ou politique et à l'interdiction de tout acte qui pourrait avoir un effet ou un résultat discriminatoire. »
- Recommandation générale n° 23/1997, N. 10 sur un plan général : « Dans tous les pays, les traditions culturelles et les convictions religieuses ont contribué à limiter les femmes à des activités d'ordre privé et à les empêcher de participer activement à la vie publique. » Ad art. 7, let. b, sous-titre « Le droit d'exercer des fonctions publiques à tous les échelons du gouvernement », N. 30 : « L'examen des rapports périodiques des Etats parties montre que les femmes se voient refuser l'accès aux postes des échelons les plus élevés du Gouvernement, de l'administration et de la fonction

publiques […]. »

On peut également invoquer l'art. 11, al. 1, let. b CEDEF, qui interdit aux employeurs publics et privés d'agir de manière discriminatoire envers les femmes dans le domaine de l'emploi et notamment d'utiliser des critères de sélection pouvant être remplis seulement par des hommes.

Recommandations générales :
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Voir aussi les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 31 et 37
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Dans le cas concret

- Dans le cas concret, il existe deux possibilités d'argumentation : l'interdiction de l'ordination des femmes est directement fondée sur le sexe féminin, sans motifs biologiques ou fonctionnels. La reconnaissance de droit public accordée aux communautés religieuses leur confère un pouvoir souverain sur leurs membres ainsi que des privilèges variés et parfois régaliens, comme le droit de lever l'impôt et l'accès aux données du contrôle des habitants. Le refus d'embauche fondé sur le sexe par une corporation de droit public viole l'interdiction de la discrimination prévue à l'art. 2, let. d CEDEF.
- D'autre part, une interprétation de la LEg conforme au droit international – à la lumière de l'art. 2, let. d, de l'art. 7, let. b et de l'art. 11, al. 1, let. b CEDEF – ne peut que repousser au second plan l'objectif de protection de l'autonomie interne des Eglises.

Voir entre autres les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 2, let. d, listées dans la partie 6

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 3 : Vie professionnelle
Egalité salariale

Faits

Plusieurs associations professionnelles du domaine de la santé, dont l'Association suisse des infirmières et des infirmiers et la Fédération suisse des sages-femmes, ainsi que treize personnes exerçant ces professions, ont demandé au Tribunal administratif du canton de St-Gall de constater le caractère discriminatoire de leur classification salariale. Parallèlement à cette action en constatation, les plaignantes ont demandé à titre individuel le versement rétroactif, sur une période de cinq ans, de la différence entre le salaire qu'elles avaient touché et le salaire non discriminatoire auquel elles estiment avoir droit. L'expert mandaté par le Tribunal administratif du canton de St-Gall a notamment opéré une comparaison avec la profession typiquement masculine de policier et constaté que trois des professions typiquement féminines demandant à être réévaluées non seulement n'étaient pas défavorisées mais étaient même classées trop haut par rapport aux policiers. En revanche, l'expertise a révélé que deux groupes professionnels – les infirmières et les sages-femmes – étaient effectivement rémunérés de façon trop basse par rapport aux policiers. L'expertise a montré que les infirmières et les sages-femmes étaient aussi classées trop bas par rapport à d'autres professions féminines et à une profession neutre (cf. ATF 8C_1012/2010 du 31.08.2010, publié partiellement in ATF 136 II 393 ; résumé : www.gleichstellungsgesetz.ch SG/14). Concernant la jurisprudence récente du Tribunal fédéral dans des recours ayant trait à la discrimination salariale collective, voir aussi les ATF 142 II 49 et 144 II 65.

Droit suisse applicable

Selon l'art. 8, al. 3, phr. 3 de la Constitution fédérale (Cst.), l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Ce droit individuel garanti par la Constitution est concrétisé dans les art. 3 et 5 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1).

Le Tribunal administratif du canton de St-Gall a estimé que les infirmières et les sages-femmes ne subissaient pas de discrimination à raison du sexe au sens de l'art. 8, al. 3 Cst. et de l'art. 3 LEg car leur classement était inférieur à celui accordé à d'autres professions majoritairement féminines et à une profession neutre. Seules leurs rémunérations pouvaient être considérées comme insuffisantes en vertu du principe général de l'égalité de traitement ancré à l'art. 8, al. 1 Cst.

Le Tribunal fédéral a annulé le jugement du Tribunal administratif du canton de St-Gall et admis le recours des infirmières et des sages-femmes. Le Tribunal fédéral ne voit pas en quoi des inégalités entre des professions majoritairement féminines excluraient l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe. L'employeur ne saurait justifier une discrimination par une autre (ATF 127 III 207). Il est donc possible de conclure à une discrimination salariale même si l'employeur pratique des disparités de

traitement entre des personnes de même sexe. Le Tribunal fédéral constate que le canton en sa qualité d'employeur n'est pas parvenu à apporter la preuve que la rémunération inférieure des recourantes reposait sur un motif étranger au sexe.

Argumentation basée sur la CEDEF

Comme dans des cas comparables de discrimination salariale, il est possible d'invoquer **l'art. 2, let. c et d** ainsi que **l'art. 11, al. 1, let. d CEDEF** pour compléter et concrétiser l'argumentation :

- En vertu de l'art. 2, let. c CEDEF, les tribunaux suisses sont tenus d'appliquer effectivement l'interdiction de la discrimination ancrée à l'art. 3 LEg en ce qui concerne l'égalité salariale entre femmes et hommes. L'art. 2, let. d CEDEF étend cette obligation aux autorités publiques dans leur rôle d'employeur.
- L'art. 11, al. 1, let. d CEDEF ancre le droit à l'égalité de rémunération et à l'égalité de traitement pour un travail de valeur égale, pointant ainsi le fait que la ségrégation sexuelle sur le marché du travail entraîne une discrimination salariale indirecte dans les catégories professionnelles à prédominance féminine. Le principe du salaire égal pour un travail équivalent revêt donc une importance particulière lorsque l'on évalue les salaires de professions typiquement féminines par comparaison avec les salaires de professions typiquement masculines.

La recommandation générale n° 13/1989 souligne l'importance du principe du salaire égal pour un travail équivalent et recommande aux Etats parties « d'envisager d'étudier, d'élaborer et d'adopter des systèmes d'évaluation des emplois fondés sur des critères ne tenant pas compte du sexe, ce qui faciliterait la comparaison entre les emplois de caractère différent dans lesquels les femmes sont actuellement majoritaires et ceux dans lesquels les hommes sont actuellement majoritaires, et de rendre compte des résultats qu'ils auront obtenus dans leurs rapports au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ».

Recommandation générale n° 13/1989
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Il convient enfin de mentionner que le Comité CEDEF, dans ses observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Suisse, recommande expressément aux autorités suisses « de continuer à développer des systèmes d'évaluation des emplois fondés sur des critères d'équité entre les sexes de façon à réduire et éliminer l'écart de salaire entre hommes et femmes » (N. 38). On relèvera que le système de rémunération du canton de St-Gall ayant fait l'objet du recours ne repose pas sur une évaluation systématique des postes. Dans ses recommandations concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, le comité réitère son exhortation à consolider les efforts visant à

éliminer l'écart de rémunération entre les sexes.

Voir aussi les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 37 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six les langues officielles de l'ONU)

Voir aussi les **observations finales de 2009** du Comité CEDEF concernant le troisième rapport périodique de la Suisse, N. 38 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six les langues officielles de l'ONU)

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF ad art. 2, let. c**, listées dans la partie 6

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 4 : Vie professionnelle
Harcèlement sexuel sur le lieu de travail

Faits

L'employée d'un Evêché se plaint d'avoir reçu, sur son ordinateur professionnel, plusieurs courriels sexistes adressés à l'ensemble du personnel du diocèse, courriels qui la heurtent gravement dans sa sensibilité de femme et de chrétienne. Il s'agit notamment d'une citation de Flaubert, selon laquelle « les femmes des uns font le bonheur des autres ». Autre exemple : « Ne soyez pas méchants avec les femmes… La nature s'en charge au fur et à mesure que le temps passe. »

Droit suisse applicable

Art. 328 CO ; art. 4 et 5 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg ; RS 151.1) ; art 6 de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LTr ; RS 822.11) ; art. 2 de l'ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (OLT 3 ; RS 822.113)

La question se pose de savoir dans quelle mesure les courriels reçus (sexistes mais pas sexuels au sens strict du terme) entrent dans la définition du harcèlement sexuel au sens de l'art. 4 de la loi sur l'égalité. Selon cet article, le harcèlement sexuel est un comportement discriminatoire, de caractère sexuel ou fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité d'une personne sur son lieu de travail. L'institution employeuse a l'obligation de protéger son personnel contre le harcèlement sexuel émanant de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de tiers (art. 328 CO). Si elle ne prend pas les mesures nécessaires pour prévenir et faire cesser un harcèlement sexuel, elle peut être condamnée au versement

d'une indemnité (art. 5, al. 3 LEg).

Les tribunaux suisses n'ont pas encore clairement répondu à la question de savoir dans quelle mesure un comportement harcelant dénué de caractère sexuel au sens strict du terme, mais néanmoins hostile aux femmes, entre dans le champ d'application de l'art. 4 LEg. La doctrine est divisée sur cette question. Alors que certaines auteures sont d'avis que seul l'art. 3 LEg trouve application, d'autres estiment que le harcèlement sexiste tombe sous le coup de l'art. 4 LEg et, dès lors, peut donner droit au versement d'une indemnité sur la base de l'art. 5, al. 3 LEg.

Il faut encore préciser que l'exclusion du champ d'application de la loi sur le travail en vertu de l'art. 3, let. a LTr ne s'applique pas en l'espèce car la recourante est une employée du diocèse qui fait partie du personnel administratif, n'a pas de tâche spirituelle et n'est pas membre d'une congrégation religieuse (lire le commentaire de l'art. 3 LTr du SECO, https://www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitsgesetz%20und%20Verordnungen/Wegleitungen/Wegleitung-ArG/ArG_art03.pdf.download.pdf/ArG_art03_fr.pdf).

Argumentation basée sur la CEDEF

Madame M. peut exiger que l'art. 328 CO et les art. 4 et 5 LEg soient interprétés de manière conforme au droit international, c'est-à-dire à la lumière de l'**art. 11, al. 1, let. f CEDEF** en liaison avec l'**art. 5 CEDEF**.

L'art. 11, al. 1, let. f CEDEF protège la santé au travail. Même si le texte de la CEDEF ne mentionne pas explicitement le harcèlement sexuel, le comité CEDEF précise que « l'égalité dans l'emploi peut être gravement compromise lorsque les femmes sont soumises à la violence fondée sur le sexe, tel le harcèlement sexuel sur le lieu de travail » (cf. recommandation générale n°19/1992, N. 17). L'art. 5, let. a CEDEF oblige les Etats à prendre toutes les mesures appropriées pour « modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». A la lumière de ces dispositions, il convient d'admettre que l'interdiction de harcèlement sexuel vise les comportements harcelants fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes, que ceux-ci soient de nature sexuelle *stricto sensu* ou pas.

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 5, listées dans la partie 6

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 5 : Vie professionnelle
Dispense de travailler pour cause de maternité

Faits

Madame M. occupe un poste de cadre dans une entreprise et elle est enceinte de six mois. Son supérieur lui notifie qu'elle est dispensée de travailler avec effet immédiat et jusqu'à la naissance de son enfant. Motif : le service de Madame M. va démarrer un vaste projet de réorganisation et, comme il faut s'attendre à de nombreuses absences de la part de Madame M. en raison du stade avancé de sa grossesse, elle ne peut pas assurer la direction de ce projet complexe. La direction du projet est confiée à une collaboratrice plus jeune engagée pour une durée déterminée.

Droit suisse applicable

Art. 319, al. 1 CO ; art. 328 CO ; art. 3, al. 2 LEg

Tout d'abord, il faut se demander si Madame M., en tant qu'employée, jouit d'un droit au travail (art. 319 CO). La doctrine récente répond positivement tandis que le Tribunal fédéral accorde le droit au travail uniquement aux catégories professionnelles pour qui la poursuite du travail conditionne le maintien de l'aptitude à travailler (p. ex. pilotes, artistes, footballeuses et footballeurs professionnels) ou aux cadres ayant un délai de congé étendu.

L'obligation de donner du travail se déduit de l'obligation de protéger la personnalité de la travailleuse et du devoir d'assistance de l'employeur (art. 328 CO) : le travail n'est pas seulement un gagne-pain ; c'est aussi un moyen de développer sa personnalité et de se réaliser. Le refus d'accepter la prestation de travail exprime un mépris pour la travailleuse.

La dispense de travail imposée à Madame M. contrevient à l'art. 3, al. 2 LEg, qui contient une énumération non exhaustive. Madame M. a été dispensée de travailler en raison de sa grossesse, ce qui constitue une discrimination directe à raison du sexe. Même si le devoir d'assistance de l'employeur n'était pas reconnu, la dispense de travail imposée à Madame M. est clairement contraire à la loi car elle a le caractère d'une discrimination fondée sur le sexe. De plus, il y a lieu de soupçonner que cette dispense de travail est une manière de contourner l'interdiction de licenciement pendant la période de protection contre le congé (art. 336c CO).

Argumentation basée sur la CEDEF

Madame M. peut exiger que les art. 319 et 328 CO ainsi que l'art. 3 LEg soient interprétés de manière conforme au droit international et conforme à la Constitution, c'est-à-dire à la lumière de l'**art. 2** et de l'**art. 11, al. 1 et 2 CEDEF** ainsi que de l'art. 8, al. 3 Cst.

Outre les dispositions du droit du travail et de la LEg, Madame M. peut invoquer en particulier l'art. 11 CEDEF. Les dispositions de l'art. 11, al. 1, let. b et c CEDEF lui donnent le droit aux mêmes possibilités d'emploi et aux mêmes conditions de travail. Madame M. étant cadre, la dispense de travail

compromet en outre ses perspectives de promotion. Cela est illicite à la lumière de l'art. 11, al. 2 CEDEF, qui interdit explicitement les discriminations à l'égard des femmes en raison de leur mariage et de leur maternité.

L'art. 2, let. c CEDEF fait obligation aux tribunaux suisses d'appliquer les dispositions du droit du travail et la LEg de manière non discriminatoire. L'art. 2, let. e CEDEF stipule que des mesures appropriées doivent être prises pour éliminer la discrimination pratiquée par les entreprises.

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 2, let. c, art. 11, al. 2, let. b, listées dans la partie 6

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 6 : Droit des assurances sociales
Calcul de la rente AI sur la base du revenu hypothétique

Faits

Madame M. vit séparée de son mari depuis huit ans ; elle est mère de deux filles, dont elle a la garde. Elle reçoit une contribution d'entretien pour les enfants ainsi qu'une petite pension alimentaire pour elle. Depuis la séparation, elle a augmenté son taux d'occupation au fur et à mesure que les enfants grandissaient ; elle est actuellement vendeuse qualifiée à mi-temps. Le revenu de son travail et les pensions alimentaires couvrent tout juste le minimum vital. Au printemps 2009, alors qu'elle est âgée de 38 ans, on lui diagnostique une sclérose en plaques après une grave maladie et un séjour à l'hôpital. Malgré des mesures de réadaptation, cette poussée de sclérose en plaques lui laisse des dommages permanents au cerveau. Depuis, elle souffre d'états de faiblesse et d'épuisement profonds, de troubles de la concentration et de pertes de mémoire. Elle est déclarée malade à 100%. Sur la base de l'évaluation de sa capacité de travail par l'hôpital, une procédure AI est ouverte début 2010. Parallèlement, le mari de Madame M. engage une procédure de divorce. Les enfants ont 12 et 14 ans au moment de l'apparition de la maladie, et 13 et 14 ans au moment du dépôt de la demande.

Droit suisse applicable

Art. 28 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) ; art. 16 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances (LPGA ; RS 830.1) concernant le degré d'invalidité

La demande de rente AI entière présentée par Madame F. est rejetée entre autres au motif qu'il n'est pas prouvé que la demandeuse prévoyait de réaliser un gain sur la base d'un taux d'occupation de 80% au cours des années à venir si elle était restée valide.

En février 2016, la **Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)** a fait

droit au recours d'une Suissesse au motif que la méthode de calcul de l'invalidité appliquée par la Suisse pour les personnes travaillant à temps partiel est discriminatoire pour les femmes (arrêt du 2 février 2016, requête n° 7186/09 ; révision de l'ATF 143 I 50). Dans un arrêt ultérieur (ATF 143 I 60), le Tribunal fédéral affirme dans le régeste que « la diminution d'une rente […] est contraire à la CEDH lorsque seuls des motifs d'ordre familial (la naissance d'enfants et la réduction de l'activité professionnelle qui en découle) conduisent à un changement de statut de 'personne exerçant une activité lucrative à plein temps' à 'personne exerçant une activité lucrative à temps partiel'.

Argumentation basée sur la CEDEF

Madame F, peut exiger que la législation sur les assurances sociales soit interprétée de manière conforme au droit international (et à la Constitution), c'est-à-dire à la lumière de l'**art. 2, let. d** et de l'**art. 11, al. 1, let. e CEDEF** ainsi que de l'art. 8, al. 3 Cst.

Selon l'art. 11, al. 1, let. e CEDEF, les Etats parties sont tenus de prendre des mesures appropriées pour assurer aux femmes les mêmes droits en ce qui concerne la sécurité sociale et plus particulièrement les prestations en cas d'invalidité. Il est donc du devoir des autorités de lutter contre la discrimination structurelle dans les assurances sociales qui repose sur un stéréotype de genre, à savoir que les femmes ayant des enfants conservent un taux d'occupation bas. Dans le cas de Madame F., il est choquant que la pratique en matière de droit du divorce repose sur l'hypothèse inverse. Ainsi, la pratique en matière de rentes AI ne tient aucun compte des interactions entre le calcul du revenu hypothétique selon la LPGA et la LAI, d'une part, et la pratique juridique en matière de divorce, d'autre part. Cette dernière oblige les femmes à augmenter leur taux d'occupation au fur et à mesure que les enfants avancent en âge. Depuis la dernière révision du droit de la famille, en 2000, les femmes ayant des enfants entre 13 et 15 ans ne reçoivent en principe plus de pension alimentaire. On estime qu'elles peuvent recommencer à travailler lorsque les enfants ont grandi (à 50% lorsque le dernier enfant commence l'école obligatoire, en général à 4 ans révolus ; à 80% lorsque le dernier enfant rentre au niveau secondaire, à l'âge de 12 ans ; à 100% lorsque le dernier enfant à 16 ans révolus ; ATF 5A_384/2018 du 21 septembre 2018, consid. 4.7.6).

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 2, let. d, listées dans la partie 6:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 7 : Droit matrimonial
Calcul du revenu hypothétique en cas de séparation et de divorce

Faits

Madame M. a 59 ans et Monsieur M. a 60 ans. Mariés depuis 29 ans, ils n'ont pas d'enfants. Le couple se sépare. Il est évident que la séparation aboutira au divorce dans deux ans. Depuis des années, le couple M. vit selon le modèle d'un apporteur de revenus et demi.

Monsieur M. gagne 10 000 francs par mois. Après une vingtaine d'années de mariage, Madame M. a commencé une activité professionnelle à 30% environ. Professeure de musique, elle travaille 6 à 9 heures par semaine dans deux écoles. Elle doit faire de longs trajets pour se rendre au travail. Le nombre de ses heures de cours est fixé chaque semestre, en fonction des inscriptions des élèves, qui peuvent varier dans des proportions importantes. Aucune des deux écoles ne peut garantir à Madame M. un nombre d'heures de cours supérieur à ce qui lui a été confié au maximum jusqu'ici. Compte tenu de son âge, de l'ancienneté de sa formation, qui n'est plus reconnue, et de son expérience professionnelle limitée, Madame M. craint de ne pas trouver d'autres sources de revenu dans sa profession. Comme elle est domiciliée dans un secteur assez excentré, il est difficile de trouver des élèves privés.

Madame M. gagne environ 2600 francs par mois. Sa santé ne lui permet en principe pas de travailler à plus de 50%, ce que Monsieur M. reconnaît lors de la procédure. Mais il argumente qu'elle pourrait sans problème passer de 30 à 50% car il est incontestable que la situation économique s'est améliorée.

Droit suisse applicable

En application de l'art. 176 CC en liaison avec l'art. 125, al. 2 CC, le tribunal de première instance estime que l'on peut raisonnablement exiger de Madame M. qu'elle se réinsère dans le monde du travail. Dans le cadre de la procédure de séparation, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale lui impute un revenu hypothétique de 4200 francs pour une activité professionnelle à 50%. Madame M. se voit fixer un délai transitoire de 5 mois, qui échoit un mois avant le début du semestre scolaire suivant, pour augmenter son taux d'occupation en milieu scolaire ou pour compléter son revenu par des leçons privées.

S'il est sérieusement improbable que les conjoints reprennent la vie commune, le Tribunal fédéral estime que les critères énoncés à l'art. 125, al. 2 CC concernant l'entretien après le divorce doivent être intégrés dans l'évaluation de la question du commencement, de la reprise ou de l'extension d'une activité professionnelle par l'épouse. Cela s'applique à la procédure de demande de mesures conservatoires (pour la durée de la procédure de divorce), mais aussi dès le stade de la procédure de

protection de l'union conjugale selon l'art. 176 CC (ATF 5A_62/2011). Cela signifie que la capacité d'un époux à pourvoir lui-même à son entretien doit être évaluée sur la base des critères énoncés à l'art. 125, al. 2 CC. Ces critères sont en particulier l'âge, la formation, l'état de santé et la situation sur le marché du travail. Si une femme n'a pas travaillé car elle s'est consacrée à un mariage qui a eu une influence concrète sur sa situation financière (« lebensprägend »), on ne peut plus raisonnablement exiger d'elle qu'elle s'insère dans le monde du travail si, au moment de la séparation (et non pas du divorce), elle a la cinquantaine ou plus (la jurisprudence ancienne fixait la limite à 45 ans). Le cas échéant, cette présomption pourra être renversée dans des cas concrets. Le Tribunal fédéral n'applique généralement pas cette règle lorsque l'épouse travaillait à temps partiel avant la séparation (ATF 5A_319/2016). Il estime en effet que l'âge ne doit être pris en compte que de manière limitée dans un mariage où l'un des époux apporte un revenu complémentaire (ATF 5A_206/2010). Il a donc confirmé qu'il était fondé d'exiger de femmes âgées de 50 à 60 ans au moment de la séparation qu'elles augmentent leur activité professionnelle. Le Tribunal fédéral examine en particulier la possibilité pour l'épouse d'augmenter son taux d'occupation là où elle travaille déjà. Si elle n'a pas cette possibilité, l'augmentation du taux d'occupation est alors généralement considérée comme ne pouvant pas être raisonnablement exigée. C'est dans ce sens que le Tribunal fédéral a statué entre autres dans les ATF 5A_4/2011 et 5A_340/2011, qui concernaient des femmes ayant un taux d'occupation de 50 à 70%. Si le taux d'occupation est plus faible, le tribunal estime généralement que l'on peut raisonnablement exiger son extension (ATF 5A_526/2014).

La situation sur le marché du travail entre également en ligne de compte. Dans le cas de Madame M., âgée de 59 ans, la première instance n'a pas véritablement examiné la situation de cette personne sur le marché du travail. Selon le Tribunal fédéral, cet examen doit être effectué en détail (voir entre autres ATF 5A_181/2017 ; 5A_311/2010 ; 5A_848/2010 ; 5A_515/2010 ; 5A_22/2010 ; 5C.171/2005). Cependant, le Tribunal fédéral ne remet en cause le pouvoir d'appréciation de la première instance que dans les cas les plus flagrants et revient rarement sur les prévisions très optimistes souvent adoptées par les premières instances au sujet du marché du travail et sur le revenu hypothétique trop élevé qui en découle pour les personnes apportant un revenu complémentaire.

Argumentation basée sur la CEDEF

L'interprétation conforme au droit international (et au droit constitutionnel) permet d'invoquer l'**art. 2** et l'**art. 16, al. 1, let. c CEDEF** pour apprécier le caractère raisonnable de l'exigence d'une activité professionnelle et du montant du revenu hypothétique en apportant des éléments complémentaires de concrétisation.

L'art. 16, al. 1, let. c CEDEF stipule que les Etats parties sont tenus de prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer les discriminations et garantir l'égalité des droits des époux au cours du mariage et lors de sa

dissolution. La recommandation générale n° 29/2013 recommande aussi aux Etats parties de tenir compte, dans les dispositions régissant les conséquences économiques du mariage, de la différence entre les contributions fournies par les époux durant le mariage. Cela oblige à nuancer l'argumentation :

- Si le mariage a duré longtemps et influé concrètement sur la situation financière des époux du fait de la répartition des rôles convenue entre eux, notamment si l'épouse n'a pas d'activité professionnelle ou apporte un revenu complémentaire, ce qui rend considérablement plus difficile la reprise d'une activité professionnelle à temps plein à l'âge de 59 ans, il est discriminatoire de tenir insuffisamment compte des éléments concrets que constituent l'absence de formation continue et la situation sur le marché du travail en attribuant à l'épouse un revenu hypothétique trop élevé. Même si les tribunaux soulignent de manière répétée qu'il faut tenir compte des circonstances concrètes de chaque cas, leur pratique reste généralement insuffisamment différenciée.
- La question de la formation continue doit être prise en compte dès le stade de la procédure de séparation. Cela signifie qu'il faut des délais de transition bien plus longs si l'on veut que l'épouse puisse augmenter son taux d'activité compte tenu de l'examen détaillé de la situation sur le marché du travail. Dans la procédure de divorce qui suit, la situation doit être réexaminée en détail. S'il apparaît que les prévisions faites lors de la procédure de séparation ne correspondent pas à la réalité, il faut modifier la convention de séparation en conséquence. Un délai de transition trop court pour commencer, reprendre ou étendre une activité professionnelle peut apparaître, selon les cas, comme non conforme avec le droit international.

Recommandation générale n° 29/2013 ad art. 16 CEDEF, conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de leur dissolu-tion, N. 43 ss
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 2 et art. 16, al. 1, let. c, listées dans la partie 6
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 8 : Droit matrimonial
Calcul des contributions d'entretien selon le droit de la famille, partage du déficit

Faits

ATF 5A_767/2007, p. 6, ch. 5 = 135 III 66

Le couple S. s'est marié en mars 1994 et a eu trois enfants en 1994, 1995 et 1997. Les époux vivent séparés depuis juillet 2006. Statuant en deuxième instance, la Cour suprême du canton d'Argovie a réduit pour quelques mois les contributions d'entretien accordées aux enfants en première instance par le juge de protection de l'union conjugale au motif que le montant fixé en première instance ne permettait plus au père des enfants de couvrir son minimum vital. Ce faisant, le tribunal a appliqué le système de l'attribution unilatérale du déficit, conformément à la pratique du Tribunal fédéral à ce jour.

Droit suisse applicable

Lorsque le tribunal fixe les contributions d'entretien (en l'espèce pour ses trois enfants, mais cela vaut aussi pour la rente destinée à l'autre époux), il convient d'examiner dans quelle mesure le débirentier est solvable. Pour ce faire, on applique les critères énoncés à l'art. 125, al. 2 CC. Si les deux revenus ne sont pas suffisants pour couvrir les besoins des époux et des enfants, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral part du principe que le débirentier doit toujours conserver la totalité de son minimum vital, quelle que soit la catégorie de rente dont il est redevable au regard du droit de la famille (en particulier la contribution d'entretien pendant et après le mariage). Le montant de la contribution d'entretien des enfants peut entamer le minimum vital, mais à titre exceptionnel seulement. Le crédirentier (en l'espèce l'épouse qui fait ménage commun avec les enfants) doit supporter seule le déficit.

Dans l'arrêt étudié ici, le Tribunal fédéral s'est demandé s'il y avait en l'espèce des raisons de modifier sa pratique. Il admet que le partage du déficit pourrait être davantage conforme à l'esprit de la loi, mais il estime que des raisons pratiques de taille plaident pour le maintien du système de l'attribution unilatérale du déficit. D'une part, il serait difficile de coordonner les autorités d'assistance pour couvrir le déficit partagé ; d'autre part, des difficultés se poseraient au stade de l'exécution forcée en cas de non-paiement des contributions d'entretien, avec un risque accru que les pouvoirs publics paient à double.

Le Tribunal fédéral reconnaît que celui des époux qui doit demander des prestations d'assistance parce que la totalité du déficit a été mis à sa charge serait seul visé par la collectivité qui voudrait exercer son droit au remboursement. Mais il estime que la pratique en la matière est variable selon les cantons. Dans la plupart des cas, on ne sait pas si le crédirentier

aura un jour des moyens suffisants pour que le droit au remboursement de la collectivité puisse se concrétiser. En conséquence, le Tribunal fédéral estime que l'obligation de rembourser la collectivité qui a versé les prestations d'assistance n'a pas de pertinence pratique.

Le Tribunal fédéral s'est demandé si l'attribution unilatérale du déficit ne contrevenait pas à l'interdiction de la discrimination à raison du sexe (art. 8 Cst.). Mais il a aussitôt rejeté cette idée, estimant que l'attribution du déficit reposait sur les modalités effectives de l'entretien de la famille, quelle que soit la nature de celui-ci. En conséquence, un homme au foyer peut être confronté à la même problématique et la question de la prise en charge du déficit se pose également dans le partenariat enregistré, même si elle revêt une acuité particulière en ce qui concerne l'entretien des enfants. De ce fait, les époux sont concernés par la répartition du déficit non pas dans leur fonction d'homme et de femme, mais dans leur fonction de partenaire crédirentier ou débirentier.

Dans son message sur le nouveau droit régissant l'entretien de l'enfant, le Conseil fédéral reprend les mêmes arguments pour expliquer pourquoi il renonce à modifier la législation en vigueur (message du 29 novembre 2013, FF 2014 511, p. 542 s.), suivi en cela par les Chambres. Le nouveau droit régissant l'entretien de l'enfant, en vigueur depuis 2017, maintient le déficit à la charge du parent crédirentier qui a la garde de l'enfant. Et la jurisprudence en la matière a été confirmée (ATF 5A_ 553/2018 du 2 octobre 2018).

Argumentation basée sur la CEDEF

L'interprétation conforme au droit international (et au droit constitutionnel) permet d'invoquer l'**art. 2** et l'**art. 16, al. 1, let. c CEDEF** (égalité des droits au cours du mariage et lors de sa dissolution) ainsi que l'art. 8,
al. 3 Cst. :

- L'argumentation du Tribunal fédéral repose sur une conception formelle de la discrimination. A première vue, le critère employé est non sexiste (épicène). Mais le fait est qu'il déploie des effets différents pour un sexe et pour l'autre. En effet, en raison de la répartition traditionnelle des rôles, ce sont en grand majorité les épouses qui, en cas de séparation ou de divorce, continuent à vivre avec les enfants et, en tant que crédirentières, supportent le déficit. Elles doivent demander l'aide sociale pour couvrir leur minimum vital et celui des enfants. Voilà comment une réglementation non sexiste a un effet discriminatoire pour les personnes de l'un des deux sexes. La pratique du Tribunal fédéral équivaut donc à une discrimination indirecte et contrevient à l'art . 8, al. 2 et 3 Cst. ainsi qu'à l'art. 16, al. 1, let. c en liaison avec l'art. 1 CEDEF, qui interdisent également la discrimination matérielle.
- Le système de l'attribution unilatérale du déficit fait peser

l'obligation de rembourser les prestations sociales perçues sur le conjoint crédirentier exclusivement (qui est le plus souvent l'épouse, comme nous l'avons vu). Lorsque le Tribunal fédéral affirme que l'obligation de rembourser la collectivité qui a versé les prestations se rencontre rarement dans la pratique, il méconnaît le fait que les femmes divorcées peuvent tout à fait arriver à réaliser un revenu supérieur au minimum vital. Lorsque les enfants grandissent et demandent moins de prise en charge, on attend en outre d'eux qu'ils acquièrent un revenu propre. La question du remboursement de l'aide sociale perçue peut donc tout à fait devenir d'actualité. Par ailleurs, la perception de prestations d'aide sociale est subordonnée à une déclaration de cession de l'avoir à la collectivité en cas d'héritage, une réglementation qui obère la situation de l'époux crédirentier (le plus souvent la femme) en raison du système d'attribution unilatérale du déficit. En conséquence, il s'agit d'une pratique qui doit être qualifiée de sexiste.

La recommandation générale n° 29/2013 ad art. 16 CEDEF souligne pour le reste que les avantages et les inconvénients économiques découlant du mariage et de sa dissolution doivent être supportés de la même manière par les deux époux (N. 43 ss, en particulier N. 45). L'argumentation peut se baser directement sur une recommandation adressée à la Suisse par le Comité CEDEF. En effet, dans ses observations finales publiées en 2009 sur le troisième rapport périodique de la Suisse, le Comité s'est déclaré « préoccupé par le fait que l'actuelle loi de l'État partie sur la répartition des biens après le divorce ne tienne pas suffisamment compte des disparités économiques fondées sur le sexe existant entre les époux, fruit des modes traditionnels de travail et de vie familiale. Il en résulte souvent une augmentation du capital humain et du potentiel de gain des hommes au détriment des femmes, de sorte qu'à l'heure actuelle les époux ne partagent pas équitablement les conséquences économiques du mariage et de sa
dissolution […] ». Concrètement, le comité recommande à la Suisse de réviser en conséquence le droit du divorce (N. 41-42). De même, dans ses observations finales sur le quatrième et cinquième rapport périodique, il recommande à la Suisse de prendre « les mesures nécessaires pour corriger les disparités entre les sexes et les disparités économiques ('lacunes') après le divorce », de mettre en place au niveau national une réglementation relative aux situations de déficit afin de compléter le droit régissant l'entretien de l'enfant et de « faire en sorte que l'insuffisance de revenu soit également répartie entre les parents » (N. 49).

Voir les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 48 ss https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Observations finales de 2009 du Comité CEDEF concernant le troisième rapport périodique de la Suisse
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six langues officielles de l'ONU)

Recommandation générale n°29/2013 ad art. 16 CEDEF, conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de leur dissolution
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en

Voir aussi les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 16, al. 1 CEDEF, listées dans la partie 6
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Lire aussi : Christina Hausammann, Irene Grohsmann, Josefin de Pietro, Die Regelung des Unterhalts nach Trennung oder Scheidung im Mangelfall – Hinweise aus menschenrechtlicher Sicht, Studie des SKMR zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Berne 2014
http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/141009_Mankostudie.pdf

Exemple type 9 : Droit matrimonial
Constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce

Faits

Les époux ont été mariés pendant 21 ans ; leurs deux enfants ont 17 et 11 ans au moment du divorce. L'épouse travaille à 50% et, du fait de ses obligations d'assistance, elle ne peut pas porter immédiatement son taux d'activité de 100%. La situation économique s'est améliorée. Le montant de la contribution d'entretien est fixé de manière à couvrir, ajouté au revenu de l'activité à temps partiel de l'épouse, les besoins convenables de celle-ci et des enfants. L'obligation d'entretien s'éteint au 16e anniversaire du deuxième enfant. L'épouse conteste le montant et la durée des contributions d'entretien.

Droit suisse applicable

Art. 125 CC ; art. 124b, al. 3 CC

En vertu de l'art. 125, al. 2 CC, la décision concernant l'existence d'une obligation d'entretien après le mariage et le montant des contributions d'entretien doit tenir compte de plusieurs critères (la répartition des tâches pendant le mariage ; la durée du mariage ; le niveau de vie des époux pendant le mariage ; l'âge et l'état de santé des époux ; les revenus et la fortune des époux ; l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée ; la formation professionnelle et les perspectives de gain des époux ainsi que le coût probable de l'insertion

professionnelle du bénéficiaire de l'entretien ; les expectatives de l'assurance-vieillesse et survivants et de la prévoyance professionnelle ou d'autres formes de prévoyance privée ou publique, y compris le résultat prévisible du partage des prestations de sortie).

Dans la jurisprudence, un mariage qui a duré plus de 10 ans est réputé avoir eu « une influence concrète sur la situation financière des époux » (« lebensprägend sein »). Dans ce cas, le calcul tient compte du niveau de vie du couple à la fin de la vie commune. Si le débirentier a une capacité économique suffisante, le crédirentier a droit au maintien de ce niveau de vie. Mais si l'époux crédirentier ne peut pourvoir lui-même à son entretien convenable (faute de capacité à couvrir ses propres besoins), il a droit à une contribution en conséquence.

La dissolution du mariage met également fin à la constitution commune d'une prévoyance vieillesse. Les lacunes de la prévoyance nées jusqu'au divorce sont supportées par les deux époux : les avoirs de vieillesse sont partagés entre les époux tandis que les prestations de libre passage ayant approvisionné l'avoir auprès de la caisse de pension pendant le mariage sont partagées par moitié. Si les époux sont en âge de travailler au moment du divorce, il est fréquent qu'ils aient des perspectives très différentes quant à la constitution future de leur prévoyance. Cela signifie un accroissement des lacunes de la prévoyance pour l'époux crédirentier. En effet, c'est généralement l'époux crédirentier qui doit prendre en charge les enfants encore mineurs après le divorce si bien qu'il ne peut travailler qu'à temps partiel. En outre, l'époux crédirentier a une activité professionnelle souvent moins bien rémunérée. De surcroît, en raison du partage des tâches pendant le mariage, il a une expérience professionnelle moins grande et de moins bonnes perspectives de progression sur le marché du travail. Par rapport au conjoint qui a travaillé à temps plein sans interruption, l'époux crédirentier est lourdement désavantagé pour la suite de la constitution d'une prévoyance vieillesse en lien avec l'exercice d'une activité lucrative.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le montant nécessaire à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée pour l'époux crédirentier fait partie de l'entretien convenable (lire à ce sujet l'ATF 135 III 158, avec un mode de calcul possible de cette partie de la contribution, ainsi que l'ATF 5A_101/2017, consid. 6). Malgré cette jurisprudence, les tribunaux de première instance n'accordent en général qu'un montant très insuffisant voire aucune contribution à la constitution d'une prévoyance. A cela s'ajoute le fait que la rente servie au conjoint est généralement limitée dans le temps ; si le couple a des enfants, elle cesse le plus souvent d'être due lorsque le dernier enfant a 16 ans révolus. Cette durée de versement est généralement insuffisante, compte tenu de la capacité économique limitée de l'époux débirentier, pour compenser les désavantages auxquels est exposé l'époux crédirentier.

Depuis que le nouveau droit régissant l'entretien de l'enfant est entré en

vigueur en 2017, la contribution d'entretien des enfants se compose d'un montant couvrant les besoins courants de l'enfant (coût effectif de la vie moins les allocations pour enfant ou les allocations de formation) et de la nouvelle contribution de prise en charge si l'enfant est à la charge totale ou partielle du parent crédirentier. Autrement dit, la contribution de prise en charge couvre le coût économique encouru par le parent qui a la garde de l'enfant (cf. ATF 5A_454/2017), mais elle est intégrée dans l'entretien de l'enfant à charge. De ce fait, la contribution d'entretien destinée à l'enfant est beaucoup plus élevée qu'avant et, a contrario, la contribution personnelle destinée au parent qui a la garde de l'enfant est beaucoup plus basse. Dans de très nombreux cas, le parent débirentier n'a pas les moyens de verser en plus une contribution à la constitution de la prévoyance du parent qui a l'enfant à charge. Il faudrait envisager dans ces cas que la contribution à la prévoyance soit due lorsque les contributions d'entretien et de prise en charge sont réduites ou supprimées (au plus tard lorsque le dernier enfant a 16 ans révolus). Reste à voir si ces considérations trouveront un écho positif suffisant dans la pratique. Enfin, l'obligation d'entretien s'éteint lorsque l'époux crédirentier se remarie, sauf convention contraire entre les anciens époux (art. 130, al. 2 CC).

Selon l'art. 124b, al. 3 CC, le tribunal peut ordonner l'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier lorsque celui-ci prend en charge des enfants communs après le divorce et que le conjoint débiteur dispose encore d'une prévoyance vieillesse et invalidité adéquate. Il faut coordonner ce partage inégal avec la contribution à la constitution de la prévoyance. Si l'époux débirentier n'a pas les moyens de payer une contribution de prévoyance, il serait envisageable de la prélever sur sa prestation de sortie si les conditions sont réunies pour attribuer au parent crédirentier plus de la moitié de cette prestation (FamKomm Scheidung, Schwen-zer/Fankhauser [éd.], Berne 2017, Jungo/Grütter ad art. 124b, N. 26 ss).

Argumentation basée sur la CEDEF

L'interprétation conforme au droit international (et au droit constitutionnel) permet d'invoquer l'**art. 2** et l'**art. 16, al. 1, let. c CEDEF** (obligation d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes et d'assurer l'égalité des droits au cours du mariage et lors de sa dissolution), la **recommandation générale n° 29/2013** sur les conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de la dissolution du mariage (en particulier N. 43 ss et N. 47) ainsi que l'**art. 11, al. 1, let. e CEDEF** (obligation d'éliminer la discrimination à l'égard des femmes et d'assurer l'égalité des droits en matière de sécurité sociale) pour plaider en faveur d'une meilleure prise en considération des différences de fait entre la situation des femmes divorcées et celle des hommes divorcés au regard de la prévoyance vieillesse.

- Le nombre de femmes mariées qui ont une activité professionnelle réduite est bien plus élevé que celui des hommes mariés travaillant à temps partiel. Cela est étroitement lié à la prise en charge non

rémunérée des enfants, qui reste assurée en majorité par les mères. En cas de divorce, ce sont toujours les mères qui assurent la plus grande part du travail de prise en charge des enfants. On est en présence d'une discrimination indirecte lorsque cette activité non rémunérée n'est pas prise en compte après le divorce – ou seulement de manière insuffisante – dans la mesure où la contribution d'entretien ne couvre pas les lacunes de la prévoyance dues au fait que les mères continuent de travailler à temps partiel pour pouvoir s'occuper des enfants.

- Le stéréotype consistant à faire cesser l'obligation d'entretien après le mariage lorsque le crédirentier commence à travailler à temps plein peut également constituer une discrimination de fait si les désavantages attendus en matière de prévoyance vieillesse qui sont imputables à la répartition des tâches pendant le mariage, et notamment à la prise en charge des enfants, ne sont pas compensés.
- Cela s'applique aussi à l'extinction automatique du droit à la rente en cas de remariage : elle peut équivaloir à une discrimination si les différences en matière de prévoyance professionnelle ne sont pas compensées.

Recommandation générale n° 29/2013 ad art. 16 CEDEF, conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de leur dissolution, N. 43 ss
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 16, al. 1, listées dans la partie 6

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17 (dans les six langues officielles de l'ONU)

Exemple type 10 : Droit matrimonial
Partage des biens matrimoniaux en cas de divorce

Faits

Lors d'une procédure de séparation dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, le revenu déterminant pour calculer la contribution d'entretien équitable due à l'épouse est établi en déduisant d'emblée une quote-part d'épargne du revenu de l'époux qui est le seul à avoir une activité lucrative et qui a des revenus très confortables. La quote-part d'épargne déduite est importante. Parallèlement, la séparation de biens est ordonnée, lorsque les époux en font la demande et que des intérêts économiques sont menacés (ATF 5A_945/2014).

Droit suisse applicable

Le droit à une contribution d'entretien après la suspension de la vie commune est régi par les art. 163 ss CC. Mais si, au moment de la séparation, la reprise de la vie commune n'est plus envisageable, il faut alors prendre en considération les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC). La contribution d'entretien équitable est calculée après déduction d'une quote-part d'épargne (voir notamment ATF 5A_912/2010, 5A_798/2013 et 5A_776/2015). La quote-part d'épargne reste acquise à l'époux qui l'alimente. Dans la plupart des cas, il s'agit du mari, lorsqu'il est le seul à avoir une activité lucrative ou lorsqu'il a les revenus les plus élevés.

Argumentation basée sur la CEDEF

Le fait de ne pas partager la quote-part d'épargne pénalise l'époux qui n'a pas de revenu ou qui a un revenu inférieur, en règle générale la femme lorsqu'elle a pris en charge les enfants et tenu le ménage. Cette discrimination indirecte est incompatible avec l'art. 16, al. 1, let. c CEDEF (égalité des droits au cours du mariage et lors de sa dissolution). C'est ce que précise la recommandation générale n° 29/2013 sur les conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de la dissolution du mariage (N. 43 ss, en particulier N. 44, 47). Ainsi, il faut tenir compte des contributions non pécuniaires à la constitution des biens matrimoniaux (tenue du ménage et prise en charge des enfants, contribution à l'évolution de la carrière de l'autre conjoint) pour répartir équitablement la quote-part d'épargne lors du calcul du montant de la contribution d'entretien ou lors du divorce.

Recommandation générale n° 29/2013 ad art. 16 CEDEF, conséquences économiques du mariage, des rapports familiaux et de leur dissolution, N. 43 ss
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en

Exemple type 11 : Violence domestique
Devoirs de protection et preuve des violences

Faits

Madame F., ressortissante du Cambodge, a épousé un ressortissant allemand au bénéfice d'un permis d'établissement. Elle est victime de violence conjugale. Les disputes violentes avec son époux occasionnent des interventions de la police, souvent sollicitée par les voisins du couple. Madame F. ne déposera jamais plainte. Après trois ans de vie commune difficile, elle se sépare de son époux.

Droit suisse applicable

Madame F. présente une demande de prolongation de son autorisation de séjour pour des raisons personnelles majeures (art. 50, al. 1, let. b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, LEI ; RS 142.20).
Selon l'art. 77, al. 5 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) sont notamment considérés comme indices de violences conjugales : les certificats médicaux ; les rapports de police ; les plaintes pénales ; les mesures au sens de l'art. 28b du code civil ; les jugements pénaux prononcés à ce sujet.

Le permis de Madame F. n'est pas renouvelé faute de preuve de la violence conjugale alléguée. Les rapports d'intervention de police indiquaient principalement des interventions pour tapage nocturne. La police cantonale n'a pas été en mesure de documenter les interventions effectuées.

Argumentation basée sur la CEDEF

L'art. 1 et l'art. 2, let. c, d et f CEDEF peuvent être invoqués pour obliger les autorités de police à documenter systématiquement les cas de violence domestique et à communiquer ces documents dans les procédures relevant du droit des étrangers. Cela permet aux étrangères victimes de violence venues en Suisse au titre du regroupement familial d'exercer leurs droits. L'art. 2, let. c CEDEF oblige les Etats parties à instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes et à garantir, par le truchement des tribunaux et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre les discriminations. L'art. 2, let. d impose aux Etats parties de s'abstenir de tout acte discriminatoire et de faire en sorte que toutes les autorités et institutions publiques se conforment également à cette obligation. L'art. 2, let. f, enfin, exige l'abrogation de toutes les lois et pratiques discriminatoires. De plus, la communication n° 32/2011 (Jallow c. Bulgarie) souligne la responsabilité spéciale des Etats parties envers les migrantes, lesquelles, pour des raisons diverses, peuvent être exposées à des risques particuliers de violence domestique.

Il est souvent difficile d'obtenir des preuves des violences conjugales. Les gendarmes devraient établir systématiquement des rapports détaillés des interventions réalisées au domicile des époux en cas de violence. La mise à disposition de tels rapports pourrait découler de l'art. 1 CEDEF, qui interdit les discriminations, ainsi que des **recommandations générales n° 19/1992 et 35/2017**. Cette dernière vise expressément la collecte de données sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre (N. 34, en particulier let.

b). On pourrait également songer à faire application des obligations positives prévues aux lettres c, d et f de l'art. 2 de la convention. Dans ses **observations finales de 2016**, le Comité CEDEF recommande en particulier à la Suisse de réexaminer le niveau de preuve requis dans les cas de violence domestique contre les migrantes (N. 47) et de prendre des mesures pour augmenter le taux de dénonciation de la violence sexiste (N. 27 et N. 47).

Voir les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF concernant le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 48 ss https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Recommandations générales
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 1, art. 2, let. c et e, listées dans la partie 6
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17%20

Autres normes internationales

L'art. 5 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35), qui est en vigueur pour la Suisse depuis 2018, demande aux Etats parties d'agir avec la diligence voulue afin de prévenir, élucider et punir les actes de violence couverts par la convention. En vertu de l'art. 50 de la convention, la police et les autorités de poursuite pénale sont tenues de répondre « rapidement et de manière appropriée à toutes les formes de violence couverte par le champ d'application de la présente Convention en offrant une protection adéquate et immédiate aux victimes » (al. 1). Les Etats parties sont également tenus de prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les services répressifs responsables engagent rapidement et de manière appropriée la prévention et la protection contre toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la présente Convention, y compris l'emploi de mesures opérationnelles préventives et la collecte des preuves » (al. 2). Quant à l'art. 59 de la convention, il demande que les Etats parties délivrent un permis de résidence renouvelable lorsque le séjour est nécessaire au regard de la situation personnelle de la victime ou pour lui permettre de coopérer avec l'autorité d'instruction ou de poursuite pénale (al. 3).

La Suisse a émis une réserve concernant cette dernière disposition : « La Suisse se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques, les dispositions établies à l'art. 59. »

Exemple type 12 : Violence domestique
Devoirs de protection des sans-papiers

Faits

Madame Z., originaire d'Equateur, vit avec son époux dans la clandestinité. Elle est régulièrement victime de violence conjugale. Après avoir été brutalisée par son époux, elle se rend à la police pour déposer plainte.

Droit suisse applicable

Lors de son audition par le Procureur, ce dernier lui indique qu'il entend ouvrir une enquête à son encontre pour séjour illégal. Selon l'art 115b de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20), elle sera condamnée à une peine pécuniaire, laquelle sera inscrite au casier judiciaire. Le Procureur adressera son dossier aux autorités compétentes en matière de séjour pour qu'elles procèdent à son renvoi de Suisse.

Argumentation basée sur la CEDEF

Même si elle n'est pas au bénéfice d'une autorisation de séjour, Madame Z. peut invoquer les dispositions de la Convention CEDEF en tant qu'instrument international de défense des droits humains.

Madame Z. peut invoquer une discrimination selon **l'art. 1 CEDEF**. En effet, la définition de la discrimination à l'égard des femmes selon l'art. 1 CEDEF inclut la violence contre les femmes, c'est-à-dire tout acte de violence exercé contre une femme parce qu'elle est femme ou qui touche spécialement les femmes.

Madame Z. pourrait également invoquer **l'art. 2 let. c, d, e et f CEDEF**. Ces dispositions prévoient en effet que les Etats membres doivent prendre des mesures positives. L'art. 2, let. c impose aux Etats parties d'instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes et de garantir, par le truchement des tribunaux et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire. L'art. 2, let. d impose aux Etats parties de s'abstenir de tout acte discriminatoire et de faire en sorte que toutes les autorités et institutions publiques se conforment également à cette obligation. L'art. 2, let. e prescrit l'adoption de mesures
appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée par des personnes privées et des organisations. L'art. 2, let. f, enfin, exige l'abrogation de toutes les lois et pratiques discriminatoires. Il convient d'appliquer en particulier les recommandations suivantes :

- La recommandation générale n° 28/2010 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'art. 2 de la convention précise que « l'article 2 ne se borne pas à interdire la discrimination à l'égard des femmes pratiquée directement ou indirectement par les États parties. Il impose aussi aux États parties d'agir
avec la diligence due pour prévenir la discrimination par des acteurs

privés ».

- Dans sa recommandation générale n° 19/1992 relative à la violence à l'égard des femmes, le Comité a clairement précisé (N. 24b), que « les États parties [devraient veiller] à ce que les lois contre les violences au sein de la famille, le viol, les sévices sexuels et autres formes de violence fondée sur le sexe assurent à toutes les femmes une protection suffisante, respectent leur intégrité et leur dignité. » La recommandation générale n° 28/2010, qui se réfère à la recommandation no 19/1992, indique encore que les Etats parties doivent agir afin de prévenir la violence sexiste (N. 19).

En l'espèce, on peut argumenter que les autorités ne respectent pas leur obligation de protection : elles ne garantissent pas à Madame Z. une protection contre la discrimination et la violence, mais optent pour une aggravation de la sanction infligée à la victime en se concentrant sur l'infraction à la législation sur les étrangers.

Recommandations générales
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Une meilleure protection en cas de dénonciation de violence conjugale devrait donc être mise en œuvre. La crainte d'être soi-même condamnée et éventuellement expulsée en cas de plainte contre le conjoint violent constitue une entrave à la protection étatique en cas de mise en danger de ces femmes. La condamnation systématique des personnes étrangères en séjour illégal en cas de dénonciation pénale est en soi problématique car elle péjore l'accès à la justice. La condamnation de femmes étrangères pour séjour illégal en cas de dénonciation de violence conjugale constitue une violation grave de la CEDEF.

Voir les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF sur le quatrième et cinquième rapport de la Suisse
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir aussi les **observations finales de 2009** du Comité CEDEF concernant le troisième rapport périodique de la Suisse, N. 27 s.
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 1 et art. 2, let. c, d et f, listées dans la partie 6
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Autres normes internationales

En vertu de l'art. 50 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35), qui est en vigueur pour la Suisse depuis 2018, la police et les autorités de poursuite pénale sont tenues de répondre « rapidement et de manière appropriée à toutes les formes de violence couverte par le camp d'application de la présente Convention en offrant une protection adéquate et immédiate aux victimes » (al. 1). Les Etats parties sont également tenus de prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les services répressifs responsables engagent rapidement et de manière appropriée la prévention et la protection contre toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la présente Convention, y compris l'emploi de mesures opérationnelles préventives et la collecte des preuves » (al. 2). Quant à l'art. 59 de la convention, il demande que les Etats parties délivrent un permis de résidence renouvelable lorsque le séjour est nécessaire au regard de la situation personnelle de la victime ou pour lui permettre de coopérer avec l'autorité d'instruction ou de poursuite pénale (al. 3).

La Suisse a émis une réserve concernant cette dernière disposition : « La Suisse se réserve le droit de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou des conditions spécifiques, les dispositions établies à l'art. 59. »

Exemple type 13 : Droit des étrangers
Droit de séjour et intégration

Faits

Madame E., originaire du Congo, épouse en 2014 un ressortissant kényan au bénéfice d'un permis d'établissement. Ils auront deux enfants. Le couple adopte une répartition traditionnelle des tâches. Madame E. travaille à temps partiel afin de s'occuper de ses jeunes enfants. Après quatre ans de vie commune, le couple décide de se séparer. Compte tenu de la fin de la vie commune, l'autorisation de séjour de Madame E. n'est pas renouvelée.

Droit suisse applicable

Se fondant sur l'art. 50, al. 1, let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ainsi que sur les ordonnances et instructions correspondantes, Madame E. demande la prolongation de son autorisation de séjour, l'union conjugale ayant duré plus de trois ans. Se référant aux critères d'intégration légaux (art. 58a LEI), l'autorité constate que Madame E. n'est pas suffisamment intégrée car son taux d'activité professionnelle est très faible et elle parle à peine allemand. Ainsi, l'autorité se base uniquement sur l'intégration professionnelle et les capacités linguistiques pour évaluer l'intégration de la recourante. Elle ne prend pas en compte l'activité de prise en charge des enfants et le travail domestique accomplis par Madame E., qui lui laissent peu de temps pour exercer une activité

professionnelle ou faire une formation continue.

Dans l'arrêt du Tribunal Fédéral du 11 octobre 2011 2C_430/2011, le Tribunal fédéral indique que « la notion d'*intégration réussie* doit s'examiner à l'aune d'une appréciation globale des circonstances. (…) En effet, en présence d'un étranger qui est intégré professionnellement en Suisse, qui a toujours été indépendant financièrement, qui s'est comporté correctement et qui maîtrise la langue parlée, il faut des éléments sérieux permettant de nier son intégration. […] L'essentiel en la matière est en effet que l'étranger subvienne à ses besoins, n'émarge pas à l'aide sociale et ne s'endette pas. »

Ainsi, pour le Tribunal fédéral, même un emploi peu qualifié peut constituer une intégration réussie. Cependant, il semble ressortir de cet arrêt qu'une épouse qui travaille à temps partiel et qui a des connaissances linguistiques très faibles ne sera pas considérée comme suffisamment intégrée.

Argumentation basée sur la CEDEF

Madame E. peut exiger que l'art. 50 LEI soit interprété de manière conforme au droit international, c'est-à-dire à la lumière **de l'art. 1, de l'art. 2, let. d, de l'art. 11 et de l'art. 15, al. 4 CEDEF**.

Elle peut revendiquer l'application de l'art. 1 CEDEF : limiter l'intégration à l'intégration professionnelle ou linguistique revient à ne pas prendre en considération les difficultés spécifiques aux femmes en général et aux femmes migrantes en particulier face au monde du travail. Cela revient également à ignorer le travail domestique comme une activité en soi. Une interprétation aussi étroite de la notion d'intégration équivaut donc à une discrimination de fait. Dans ses observations finales relatives au troisième rapport périodique de la Suisse, le Comité CEDEF constate en outre que la situation des migrantes en Suisse à différents niveaux requiert une attention particulière de la part des autorités et il formule une recommandation à ce sujet (N. 43 s.).

Madame E. peut également invoquer l'art. 2, let. d CEDEF. Cette disposition impose à la Suisse de s'abstenir de toute pratique discriminatoire et de faire en sorte que toutes les autorités se conforment à cette obligation. La manière dont les autorités compétentes pour le renouvellement de l'autorisation de séjour définissent le critère de l'intégration est discriminatoire. Une telle pratique des pouvoirs publics néglige l'importance du travail domestique et défavorise donc systématiquement les nombreuses femmes vivant dans un couple où les tâches sont réparties de manière dite traditionnelle.

Madame E. peut encore invoquer l'art. 11 CEDEF, qui prévoit un accès égal à la vie professionnelle. L'Etat doit prendre des mesures d'encouragement à l'intégration professionnelle des migrants, lesquelles sont particulièrement défavorisées dans le milieu professionnel.

Madame E. pourrait également invoquer une violation de l'art. 15, al. 4 CEDEF, qui oblige la Suisse à prendre des mesures pour assurer l'égalité des droits dans le choix de la résidence et du domicile. L'art. 50 LEtr impose un maintien de la vie commune et un domicile commun pendant au moins trois ans. Il s'agit d'une entrave au libre choix du lieu de séjour et de domicile.

Voir les **observations finales de 2016** du Comité CEDEF sur le quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 47 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir aussi les **observations finales de 2009** du Comité CEDEF concernant le troisième rapport périodique de la Suisse, N. 43 s. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir en outre les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 1 et art. 2, let. d, listées dans la partie 6 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 14 : Droit des étrangers
Droit de séjour et intégration professionnelle

Faits

Madame F., originaire du Brésil, a épousé un ressortissant espagnol au bénéfice d'un permis d'établissement. Arrivée en Suisse, elle a du mal à trouver un emploi. Ses difficultés linguistiques et son manque de formation ne lui permettent pas d'obtenir un emploi à durée indéterminée. Après quatre ans de vie commune, elle se sépare de son époux.

Droit suisse applicable

Madame F. demande la prolongation de son autorisation de séjour en application de l'art. 50, al. 1, let. a de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20). Les autorités refusent de renouveler son permis au motif que son intégration est insuffisante. En effet, l'art. 50, al. 1, let. a LEI en liaison avec l'art. 58a LEI conditionne la poursuite du séjour à une intégration réussie. Dans la pratique, le critère de l'intégration repose en très grande partie sur l'intégration professionnelle pour les autorités en matière de séjour.

Pour apprécier l'intégration de la demanderesse, l'autorité compétente s'appuie sur les critères suivants énoncés à l'art. 58a LEI : le respect de la sécurité et de l'ordre publics ; le respect des valeurs de la Constitution ; les compétences linguistiques ; la participation à la vie économique ou

l'acquisition d'une formation. Selon l'ATF 2C.195/2010, l'intégration n'est pas réussie en cas de période de chômage et de mauvaises connaissances linguistiques. En revanche, l'art. 58a, al. 2 LEI permet de prendre en compte la situation des personnes qui, du fait d'un handicap ou d'une maladie ou pour d'autres raisons personnelles majeures, ne remplissent pas ou remplissent difficilement les critères d'intégration prévus à l'al. 1.

Argumentation basée sur la CEDEF

Madame F. peut exiger que les art. 50 et 58a LEI soient interprétés de manière conforme au droit international, c'est-à-dire à la lumière de l'art. 11 CEDEF (égalité des droits pour l'accès au travail, les conditions de travail, la rémunération) et de l'art. 2, let. d CEDEF (obligation de s'abstenir de toute pratique discriminatoire).

L'art. 11 CEDEF devrait permettre de prendre en considération les difficultés d'intégration professionnelle des femmes migrantes et d'adapter les exigences aux possibilités concrètes d'exercer un métier qualifié. La problématique des travailleuses migrantes a ainsi fait l'objet de la recommandation générale n° 26/2008. Cette recommandation générale décrit les
difficultés que peuvent rencontrer les femmes migrantes dans le cadre professionnel. Elle invite instamment les Etats parties à tenir compte de ces difficultés. Le comité a en outre répété à l'adresse de la Suisse, dans ses observations finales relatives au quatrième et cinquième rapport périodique, que la situation des migrantes en Suisse à différents niveaux requiert l'attention des autorités. Il invite par exemple à créer de nouvelles possibilités d'emploi pour ces femmes (N. 36 s. et 46 s.).

L'art. 2, let. d CEDEF pourrait également trouver application.

Recommandation générale n° 26/2008
http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/GR_26_on_women_migrant_workers_en.pdf

Observations finales de 2016 du Comité CEDEF relatives au quatrième et cinquième rapport de la Suisse
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Observations finales de 2009 du Comité CEDEF sur le **troisième rapport périodique de la Suisse**, N. 43 s.
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir aussi les **constatations du Comité CEDEF** ad art. 2, let. d, listées dans la partie 6
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Exemple type 15: Traite des femmes
Protection des victimes de la traite des femmes

Faits

Une jeune femme de Mongolie dépose une demande d'asile dans un centre fédéral pour requérants d'asile. Interrogée sur ses motifs, elle fait valoir qu'elle ne pouvait plus vivre dans sa famille à la campagne et qu'elle a émigré dans la capitale, où elle a tenté de s'en sortir seule. Un jour, elle a été abordée par une femme mongole, qui lui a promis de l'emmener en Europe, où elle pourrait travailler et suivre une formation. La jeune femme a d'abord été emmenée en Russie, d'où elle a été conduite en Allemagne en voiture. Dans ce pays, elle a pris le train avec son accompagnatrice, à destination de la France lui a-t-on dit. Lors d'un arrêt du train à Zurich, la femme a disparu et un homme est apparu. C'est alors qu'elle a décidé de débarquer du train. A l'appui de sa demande d'asile, elle invoque l'absence de perspectives d'avenir pour elle en Mongolie.

Une collaboratrice du centre d'hébergement remarque que la jeune femme semble sous le coup d'une forte pression psychologique. Elle suppose qu'elle se prostitue sous la contrainte et organise un rendez-vous dans un centre de consultation. Il apparaît que la femme a été forcée de travailler comme prostituée en Russie pendant quelque temps. Elle ne veut rien dire au sujet de sa situation actuelle en Suisse et a peur de déposer une dénonciation pénale contre ses tortionnaires.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile au motif que la persécution n'a pas été rendue vraisemblable et que des informations contradictoires ont été fournies sur la chronologie du voyage et l'itinéraire emprunté. L'ODM fixe un délai pour l'expulsion de la requérante, sans demander de complément d'information ni ordonner de mesures de protection.

Droit suisse applicable

Art. 30, al. 1, let. e de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI; RS 142.20) en liaison avec l'art. 35 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) ; art. 182 du code pénal suisse (CP ; RS 311.0) ; loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (loi sur l'aide aux victimes, LAVI ; RS 312.5)

Dans le cadre de la procédure d'asile, il est possible de faire valoir une crainte fondée de persécution par des tortionnaires dans le pays d'origine au niveau du recours devant le Tribunal administratif fédéral. Voir les motifs de fuite spécifiques aux femmes à l'art. 3, al. 1 de la loi sur l'asile (LAsi ; RS 142.31) en lien avec l'art. 3, al. 2 LAsi.

En pareil cas, on peut en outre considérer que l'exécution de la décision d'expulsion est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée au sens de l'art. 83, al. 2 et 3 ou 4 LEI si la recourante rend vraisemblable qu'un retour dans son pays l'expose au risque imminent d'un nouveau recrutement dans

la prostitution ou de représailles, c'est-à-dire à une violation de l'art. 4 CEDH (ATAF 2016/27, consid. 5.3.1).

Argumentation basée sur la CEDEF

La Suisse a le devoir d'identifier et de protéger les victimes de la traite des êtres humains. Cela découle de l'art. 6 CEDEF (obligation de supprimer le trafic des femmes) en liaison avec l'art. 2, let. b à e CEDEF (obligations pour les autorités d'interdire la discrimination, de protéger les droits des femmes, de s'abstenir de pratiques discriminatoires et d'éliminer la discrimination pratiquée par les personnes privées), avec l'art. 3 CEDEF (obligation d'assurer le plein développement et le progrès des femmes) et avec l'art. 5, al. 1 CEDEF (lutte contre les stéréotypes genrés).

Une argumentation détaillée fondée sur la CEDEF relative à la procédure d'asile est présentée dans l'exemple type 16.

Il faut également invoquer les recommandations générales du Comité CEDEF concernant l'interprétation des dispositions suivantes :

- **Recommandations générales n°s 35/2017 et 19/1992** concernant la violence à l'égard des femmes : la définition de la discrimination inclut la violence fondée sur le sexe (N. 6), en particulier l'exploitation sexuelle et l'exploitation de la main d'œuvre.
- **Recommandation n° 26/2008** sur la situation professionnelle des travailleuses migrantes : elle aborde une série de problèmes auxquels font face également les femmes victimes de traite et d'exploitation.
- **Recommandation générale n° 28/2010** concernant les obligations fondamentales des Etats parties en rapport avec le droit à la non-discrimination : les recommandations détaillent l'obligation faite aux Etats parties d'agir « avec la diligence due » pour prévenir la discrimination par des acteurs privés, faute de quoi les actes discriminatoires de ceux-ci peuvent être imputés à l'Etat (N. 13).
- **Recommandation générale n° 32/2014** sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie : la traite des femmes est une persécution sexiste et les Etats sont tenus d'organiser leurs procédures de façon à pouvoir identifier précocement les victimes de traite des femmes (ch. 15, 44-46).

Recommandations générales n°s 35/2017, 19/1992/, 26/2008, 28/2010, 32/2014
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Voir aussi les **constations du Comité CEDEF** ad art. 6, listées dans la partie 6
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Dans le cas particulier

En l'espèce, les autorités suisses n'ont pas respecté leur obligation d'éliminer la traite des femmes et de protéger les victimes de discriminations à la lumière des dispositions précitées de la CEDEF. Elles ont donc violé leur obligation de « diligence due » :

- Elles n'ont pas pris de mesures pour examiner le grief de traite des êtres humains malgré les différents indices réunis.
- La requérante n'a pas été identifiée comme une victime de la traite des femmes, en conséquence de quoi rien n'a été fait pour lui assurer une protection conformément à la LEI. Selon l'ATF 2C_373/2017, les victimes de traite d'êtres humains ont droit à une autorisation de séjour de courte durée en Suisse lorsque leur présence est requise pour la durée de l'enquête policière et de la procédure pénale.
- De ce fait, la requérante ne peut pas jouir des droits prévus par la loi sur l'aide aux victimes.
- La Suisse doit protéger la requérante et recourante, dans le cadre de la procédure d'asile, contre les formes de persécution sexospécifiques auxquelles elle est exposée en Mongolie, comme par exemple un nouveau recrutement dans la prostitution ou des violences fondées sur son genre, et lui accorder l'asile en raison de son sexe. L'admission provisoire peut éventuellement être accordée au motif que l'exécution de la décision est illicite ou ne peut être raisonnablement exigée si la personne visée est exposée au risque imminent d'un nouveau recrutement dans la prostitution ou de représailles, c'est-à-dire à une violation de l'art. 4 CEDH.

Autres règles internationales

Les mesures positives qu'un Etat est tenu de prendre pour protéger les victimes de la traite des êtres humains sont définies dans les traités internationaux suivants, auxquels le Comité CEDEF se réfère pour préciser les obligations de protection dévolues aux Etats :

- Protocole additionnel du 15 novembre 2000 à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (en vigueur pour la Suisse depuis 2006 ; RS 0.311.542) http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_311_542.html
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 200, http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/197.htm (en vigueur pour la Suisse depuis 2013 ; RS 0.311.543) http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20101963/index.html)
- Directive 2011/36/UE du parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène. Bien qu'elle *ne s'impose pas* à la Suisse, cette directive expose les standards en vigueur dans les pays

de l'UE.

- Art. 4 CEDH et jurisprudence de la CEDH concernant la traite des êtres humains (cf. recueil de cas sous : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Trafficking_FRA.pdf)
- UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale n° 7 : Application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite (HCR/GIP/06/07) ; https://www.unhcr.org/fr/4ad2f81e1a.pdf

Voir les **Observations finales de 2016** du Comité CEDEF relatives au quatrième et cinquième rapport de la Suisse, N. 29 s. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/CHE/CO/4-5&Lang=En (dans les six langues officielles de l'ONU)

Voir aussi les **Observations finales** de 2009 du Comité CEDEF sur le **troisième rapport périodique de la Suisse**, N. 29 s. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en (dans les six langues officielles de l'ONU)

Exemple type 16 : Droit d'asile
Persécution fondée sur le genre

Faits

Madame M., de nationalité irakienne, dépose une demande d'asile dans un centre fédéral pour requérants d'aile. Elle fait valoir qu'en Irak son père voulait la marier de force à un homme âgé et très influent. Après avoir dit qu'elle ne voulait pas de ce mariage, elle a été battue pendant des jours par son père. Celui-ci a maintenu sa décision, ne lui laissant pas le choix. Elle a finalement décidé de s'enfuir, avec l'aide financière de sa tante, et s'est retrouvée en Suisse après un long périple.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile au motif que Madame M, n'a pas rendu ses allégations vraisemblables : elle a exposé ses arguments sans manifester d'émotion et s'est contredite sur les faits ; de plus, elle aurait pu s'adresser aux pouvoirs publics en Irak pour obtenir une protection. Elle ne l'a pas fait, ce qui rend ses allégations encore moins crédibles.

Droit suisse applicable

L'art. 3, al. 1 de la loi sur l'asile (LAsi ; RS 142.31) définit les réfugiés comme des « personnes qui, dans leur Etat d'origine ou dans le pays de leur dernière résidence, sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques ». Sont notamment considérées comme de sérieux

préjudices « la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable » (art. 3, al. 2 LAsi). Dans ce contexte, la LAsi mentionne expressément les « motifs de fuite spécifiques aux femmes », dont il y a lieu de tenir compte (art. 3, al. 2 LAsi). Le mariage forcé en fait partie (cf. ATAF E-6456/2015 du 29 juin 2018, consid. 7.3).

Selon l'art. 17, al. 2 LAsi et l'art. 6 de l'ordonnance 1 sur l'asile (OA 1), s'il existe des indices de persécution liée au genre, la personne requérant l'asile doit être entendue par une personne du même sexe.

Argumentation basée sur la CEDEF

La Suisse est tenue de respecter ses engagements découlant de la Convention CEDEF, y compris dans la procédure d'asile. Le Comité CEDEF l'a souligné dans sa recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie. Dans ce document, le comité explique que l'interdiction de discriminer les femmes s'applique aussi au domaine de l'asile (N. 8). Sur le plan du droit matériel, cela signifie que le principe du non-refoulement est implicitement contenu dans l'art. 2, let. c CEDEF (N. 21-23). De plus, l'art. 2, let. c CEDEF impose aux Etats parties de tenir compte de la situation particulière et des besoins spécifiques des femmes dans la procédure d'asile (N. 16, 25). La Suisse doit donc prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect de l'égalité formelle et matérielle entre femmes et hommes dans la procédure d'asile (N. 8).

La recommandation générale n° 32/2014 précise que les formes de persécution sexiste incluent notamment les mutilations génitales, les mariages forcés et précoces, les menaces de violence et les crimes dits d'honneur, la traite des femmes, les attaques à l'acide, les viols et autres formes de violence sexuelle, les formes graves de violence domestique, la stérilisation forcée, les persécutions politiques ou religieuses contre les femmes qui ont des vues féministes ou qui refusent de se conformer à certaines normes sociales ou encore l'imposition discriminatoire de la peine de mort ou d'autres châtiments physiques (N. 15).

Les persécutions sexistes par des acteurs non étatiques privés sont interdites par l'art. 2, let. e CEDEF (recommandation générale n° 32/2014, N. 27). Lorsque les persécutions sont le fait de personnes privées, il ne faut pas conclure au manque de crédibilité des allégations uniquement parce que les requérantes d'asile n'ont pas demandé la protection des pouvoirs publics, en particulier dans un Etat qui tolère la violence sexiste (recommandation générale n° 32/2014, N. 29).

Il est en outre important de garder à l'esprit les art. 1, 2 et 3 ainsi que l'art. 16, al. 1, let. a et b CEDEF. L'art. 1 CEDEF définit la discrimination à l'égard des femmes. Les art. 2 et 3 énumèrent les obligations de mise en œuvre des Etats tandis que l'art. 16, al. 1, let. a et b précise que les femmes ont le même droit de contracter mariage, de choisir librement leur conjoint et de ne contracter mariage que de leur libre et plein consentement. Pour

interpréter ces dispositions, il convient de se référer aux recommandations générales suivantes :

- **Recommandation générale n° 35/2017** concernant la violence à l'égard des femmes fondée sur le sexe (actualisation de la recommandation générale n° 19) : la définition de la discrimination inclut la violence fondée sur le sexe, en particulier l'exploitation sexuelle et l'exploitation de la main d'œuvre.

- **Recommandation générale n° 21/1994** concernant l'égalité dans le mariage et les rapports familiaux : l'art. 16, al. 1, let. a et b garantit le droit de la femme de choisir librement son conjoint et interdit le mariage forcé.

Recommandations générales du Comité CEDEF
http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx

Voir aussi les **constatations du comité CEDEF** concernant un cas d'asile, comm. n° 53/2016 (A. c. Danemark). Toutefois, le comité n'est pas rentré en matière sur les communications de nombreuses requérantes d'asile après avoir estimé que les griefs n'étaient pas suffisamment fondés.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=3&DocTypeID=17

Dans le cas particulier

En l'espèce, le Secrétariat d'Etat aux migrations a violé le devoir qui lui incombe en vertu de la Convention CEDEF de mener une procédure d'asile sensible au genre et de reconnaître les motifs de fuite spécifiques aux femmes.

- La procédure d'asile n'a pas été menée de manière suffisamment sensible au genre car, selon les spécialistes, le fait qu'une victime de violence sexospécifique dépeint des événements sans montrer d'émotion et avec des contradictions ne doit pas nécessairement être interprété comme un défaut de crédibilité.

- Le Secrétariat d'Etat aux migrations a conclu de manière erronée que la requérante n'était pas crédible car elle n'avait pas recherché la protection des pouvoirs publics.

- En rejetant la demande d'asile de la requérante, la Suisse a violé le principe du non-refoulement. Compte tenu des persécutions qui l'attendaient au retour en Irak en raison de son sexe mais aussi de ses opinions religieuses et politiques, exprimées dans son refus de la norme sociale du mariage forcé, et de l'absence de protection de la part de l'Etat irakien, elle aurait dû obtenir le statut de réfugié si la LAsi avait été interprétée à la lumière de la Convention CEDEF.

Autres règles internationales

Les autres traités internationaux suivants contiennent des dispositions sexospécifiques concernant la procédure d'asile :

- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (**Convention d'Istanbul**, en vigueur pour la Suisse depuis le 1er avril 2018 ; RS 0.311.35). La Convention d'Istanbul stipule que la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre doit être reconnue comme une forme de persécution au sens de la Convention relative au statut des réfugiés (art. 60, al. 1) et que les autres motifs doivent être interprétés de manière sensible au genre (art. 60, al. 2). En outre, les Etats parties sont tenus de développer des procédures d'asile sensibles au genre, y compris pour l'octroi du statut de réfugié et pour la demande de protection internationale (art. 60, al. 3).

- L'art. 1, let. a, al. 2 de la Convention relative au statut des réfugiés (**Convention de Genève sur les réfugiés** ; RS 0.142.30) et son interprétation sexospécifique par le Haut-Commisssariat des Nations-Unies aux réfugiés, in : Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1 A (2) de la Convention et 1951 et/ou son Protocole de 1957 relatifs au statut des réfugiés, 7 mai 2002, HCR/GIP/02/01
  https://www.unhcr.org/3d58ddef4.pdf
  https://www.refworld.org/pdfid/3e4141744.pdf

Délai rédactionnel partie 4: 1er janvier 2019

Impressum

Guide de la CEDEF pour la pratique juridique. La Convention CEDEF et sa procédure internationale de communication. Conseils utiles et informations pratiques pour les avocat·e·s. Un outil en ligne de la CFQF. Berne, première publication électronique 2012. Dernière mise à jour : janvier 2019.
Edité par la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF.
Elaboré par Erika Schläppi, dr.iur. et avocate, en étroite collaboration avec les spécialistes du droit et les avocates Kathrin Arioli, dr.iur., Jeanne DuBois, lic.iur., Myriam Grütter, lic.iur., Christina Hausammann, lic.iur., Charlotte Iselin, lic.iur., Regula Kägi-Diener, prof. et dr.iur., Stephanie Motz, dr.iur., Caterina Nägeli, dr.iur., Luzia Siegrist, DAS in Law et Judith Wyttenbach, prof. et dr.iur.
Traduction : Catherine Kugler. Relecture juridique : Charlotte Iselin.
Publication exclusivement sur : www.comfem.ch > Publications
Disponible en français et en allemand.