



# Note d'information

Août  
2022

# 02

## Effets sur les familles des inégalités entre femmes et hommes dans le droit fédéral

Une étude réalisée par la Prof. Anne-Sylvie Dupont et la Dre Zoé Seiler de la faculté de droit de l'Université de Genève sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a recensé les différences formelles de traitement entre femmes et hommes dans le droit fédéral<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse, avis de droit, Dupont A.-S. et Seiler Z., juin 2021

### EN BREF

- Il y a dans les normes légales fédérales des inégalités entre les sexes. Certaines sont justifiées, d'autres ne le sont pas ou plus et sont de nature à affecter la vie et les ressources des familles.
- Un cadre légal qui n'est pas égalitaire fait perdurer les modes de vie dits traditionnels dans lesquels la femme accomplit l'essentiel des tâches non rémunérées et exerce, le cas échéant, une activité lucrative à un faible taux d'activité pendant que les hommes ont un taux d'emploi élevé et sont les pourvoyeurs d'une grande part des ressources financières du couple et de la famille. S'il peut être souhaité par des couples, ce mode de vie peut également conduire à des déséquilibres (financiers) néfastes.
- Les familles gagneraient à une meilleure égalité entre les sexes. L'égalité devrait être concrétisée concernant les congés liés à la naissance et les conditions auxquelles ceux-ci sont pris, la protection de la maternité et de la paternité dans les rapports de travail et les rentes de survivants.

La législation suisse opère des différences de traitement entre les sexes qui sont justifiées par des considérations biologiques. La protection de la femme enceinte en est une. Il existe en revanche des différences de traitement qui ne sont pas, pas suffisamment ou plus justifiables par des motifs biologiques.

**La note d'information présente quelques-unes des inégalités en droit ou de fait existantes en 2022 qui ont une importance particulière dans la vie des familles en Suisse.** Seront abordées des thématiques liées au droit du travail et aux assurances sociales. D'autres domaines du droit méritent une analyse des distinctions qu'ils opèrent, ou n'opèrent pas, entre les femmes et les hommes, notamment le droit de la filiation<sup>2</sup>. La présente note d'information a toutefois été limitée à une sélection de thèmes actuels dont la complexité matérielle est moindre.

## Congés liés à la naissance d'un enfant

Un congé de maternité (art. 16b ss de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain [LAPG]; RS 834.1) a été introduit en 2005 pour des motifs de politique familiale, mais aussi d'égalité entre les sexes car le congé permettait de diminuer une inégalité de fait dont souffraient alors les femmes sur le marché du travail. Pas débattue lors de l'introduction d'un congé de maternité, la mise en place d'un congé de paternité ou d'un congé parental a depuis été maintes fois soulevées<sup>3</sup>, respectivement le fait d'accorder des droits aux pères lors d'une naissance a été thématiqué<sup>4</sup>.

La jurisprudence fédérale<sup>5</sup> admet qu'une différence de traitement en faveur des mères est admissible pour des raisons biologiques.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2021 est entré en vigueur le droit à un congé de paternité de 10 jours pour les nouveaux pères (art. 16i ss LAPG). Celui-ci peut être pris en une fois ou sous forme de jours isolés dans les six mois qui suivent la naissance de l'enfant (14 indemnités journalières, 10 jours de congé). Le droit à une indemnisation répond aux mêmes exigences que pour les jeunes mères et l'allocation correspond également, comme pour ces dernières, à 80 % du revenu moyen de l'activité réalisé avant la naissance de l'enfant, mais au plus à 196 francs par jour (art. 16e-16f, 16l LAPG).

L'introduction d'un congé rémunéré en faveur des nouveaux pères est un pas vers un traitement égalitaire des parents lors de la naissance d'un enfant. Les considérations égalitaires n'étaient cependant pas au cœur des débats qui l'ont précédée<sup>6</sup>. Si la différence de traitement entre les mères et les pères est en partie justifiée par des raisons biologiques, celles-ci ne peuvent légitimer des durées de congé si divergentes. Une double discrimination demeure<sup>7</sup>. Dans la situation légale actuelle, les pères ne peuvent jouir d'un congé plus long que 10 jours pour accueillir le nouveau-né et prendre en charge certaines tâches au sein du ménage alors que les mères continuent d'assurer la prise en charge du jeune enfant durant ses premiers mois de vie parallèlement aux tâches domestiques en raison d'un congé sensiblement plus long. A relever encore que le congé de maternité sert également à la création du lien mère-enfant, ainsi que le reconnaît le

Conseil fédéral<sup>8</sup>. La création du lien était aussi un objectif du congé de paternité<sup>9</sup>. Or la différence entre les deux semaines accordées aux pères pour créer une relation avec leur enfant et les six semaines dont disposent les mères pour la création du lien en sus des huit semaines d'interdiction de travailler est importante et soulève la question d'une discrimination.

Dès 2010, la Commission fédérale pour les questions familiales (COFF)<sup>10</sup> a prôné l'introduction d'un congé parental en Suisse qui compléterait le congé de maternité<sup>11</sup>. Elle a argué en particulier d'effets positifs sur la santé des membres de la famille et de retombées positives sur l'économie grâce notamment au retour plus important des femmes sur le marché du travail. A ces considérations-là s'ajoute l'aspect égalitaire qui est tout autant important. Si les deux parents bénéficient d'un congé parental de plusieurs mois, les pères peuvent s'impliquer davantage dans la prise en charge à la fois des enfants et du travail domestique et les mères assumer moins de tâches familiales et le cas échéant reprendre une activité lucrative plus rapidement, voire également à un taux plus important. Enfin, il peut être souligné que l'accueil de nourrissons dans des structures extrafamiliales est onéreux et que le besoin en places d'accueil pour nourrissons est moindre si les parents bénéficient d'un congé plus long. Le modèle développé par la COFF en 2010 et légèrement remanié en 2018 prévoit une durée de congé globale de 38 semaines, qui comprend les 14 semaines du congé de maternité actuel. Pour l'attribution des 24 nouvelles semaines, la commission recommandait que huit semaines soient réservées aux pères et que 16 semaines soient laissées à la libre disposition des deux parents qui choisissent de manière indépendante le partage qui leur convient. Depuis 2018, les mentalités ont poursuivi leur évolution vers une société plus égalitaire et les pères bénéficient désormais de deux semaines de congé à la naissance de leur enfant. A l'étranger, des Etats nordiques ont modifié ces dernières années leur législation en réduisant les possibilités pour les parents de choisir comment ils se répartissent les semaines du congé parental car il a été constaté que le libre choix nuit à la mise en place d'une meilleure égalité<sup>12</sup>.

2 V. à ce sujet par ex. Dupont A.-S. et Seiler Z., chap. II, ch. 2 et le rapport du 21.06.2021 du groupe d'expert «Abstammungsrecht» (*droit de la filiation*) institué par le Conseil fédéral.

3 V. par ex. l'initiative parlementaire 20.472 «Congé parental de deux fois quatorze semaines. Mêmes chances sur le marché du travail pour les deux parents», la motion 19.3847 «Enfin un vrai congé parental pour mieux concilier vie familiale et vie professionnelle» et la motion 14.3068 «Remplacer l'allocation de maternité par un congé parental».

4 V. par ex. les motions 06.3662 «Un congé-paternité pour associer les pères dès la naissance» et 07.3156 «Loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain. Modification».

5 ATF 140 I 305 consid. 3.2.

6 Dupont A.-S. et Seiler Z., chap. II, ch. 8, p. 100.

7 Dupont A.-S. et Seiler Z., chap. II, ch. 8, p. 100.

8 Avis du Conseil fédéral du 01.09.2021 sur la motion 21.3734.

9 V. notamment l'intervention du rapporteur de commission sur l'initiative parlementaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-CE) «Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité» (18.441) le 20.06.2019, BO 2019 E 556.

10 Dénommée «Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF)» jusqu'à fin 2018.

11 [www.coff-ekff.admin.ch](http://www.coff-ekff.admin.ch) > Publications > Congé parental.

12 *Policy Brief* de la COFF no 3 «Congé parental: un investissement nécessaire et rentable», novembre 2020.

## Allocation complémentaire d'exploitation pour les mères indépendantes

Le système d'allocations prévoit en sus de l'allocation de base une allocation d'exploitation pour les personnes indépendantes qui effectuent leur service dans l'armée (art. 8 LAPG). Les mères exerçant une activité indépendante ne bénéficient pas d'une telle allocation complémentaire durant le congé de maternité (art. 16e a contrario et art. 16g LAPG). La situation est semblable pour les pères indépendants durant le congé de paternité, toutefois l'impact financier n'est pas le même en raison des durées de congé et du nombre d'indemnités journalières qui diffèrent. L'adéquation du versement de l'allocation d'exploitation entre le service militaire et les congés liés à la naissance mérite d'être examinée sous l'angle du soutien aux mères et pères indépendants. Le Conseil fédéral est chargé de mettre en œuvre la motion 19.4270 qui demande le traitement égalitaire des femmes indépendantes en cas de maternité et des personnes qui font du service en leur accordant le droit à une allocation d'exploitation.

## Reprise partielle de l'activité respectivement jours de congé utilisés pour réduire temporairement le taux d'activité

Les mères perdent leur droit aux allocations de maternité dès qu'elles reprennent une activité professionnelle, même si elles ne travaillent que de manière sporadique ou elles ne le font qu'à un taux réduit (art. 16d al. 3 LAPG). Il est laissé à l'appréciation du père (en accord avec sa famille et son employeur) de prendre le congé de paternité de deux semaines en une fois ou de manière échelonnée (art. 16k al. 4 LAPG). Celui-ci peut en conséquence décider de prendre des jours isolés et de réduire de facto son activité sur une période donnée.

Si les huit semaines d'interdiction de travailler pour les mères repose sur des considérations liées à leur santé, il semble opportun de remettre en cause l'impossibilité pour celles-ci de reprendre une activité lucrative à temps réduit ou, présenté différemment, de prendre des jours de congé isolés durant les semaines restantes du congé de maternité sans perdre le droit aux allocations de maternité. Les pères jouissent d'une flexibilité dont ne disposent pas les mères durant les semaines 9 à 14.

## Protection de la maternité et de la paternité contre le licenciement

Les femmes salariées jouissent d'une protection contre le licenciement du début de la grossesse à 16 semaines après l'accouchement (art. 336c du code des obligations [CO]; RS 220). L'employé qui devient père ne bénéficie en revanche pas d'une protection particulière en droit du travail durant le temps pendant lequel il peut faire valoir son droit à un congé de paternité. Toutefois, le délai de résiliation est prolongé du nombre de jours de congé restant si le contrat de travail d'un père est résilié avant qu'il n'ait pris l'ensemble des jours auxquels il a droit (art. 335c al. 3 CO). Le code des obligations contient de nombreuses dis-

positions visant à protéger spécifiquement les femmes enceintes et celles ayant accouché depuis peu sur le marché du travail. Elles sont destinées à équilibrer une situation déséquilibrée et à protéger un groupe de personnes, les femmes enceintes et jeunes mères, qui sont durant une période donnée défavorisées<sup>13</sup>. La protection particulière offerte aux futures et nouvelles mères est justifiée selon la jurisprudence fédérale par leur capacité concurrentielle sur le marché de l'emploi qui n'est pas intacte<sup>14</sup>. La disposition protège de spécificités biologiques et équilibre une inégalité de fait.

La protection contre le licenciement des femmes enceintes ou ayant accouché depuis moins de 16 semaines repose sur une distinction biologique justifiée. L'absence de protection des pères contre le licenciement repose sur une volonté explicite du législateur<sup>15</sup>. Il y a néanmoins lieu de s'interroger plus avant sur la nécessité de protéger les jeunes pères de manière similaire durant le temps où ils peuvent faire valoir leur congé de paternité puisqu'ils se trouvent eux aussi de facto durant une période défavorisée sur le marché du travail, même si c'est dans une mesure moindre puisque leur retour au travail ne dépend pas de leur santé.

## Interdiction pour la femme enceinte d'effectuer certains travaux ou de travailler de nuit

Il existe en droit du travail des prescriptions spécifiques pour protéger la santé des femmes enceintes ou allaitantes dans l'exercice de leur activité professionnelle, dans le domaine de l'aviation (art. 36 de l'ordonnance sur l'aviation; RS 748.01) ainsi qu'en cas de travaux pénibles et dangereux ou de travail de nuit (art. 35 al. 3 et 35b al. 2 de la loi sur le travail; RS 822.11). Si le traitement différencié de la femme enceinte ou allaitante est justifié pour protéger son intégrité physique, l'interdiction de travailler qui lui est imposée si l'employeur ne peut l'affecter à d'autres tâches a des conséquences financières non négligeables: son salaire est maintenu à hauteur de 80% seulement.

<sup>13</sup> Dupont A.-S. et Seiler Z., chap. I, ch. 2.

<sup>14</sup> ATF 139 I 57 consid. 4.2.

<sup>15</sup> Rapport explicatif de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-CE) du 15.04.2019, FF 2019 3309, 3321 ad art. 335c al. 3 CO.

## Rente en cas de décès du conjoint

L'octroi d'une rente au conjoint survivant a été décidé alors que prévalait un système de répartition des tâches dit traditionnel qui postule que l'homme pourvoit aux besoins financiers de la famille et la femme se consacre aux tâches éducatives et ménagères au sein du foyer. Par tant, c'est à la femme veuve qu'a été accordé le droit à une rente au décès de son conjoint supposé être le contributeur financier du ménage. Lorsqu'elle a été introduite<sup>16</sup>, la rente de veuf n'a pas été soumise aux mêmes conditions que la rente de veuve, en raison notamment des moyens financiers étatiques à disposition. Mais d'autres raisons ont conduit à des conditions différenciées: le législateur a considéré que la société peut « attendre du mari qu'il reprenne l'exercice d'une activité lucrative après avoir mené à bien l'éducation des enfants »<sup>17</sup>. L'inégalité de traitement préconisée entre les veuves et les veufs paraissait alors défendable, ainsi que le précisait le Message du Conseil fédéral<sup>18</sup>. Les conditions de vie des familles ont depuis lors changé. La répartition des rôles entre femmes et hommes, mères et pères ne correspond plus nécessairement au modèle dit traditionnel et les femmes sont plus actives sur le marché du travail. Dans un arrêt de chambre du 20 octobre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a conclu à la violation de l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)<sup>19</sup>. Pour la chambre de la CEDH, des références aux traditions ou attitudes sociales majoritaires ayant cours dans un pays donné ne suffisent plus aujourd'hui à justifier une différence de traitement fondée sur le sexe. L'arrêt relève que le « gouvernement ne saurait se prévaloir de la présomption selon laquelle l'époux entretient financièrement son épouse (concept du « mari pourvoyeur »), en particulier lorsque celle-ci a des enfants, afin de justifier une différence de traitement qui défavorise les veufs par rapport aux veuves »<sup>20</sup>. L'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre de la CEDH par le gouvernement suisse et n'est pas encore définitivement tranchée<sup>21</sup>. Le Conseil fédéral estime que les veuves doivent encore bénéficier d'une protection supérieure et que les réalités sociales en Suisse ne permettent pas d'uniformiser totalement les conditions auxquelles l'AVS subordonne le droit à une rente de veuve ou de veuf. Un membre de la Chambre a toutefois relevé que l'affaire est pécuniaire et concerne le versement d'une prestation sociale, ce qui relève de l'article 1 du Protocole n° 1. Or la Suisse n'a pas ratifié le Protocole n° 1 à la Convention.

Nonobstant les considérations purement juridiques de la CEDH, force est de constater que les réalités sociales ont changé et qu'il y a lieu que le législateur suisse réexamine les conditions d'octroi des rentes de survivants sous l'angle des conditions de vie actuelle et du droit à l'égalité, ce que ne conteste pas le Conseil fédéral dans sa réponse à la motion 20.4445. En particulier, il y a lieu de vérifier l'existence d'une justification raisonnable à l'inégalité de traitement des veufs. Les parlementaires sont appelés à examiner la question dans le cadre du traitement de la revendication

de l'initiative 21.511 « Egalité pour les veuves et les veufs dès que le dernier des enfants atteint l'âge de 18 ans ». Un nivellement par le bas, c'est-à-dire un alignement des conditions d'octroi de la rente de veuve sur celles de la rente de veuf n'est toutefois pas souhaitable puisqu'il mettrait alors en péril la sécurité financière de la veuve cette fois, ce que l'Etat a voulu éviter en introduisant cette rente. C'est un droit pour les veufs similaire à celui octroyé aux veuves qui devrait être introduit.

---

16 Dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, modification du 07.10.1994, e.e.v. 01.01.1997

17 Message concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 05.03.1990, FF 1990 II 1, 38 *in fine*.

18 FF 1990 II 1, 38.

19 Arrêt CEDH du 20.10.2020, Affaire B. contre Suisse, requête no 78630/12.

20 Arrêt CEDH cité, consid. 74.

21 Le collège de la Grande Chambre a accepté le 08.03.2021 la demande du gouvernement suisse de renvoyer l'affaire devant la Grande Chambre. L'affaire est pendante.

# Egalité formelle et égalité matérielle, discriminations directes et indirectes

En droit, une distinction est faite entre égalité formelle et égalité matérielle. L'égalité formelle ou égalité en droit exige des lois qu'elles traitent de manière identique les situations identiques et de manière différente les situations dissemblables. L'égalité est consacrée par l'article 8<sup>22</sup> de la Constitution fédérale (Cst.; RS 101). Une norme qui traite différemment l'homme et la femme contrevient en principe à l'article 8 alinéa 3 Cst. et constitue une discrimination directe. Au principe d'égalité de traitement, l'article 8 alinéa 2 Cst. ajoute une interdiction des discriminations. Aux termes de cet alinéa, nul ne doit subir de discrimination du fait, notamment, de son sexe, de son âge, de sa situation sociale et de son mode de vie. On est en présence d'une discrimination selon l'article 8 alinéa 2 Cst. lorsqu'une personne est traitée différemment en raison de son appartenance à un groupe particulier qui, historiquement ou dans la réalité sociale actuelle, souffre d'exclusion ou de dépréciation (ATF 147 III 49 consid. 9.5). Le principe de non-discrimination n'interdit pas pour autant toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'article 8 alinéa 2 Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible (ATF 147 III 49 consid. 9.5, ATF 138 I 205 consid. 5.4). Les inégalités qui résultent d'une distinction doivent faire l'objet d'une justification particulière (ATF 137 V 334 consid. 6.2.1). En matière d'égalité entre les sexes, un traitement distinct est possible s'il repose sur des différences biologiques ou fonctionnelles excluant catégoriquement un traitement identique (ATF 126 I 1 consid. 2, ATF 147 III 49 consid. 9.5). Nous retenons ainsi qu'il n'y a pas discrimination si la différence de traitement est justifiée par une différence biologique ou fonctionnelle inhérente à l'un des deux sexes, comme c'est le cas de la maternité, spécifique à la femme.

L'égalité matérielle ou égalité de fait se réfère au résultat d'une réglementation. Une disposition qui, malgré une apparence neutre du point de vue du sexe, a pour effet de désavantager dans les faits une plus grande proportion de représentants d'un des sexes, sans que cette différence ne soit justifiée objectivement par des différences biologiques, introduit une inégalité matérielle contraire à l'article 8 alinéa 3 Cst. et constitue une discrimination indirecte.<sup>23</sup> En se plaçant sous un angle différent, l'égalité matérielle prend en considération les différences résultant de la réalité sociale pour y apporter les adaptations propres à atteindre l'égalité de fait. C'est à cette égalité de fait que tend l'article 8 alinéa 3 Cst. par la création de conditions favorables à sa réalisation et la correction des inégalités de fait.<sup>24</sup>

22 1 Tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

2 Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

3 L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail.

4 La loi prévoit des mesures en vue d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées. (art. 8 Cst.)

23 ATF 138 I 205 ; Perrenoud S. et Hürzeler M., no 40.

24 Dupont A.-S. et Seiler Z., chap. I, ch. 1 *in fine*.

## Bibliographie

### Etude

Les inégalités directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral suisse, avis de droit, Dupont A.-S. et Seiler Z., juin 2021

### Autres sources

Inégalités dans la prévoyance professionnelle suisse et possibilités d'action, avis de droit, Perrenoud S. et Hürzeler M., août 2021

Statistique des nouvelles rentes 2020, Communiqué de presse, Office fédéral de la statistique, 18.01.2022

### Editrice

Commission fédérale pour les questions familiales COFF  
c/o Office fédéral des assurances sociales OFAS  
Effingerstrasse 20, 3003 Berne  
sekretariat.ekff@bsv.admin.ch  
coff.ch

### Auteurs

Nadine Hoch et Natacha Devaux, secrétariat de la COFF

Cette note d'information résume l'étude citée. Elle rassemble également quelques informations générales pour appréhender la problématique.

### Renseignements et contact

Nadine Hoch  
Responsable du secrétariat de la Commission fédérale pour les questions familiales COFF  
tél. 058 484 98 04  
sekretariat.ekff@bsv.admin.ch