



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 8 : Droit matrimonial

Calcul des contributions d'entretien selon le droit de la famille, partage du déficit

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 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 crédientier (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 crédientier 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 crédientier ou débientier.

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 crédientier 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 (épïcène). 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 crédientières, 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 crédientier 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 crédientier (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 tient 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

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.