



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

Exemple type 1 : Vie professionnelle

Admissibilité des quotas

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

Tous les exemples types au format PDF :

www.comfem.ch > Publications > Guide de la CEDEF > Exemples types

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, 3^e 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%20recommandation%2025%20\(French\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommandation%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

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

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 : 1^{er} 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.