



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 7 : Droit matrimonial

Calcul du revenu hypothétique en cas de séparation et de divorce

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 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 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. 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

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.