



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 9 : Droit matrimonial

Constitution de la prévoyance vieillesse après le 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 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 16^e 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 crédientier. En effet, c'est généralement l'époux crédientier 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 crédientier 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 crédientier 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 crédientier 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 crédientier.

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 crédientier. 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 crédientier 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 débiteur 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 crédientier 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 crédentier 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)

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.