
Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

**La répartition traditionnelle
des tâches entre les conjoints,
au regard du principe de l'égalité
entre homme et femme**

Thèse
présentée à la Faculté de droit et des sciences
économiques de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Audrey Leuba

Avocate, LL.M. (Harvard)

1997



Stämpfli SA, entreprise d'arts graphiques, Berne

Madame Audrey Leuba est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée: «La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 3 février 1997

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques

Pierre-Henri Bolle

Le même ouvrage a été publié aux Stämpfli Editions SA Berne comme fascicule 603 de la série

Etudes de droit suisse ASR

fondées par le professeur Max Gmür †, continuées par les professeurs Theo Gohl † et Hans Merz †, éditées par Heinz Hausheer, Dr en droit, professeur à l'Université de Berne.

©

Stämpfli Editions SA Berne - 1997
Impression et reliure par Stämpfli SA
Entreprise d'arts graphiques. Berne
Printed in Switzerland

A mes parents et à mon frère,
A Andrio,

Remerciements

Nous tenons ici à remercier tout particulièrement Monsieur le Professeur Jean-François Aubert pour le soutien attentif qu'il nous a prêté lors de la rédaction de ce travail et pour les judicieuses remarques dont il nous a fait bénéficier. Nous remercions également Monsieur le Professeur Olivier Guillod qui a toujours été un interlocuteur stimulant et a su nous soutenir tout en ne négligeant pas de nous faire des critiques. Nos remerciements vont également à Monsieur le Professeur Thomas Geiser pour l'attention qu'il a portée à notre travail et pour ses remarques constructives. Qu'il nous soit également donné de remercier Monsieur le Professeur Pascal Mahon pour ses précieux commentaires, ainsi que toute l'équipe de l'Institut suisse de droit comparé qui nous a très agréablement accueilli et nous a aidé dans nos recherches.

Merci encore à tous ceux qui nous ont encouragé durant l'élaboration de la thèse et sans l'appui desquels celle-ci n'aurait pas vu le jour. Nous remercions tout spécialement notre famille ainsi qu'Andrio pour leur soutien inconditionnel, Stéphane, Dominique et Michela pour leur précieuse collaboration dans la relecture du manuscrit, de même que Marie pour son aide efficace dans la mise en forme du texte.

TABLE DES MATIERES

I. INTRODUCTION	1
II. GENERALITES SUR LE MODELE TRADITIONNEL DE PARTAGE DES TACHES	5
A. Historique du partage des tâches	5
B. Statistiques	10
1. Introduction	10
2. Quel est le pourcentage de couples qui soutiennent le partage égalitaire ?	12
3. Evolution du partage des tâches dans les ménages depuis 1979/80 ?	14
4. Influence de la vie en couple et de l'activité lucrative de la femme sur le temps consacré aux activités domestiques	15
5. Comment évolue le temps consacré par l'homme au travail domestique lorsque son activité professionnelle diminue ?	23
6. Comment se répartit le supplément de travail domestique lié à l'apparition d'enfants dans le ménage ?	25
7. Quels types de travaux domestiques effectuent l'homme et la femme ?	29
8. Conclusion intermédiaire	29
C. Approche sociologique du partage des tâches	31
1. Généralités	31
2. Eléments influençant le partage des tâches	33
3. De quelle manière évolue la répartition des tâches domestiques ?	40
4. Conclusion intermédiaire	42
D. La valorisation macro-économique du travail domestique	45
1. Généralités	45
2. Comment calculer la valeur de la production non marchande ?	47
3. Remarques	52
III. UNE ANALYSE ECONOMIQUE DE LA REPARTITION TRADITIONNELLE DES TACHES	55
A. Généralités sur l'analyse économique des comportements familiaux	55
1. Notions	55
2. Critiques	58
3. Utilité de l'analyse économique dans le domaine de la famille	63

B. La théorie développée par Becker	65
1. Présentation générale	65
2. Développement	68
3. Deux exemples chiffrés.....	73
4. Critiques de la théorie	76
C. Conclusion intermédiaire	78
IV. LES CONSEQUENCES PROFESSIONNELLES DU MODELE TRADITIONNEL POUR LE CONJOINT AU FOYER AU MOMENT DU DIVORCE	81
A. La théorie du capital humain et l'évaluation des coûts de l'investissement en capital humain	81
B. Les conséquences du partage traditionnel des tâches sur le capital humain du conjoint au foyer	84
V. LES DROITS ET EXPECTATIVES A L'EGARD DES ASSURANCES SOCIALES AU MOMENT DU DIVORCE	87
A. Introduction	87
B. La loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)	88
1. Généralités	88
2. Les objectifs du Conseil fédéral pour la 10e révision de la LAVS	88
3. Analyse des prestations offertes par la LAVS	90
a) Généralités.....	90
b) Les rentes ordinaires	92
(1) La rente de vieillesse	92
(a) Les conditions du droit à la rente de vieillesse	92
(i) L'ancien droit	92
(ii) Le nouveau droit.....	94
(b) Le mode de calcul de la rente de vieillesse	94
(i) L'ancien droit	94
(a) Principe.....	94
(b) La bonification pour tâches éducatives (ci-après bonus éducatif)	102
(ii) Le nouveau droit.....	109
(a) Principe.....	109
(b) Le bonus éducatif	111
(2) La rente complémentaire	117
(a) Les conditions d'octroi.....	117
(i) L'ancien droit	117
(ii) Le nouveau droit.....	118

(b) Le mode de calcul de la rente complémentaire	118
(3) Les prestations de survivant en faveur de la veuve ou du veuf	118
(a) Les conditions d'octroi	118
(i) L'ancien droit	118
(ii) Le nouveau droit	120
(iii) Commentaires relatifs aux conditions d'octroi de la rente de survivant ..	122
(b) Le mode de calcul de la rente de survivant	126
(i) L'ancien droit	126
(ii) Le nouveau droit	127
(c) L'allocation unique	128
(i) L'ancien droit	128
(ii) Le nouveau droit	128
c) Les rentes extraordinaires	129
(1) Les conditions d'octroi	129
(a) L'ancien droit	129
(b) Le nouveau droit	131
(2) Le mode de calcul de la rente extraordinaire	133
4. Le conjoint au foyer dans la LAVS d'avant la 10e révision	133
5. Le conjoint au foyer dans le nouveau droit	135
6. Commentaires généraux	137
a) La LAVS révisée au regard du principe de l'égalité entre homme et femme	137
(1) Les mesures visant à réaliser l'égalité de traitement entre homme et femme	138
(2) Les mesures visant à réaliser une égalité matérielle entre homme et femme	139
b) Des améliorations pour le conjoint assumant un travail domestique ?	140
C. La loi sur l'assurance-invalidité (LAI)	143
1. Développement	143
2. Conclusion intermédiaire	146
D. La loi sur les prestations complémentaires (LPC)	146
1. Développement	146
2. L'ancien droit	147
3. Le nouveau droit	148
4. Conclusion intermédiaire	148
E. La loi sur la prévoyance professionnelle (LPP)	148
1. Généralités	148
2. Effets de la loi pour le conjoint au foyer	149
a) Le libre passage	149
b) Les différents types de rentes	159
3. Conclusions intermédiaires	161
F. Le 3e pilier lié et non lié	162
1. Développement	162
2. Conclusions intermédiaires	168

G. La loi sur l'assurance-chômage (LACI)	169
1. Développement	169
2. Conclusions intermédiaires	176
H. La loi sur l'assurance-accidents (LAA)	177
1. Développement	177
2. Conclusions intermédiaires	181
I. La loi sur l'assurance-maladie (LAMal)	181
1. Développement	181
2. Conclusion intermédiaire	183
J. La loi sur l'assurance-militaire (LAM)	183
1. Développement	183
2. Conclusion intermédiaire	185
K. Le régime des allocations familiales	186
1. Développement	186
2. Conclusions intermédiaires	192
L. Conclusion	193
VI. LES COMPENSATIONS APPORTEES PAR LE DROIT DE LA FAMILLE	195
A. Introduction : analyse économique	195
1. Généralités sur l'analyse économique du droit du divorce	195
2. Développement	198
a) Généralités	198
b) Différences dans la nature et le moment où interviennent les contributions traditionnelles	199
c) Protection offerte par le droit	202
(1) Les indemnités après divorce	203
(2) Les causes de divorce	204
(3) Autres solutions ?	205
3. Conclusion intermédiaire	206
B. L'article 151 alinéa 1 CCS	211
1. Généralités	211
2. But de l'article 151 alinéa 1 CCS	213
3. Conditions d'octroi de l'indemnité	214
a) La faute du défendeur	214
b) L'innocence du demandeur	215
c) Un dommage	216
d) Le lien de causalité entre le dommage et le divorce	216
e) Commentaire	217

4. Types de dommages couverts par l'article 151 alinéa 1 CCS	217
a) Généralités	217
b) Perte du droit à l'entretien	219
c) Perte des expectatives d'assurances sociales	222
d) Perte des expectatives successorales	222
e) Autre type de dommage ?	227
(1) Le préjudice professionnel ainsi que la perte des fruits, récoltés après le divorce, grâce à des investissements effectués pendant le mariage	227
(2) Expectative portant sur des biens communs non partagés en cas de divorce	230
(3) Conclusion intermédiaire	231
5. Appréciation de l'étendue de la compensation	231
a) Le choix du niveau de vie de référence	231
b) Les critères d'appréciation	236
c) Les moyens financiers à disposition	239
d) Comment calcule-t-on le montant de l'indemnité ?	249
6. Le critère de la répartition des tâches	255
a) Remarques préliminaires	255
b) Le rôle du critère du partage des tâches	255
(1) Avant la "révolution tranquille"	255
(2) La "révolution tranquille"	258
(a) Prise en considération des circonstances concrètes du partage des tâches	258
(b) Remise en cause du privilège réservé à l'activité éducative	259
(c) Suppression du droit de la femme de rester au foyer	264
(d) L'ATF 115 II 6	267
c) Effets de la prise en considération du critère du partage des tâches	270
d) Remarques à propos de la jurisprudence relative au critère du partage des tâches entre les époux pendant le mariage	272
7. Les principes directeurs à la base de la jurisprudence actuelle sur l'article 151 alinéa 1 CCS	274
a) Le principe de l'égalité entre homme et femme	274
b) L'idéal d'un partage <i>clean break</i>	278
c) Retenue dans l'appréciation de circonstances propres à la situation des parties ou de choix qui relèvent de leur autonomie contractuelle : "ce qui est privé reste privé"	285
8. L'évolution de la nature de l'indemnité après divorce dans la jurisprudence de l'article 151 alinéa 1 CCS	286
a) La nature de l'indemnité et son évolution	286
b) Commentaire	293
9. Appréciation critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 151 alinéa 1 CCS	295
10. La réparation du dommage issu du divorce dans le projet de révision du droit du divorce	304
a) Généralités	304
b) L'entretien après le divorce	305

C. L'article 152 CCS	314
D. La liquidation du régime matrimonial	317
1. Généralités	317
2. Le régime de la participation aux acquêts.....	317
3. Le régime de la communauté de biens.....	320
4. Excursus dans le droit des Etats-Unis.....	321
E. Les compensations apportées pendant le mariage	327
1. Généralités	327
2. L'article 164 CCS.....	330
3. La contribution extraordinaire à l'entretien de la famille sous la forme de revenus ou de fortune (art. 165 al. 2 CCS).....	332
F. Conclusion	335
VII. LE MODELE TRADITIONNEL ET LE PRINCIPE DE L'EGALITE ENTRE HOMME ET FEMME	337
A. Introduction	337
B. Le principe de l'égalité entre homme et femme à l'article 4 alinéa 2 Cst.	338
C. Quel est le but de politique juridique qui est poursuivi en matière d'égalité entre homme et femme en particulier dans le domaine de la famille ?	348
1. Introduction	348
2. L'évolution des théories féministes de l'égalité.....	348
a) Introduction	348
b) Vue des juristes féministes libérales.....	350
c) Vue des juristes féministes culturalistes.....	353
3. L'article 4 alinéa 2 Cst.....	361
4. Le droit international.....	362
a) Au niveau des Nations Unies	363
(1) Les Pactes des Nations Unies de 1966.....	363
(2) La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.....	366
(3) Textes émanant de l'Organisation internationale du travail	370
b) Au niveau européen	371
5. Conclusion intermédiaire.....	375
D. La concrétisation du principe de l'égalité dans la législation suisse	375
1. Le droit de la famille	375
a) Généralités.....	376
b) Le partage des tâches entre les conjoints	378
c) L'autonomie financière du conjoint au foyer.....	381

d) Les droits du conjoint au foyer sur ses biens et sur les biens produits par la communauté conjugale	382
e) Conclusion intermédiaire	383
2. Les assurances sociales	386
3. La loi fédérale sur l'égalité (LEg)	388
4. Conclusions et appréciation critique	390
VIII. DE LEGE FERENDA	395
A. Une diversification des moyens d'indemniser le conjoint économiquement le plus faible	395
1. Le problème	395
2. Un exemple qui nous vient des Etats-Unis	395
a) Généralités	395
b) Le partage équitable des biens	395
c) Conclusion intermédiaire	399
3. Quelques autres propositions	399
B. Un soutien en matière d'assurances sociales ?	400
1. Introduction	400
2. Un nouveau risque social ?	401
a) Développement	401
b) Statistiques	402
c) Conclusion intermédiaire	404
3. Une nouvelle rente de besoin	405
IX. BIBLIOGRAPHIE	407
A. Assurances sociales	407
B. Droit du divorce	416
C. Droit constitutionnel	433

ABREVIATIONS

<i>a</i>	ancien droit
al.	alinéa
<i>a</i> LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants avant la 10e révision
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BGE	= ATF
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BV	= Cst.
BVG	= LPP
c.	considérant
CCS	Code civil suisse
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CGSS	Cahiers genevois de sécurité sociale
ch.	chiffre
cit.	cité(e)
CO	Code des obligations
Cst.	Constitution fédérale
DTA	Droit du travail et assurance-chômage : bulletin de l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
éd.	édition ou éditeur
éds	éditeurs
EMRK	= CEDH
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVG	= TFA
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FF	Feuille fédérale
FSA	Bulletin de la Fédération suisse des avocats
JT	Journal des Tribunaux

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes
LFA	Loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture
LFLP	Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct
lit.	littera
LPC	Loi fédérale sur les prestations complémentaires
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
n.	numéro
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage
OAI	Ordonnance sur l'assurance-invalidité
OAM	Ordonnance sur l'assurance militaire
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OLAA	Ordonnance sur l'assurance-accidents
OLP	Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
OPP2	Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
OPP3	Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance
PJA	Pratique juridique actuelle
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité

RAM	Revenu annuel moyen
RAVS	Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation
RdA	Recht der Arbeit
RDS	Revue de droit suisse
RDT	Revue du droit de tutelle
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RNRF	Revue du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
ss	et suivants
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des Assurances
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	= CCS
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

Avertissements :

- les citations en langue étrangère n'ont en principe pas été traduites;
- en règle générale, la référence aux arrêts du Tribunal fédéral indique uniquement le numéro définissant l'année de la parution de l'arrêt, le chiffre représentant la partie de la collection des arrêts à laquelle il est fait référence et la page;
- les références aux auteurs de doctrine juridique suisse renvoient à la bibliographie figurant à la fin de cet ouvrage. Les références aux auteurs de doctrine juridique étrangère ainsi qu'aux auteurs ayant écrit des ouvrages et/ou articles dans un autre domaine que la science juridique sont mentionnées en notes de bas de page.

I. INTRODUCTION

Le travail domestique (ménager et éducatif)¹, aujourd'hui encore largement assumé par les femmes, cause un dommage économique au conjoint qui s'y consacre. Outre un manque à gagner, le conjoint qui renonce à exercer une activité lucrative subit une diminution de sa capacité de gain ainsi qu'une réduction des expectatives de développement de sa carrière professionnelle².

Pendant le mariage, ce dommage est pris en charge par l'union conjugale. Le manque à gagner est partagé entre les époux et l'atteinte à la capacité de gain ou à la carrière professionnelle du conjoint au foyer est compensée par un partage entre les conjoints des gains réalisés par l'autre conjoint. Au moment du divorce par contre, les conséquences économiques de l'accord des conjoints relatif au partage des tâches dans la famille ne sont plus prises en charge par les conjoints mais retombent principalement sur les épaules du conjoint au foyer.

Le dommage professionnel du conjoint au foyer qui divorce est un phénomène récent. Il s'est développé progressivement dans la seconde moitié de ce siècle. Auparavant, la femme n'avait pas ou peu de formation ou de perspectives professionnelles; elle avait la garantie que le mariage lui procurerait un soutien financier pour la vie. Le partage traditionnel des tâches dans la famille causait un dommage moins important. Surtout, il était équitablement compensé au moment du divorce. L'indemnité viagère versée par le conjoint exerçant une activité lucrative au conjoint économiquement le plus faible fournissait en effet une protection équitable au

¹ Nous utiliserons la notion de travail domestique pour désigner tant les activités de soins et d'éducation des enfants que les travaux effectués dans le ménage. Nous parlerons de travail ménager lorsque nous nous référerons à la seconde catégorie uniquement.

² Les économistes parlent d'atteinte au "capital humain", voir à ce sujet les ouvrages de Gary BECKER, *Human Capital*, Chicago 1975 et *Treatise on the Family*, 2e éd. Cambridge/Londres 1991.

conjoint domestique qui s'était acquitté fidèlement de ses obligations matrimoniales³.

L'évolution du mariage⁴ et l'augmentation du nombre des divorces⁵, l'entrée des femmes sur le marché du travail⁶, le principe de l'égalité entre homme et femme ainsi que la tendance des époux à investir dans leur capacité de gain⁷, valeur qui ne fait pas partie de la liquidation du régime matrimonial, ont bouleversé l'équilibre sur lequel reposait le modèle traditionnel de répartition des tâches au sein de la famille. Malheureusement cette évolution s'est faite au détriment du conjoint au foyer.

Il est indiscutable que le travail domestique est productif de valeur⁸. Il est utile non seulement aux individus qui composent la famille mais également à l'ensemble de la société qui bénéficie des enfants "produits" par les familles. Il est également un facteur de stabilité sociale. Il semble dès lors

³ Ce système, basé sur le critère de la faute, reste pourtant inéquitable pour le conjoint "non vertueux", ou un peu plus fautif que l'autre conjoint, qui ne recevra aucune indemnité, même si le dommage qu'il subit est important.

⁴ Le mariage est passé d'une union jouant un rôle économique important pour la société et pour les conjoints à une union basée sur l'amour et l'affection (Wolfram MÜLLER-FREIENFELS, *Ehe und Recht*, Tübingen 1962, 39-40).

⁵ L'indicateur conjoncturel de divortialité est actuellement de 38 %, ce qui signifie que 38 mariages sur 100 contractés durant l'année 1994 seront dissous par un divorce (Annuaire statistique de la Suisse 1996, 48).

⁶ Le taux d'activité rémunérée des femmes est d'environ 54 % (31 % à plein temps et 23 % à temps partiel), selon un Microrecensement de 1989 (tiré de Claire JOBIN, *Entre les activités professionnelle et domestique : la discrimination sexuelle*, Lausanne 1995, 92).

⁷ Voir notamment l'ouvrage de Mary Ann GLENDON, *The New Family and the New Property*, Toronto 1981, *New Family*, sur ce qu'elle appelle les "nouveaux biens".

⁸ GOLDSCHMIDT-CLERMONT parle d'une contribution de l'activité domestique au produit national brut qui se situe entre 30 et 50 % (Luisella GOLDSCHMIDT-CLERMONT, "Assessing the economic significance of domestic and related activities" in *Statistical Journal of the United Nations*, ECE 5 [1987], 81 ss [84]).

inéquitable que les conséquences économiques de cette activité soient principalement mises à la charge du conjoint qui s'y consacre.

Cette thèse examine la manière dont le travail domestique est pris en considération au moment du divorce, c'est-à-dire au moment où se font sentir le plus durement les conséquences économiques d'un modèle traditionnel de répartition des tâches. Nous faisons abstraction des conséquences économiques pouvant frapper le conjoint au foyer en cas de décès du conjoint exerçant une activité lucrative.

Etant donné que le sujet peut difficilement être envisagé d'un point de vue juridique uniquement, nous consacrons une introduction à des réflexions économiques et sociologiques sur les motifs qui poussent les conjoints à s'organiser selon un modèle traditionnel. Des statistiques, une valorisation macro-économique du travail domestique ainsi qu'une présentation historique de l'apparition du modèle traditionnel dans les familles européennes au XIXe siècle enrichissent cette partie introductive.

Ensuite, nous consacrons un chapitre au dommage professionnel subi par le conjoint au foyer ainsi qu'aux multiples désavantages en matière d'assurances sociales dont il fait l'objet. Nous poursuivons l'analyse en examinant les dispositions du droit du divorce (droit positif et projet de révision) et du droit matrimonial qui compensent dans une certaine mesure les préjudices susmentionnés. Cette analyse est éclairée par quelques réflexions tirées de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*) en matière de droit de la famille.

Nous poursuivons en examinant si le modèle traditionnel de partage des tâches est conforme à l'égalité entre homme et femme, tel que postulée à l'article 4 alinéa 2 de la Constitution fédérale.

Une dernière partie conclut ce travail par des propositions permettant une prise en considération plus adéquate du dommage causé par le modèle traditionnel de répartition des tâches.

II. GENERALITES SUR LE MODELE TRADITIONNEL DE PARTAGE DES TACHES

A. Historique du partage des tâches

Le modèle traditionnel de la femme s'occupant des tâches domestiques et de l'homme assumant l'entretien de la famille est apparu dans le dernier quart du XIII^e siècle⁹, au moment de la Révolution industrielle. Auparavant, l'économie reposait sur l'artisanat, la paysannerie et le petit commerce. Les individus travaillaient pour leur propre subsistance et celle de leur famille. L'industrialisation a changé le mode de production des ressources, entraînant une modification importante de l'organisation familiale.

Avec la Révolution industrielle, les petites entreprises familiales font progressivement place à des industries, ce qui va contribuer à l'externalisation du travail lucratif. La force de travail et la propriété sur les outils seront dissociées : tandis que le travailleur met à disposition la seule chose dont il est propriétaire, c'est-à-dire sa force de travail, le propriétaire de l'entreprise fournit les outils nécessaires à la production. Les individus qui auparavant travaillaient pour leur propre compte vont peu à peu vendre leur force de travail contre un salaire. Les machines permettront de rationaliser le travail et d'augmenter la production, favorisant un déplacement du lieu de production des fermes, où les travailleurs logeaient avec leur famille et exploitaient la terre, vers l'usine. Cette modification dans la production des ressources influencera la sphère familiale : la sphère familiale, auparavant partie intégrante de la sphère de production des ressources, sera séparée de cette dernière et deviendra peu à peu le pendant de la sphère productive.

A l'origine, la sphère de production des ressources n'était pas réservée uniquement aux hommes. Les femmes pouvaient travailler dans les usines tout comme les hommes. Cependant, de par leur statut considéré comme inférieur dans la société, les femmes recevaient un salaire inférieur, ce qui rendait ce type de main-d'oeuvre très intéressant pour les employeurs mais

⁹ Edward SHORTER, *Naissance de la famille moderne*, Paris 1977 (édition originale en anglais, New York 1975), 280-281.

trop concurrentiel pour la main-d'œuvre masculine. Ce statut inférieur de la femme sur le marché du travail représentait une menace certaine pour les hommes dont la force de travail coûtait plus cher. Les syndicats de travailleurs militeront en faveur d'un retrait des femmes du monde du travail, en argumentant que leur place naturelle se situe au foyer.

Parallèlement à cette opposition des syndicats ouvriers à la présence des femmes dans les usines, la bourgeoisie a peu à peu développé un modèle d'organisation familiale confinant la femme dans le ménage. Les activités domestiques furent largement valorisées dans la littérature. Tandis que l'homme assumait toutes les tâches à l'extérieur du foyer, la femme se voyait attribuer la haute main sur l'intérieur du foyer. Cette "mode" bourgeoise créera une séparation sexuelle qui viendra s'ajouter à la séparation entre sphère domestique et sphère publique, issue de la Révolution industrielle.

A partir du milieu du XIXe siècle, le modèle familial bourgeois va progressivement se répandre au sein de la classe ouvrière. Tant l'Eglise, l'Etat, que le patronat et les sociétés de bienfaisance étaient favorables à l'extension de ce modèle dans la classe ouvrière. Cette dernière voyait également cette évolution d'un bon oeil. Par ce biais, les travailleurs ont pu réclamer une augmentation des salaires qui leur permette de conserver leur épouse à la maison plutôt que de l'envoyer à l'usine¹⁰.

Avec la Révolution industrielle, le changement dans le mode de production et la création de deux sphères séparées, c'est aussi le type d'activités de la ménagère qui va changer. Dans la famille de l'ère préindustrielle, les activités féminines ne se limitaient pas aux activités domestiques¹¹ mais

¹⁰ Martine SEGALAN, "La Révolution industrielle : du prolétaire au bourgeois", in *Histoire de la Famille*, sous la direction de A. BURGUIERE ET AL., tome 2, Paris 1986, 375 ss (396).

¹¹ Les activités domestiques étaient peu nombreuses car il aurait été difficile de faire de grands nettoyages dans la maison paysanne constituée d'un toit de chaume et d'un sol de terre battue. Les activités d'époussetage, encaustiquage, chasse aux toiles d'araignées, etc. qui sont le lot de la ménagère moderne n'existaient pas dans les ménages d'avant l'ère industrielle (SHORTER [voir ci-dessus note 9], 85-86).

comprenaient encore toute une série de travaux à l'extérieur du ménage¹². Outre l'achat des aliments, la gestion du ménage et l'éducation des enfants, les femmes s'occupaient d'acheter des habits pour les membres de la famille, de meubler l'appartement, de négocier avec les commerçants le paiement des factures et, dans certaines régions, de payer le loyer¹³. Parfois il leur arrivait même d'avoir la haute main sur les finances du ménage, puisqu'elles décidaient comment l'argent allait être dépensé et distribuait celui-ci aux membres de la famille¹⁴. Elles s'occupaient également de petites tâches de production de ressources, telles le vannage, la culture de légumes, les soins des animaux, etc.

Les activités typiquement effectuées par chacun des sexes dans la famille de l'ère préindustrielle sont résumées dans le tableau suivant¹⁵ :

¹² Claire JOBIN (voir ci-dessus note 6), 34.

¹³ Louise A. TILLY/Joan W. SCOTT, *Les femmes, le travail et la famille*, Paris/Marseille 1987, 234-240, 238.

¹⁴ TILLY et SCOTT rapportent qu'à cette époque en Angleterre la plus grande partie de l'argent gagné par le mari était utilisée pour les achats de nourriture, dont la femme avait la charge (TILLY/SCOTT [voir ci-dessus note 13], 234-240 [238]).

¹⁵ Tiré de SHORTER (voir ci-dessus note 9), 87.

	Tâches féminines	Tâches masculines
Intérieur de la maison	Soins des enfants Cuisine Ménage Comptes de la maison Artisanat rural	Allumage du four Comptes de la ferme
Extérieur de la maison	Collecte du bois Transport de l'eau Jardin potager Soins de la basse-cour et de la laiterie Vente des produits de la basse-cour et de la laiterie Vannage Désherbage Conserves du porc	Stockage du vin Nourriture du bétail Vente du bétail Entretien du matériel agricole Béchage Labourage Fenaison Abattage des porcs

Dans la famille bourgeoise, le type d'activités effectuées par la femme va changer. Certaines des tâches de la femme bourgeoise correspondent à celles dont elle avait la responsabilité auparavant. Toutes les activités de gestion du ménage vont subsister et même se développer. Cependant, bon nombre d'autres tâches effectuées par la femme avant la Révolution industrielle et qui contribuaient au bon fonctionnement économique de l'entreprise familiale vont lui être retirées. Dans la famille bourgeoise, la place de la femme est au foyer. C'est elle qui a la responsabilité du bon fonctionnement du ménage, de l'éducation des enfants et qui doit créer un cadre agréable pour son mari. Il n'y a aucune place pour elle dans la sphère publique dans laquelle évolue le mari.

Toute une littérature et une presse féminines vont se développer autour de cette nouvelle vision de la femme et renforcer le nouveau mode de vie qui se mettait progressivement en place. Des ouvrages de cette époque vantent les traits naturels de la femme, tels que la tendresse, la disponibilité, le dévouement, le charme, l'amour, ainsi que ses talents pour les travaux

de décoration, de broderie, etc. qui la destinent naturellement à se consacrer au travail domestique¹⁶.

La femme est censée se sacrifier à sa famille. Pour certains cela implique même qu'elle renonce à la "beauté corporelle, à la parure, et à toutes les distractions vaines et égoïstes qui l'auraient empêchée de se consacrer au service de la maison avec un dévouement absolu"¹⁷.

Selon la conception dominante de l'époque, les qualités propres à la femme, dont l'homme était dépourvu, trouvaient leur origine dans des différences biologiques ou physiologiques entre les sexes, différences qui sont également renforcées par l'éducation.

L'apparition du modèle familial bourgeois réduira progressivement l'importance de la communauté dans laquelle la famille évoluait (voisins, habitants de la même commune, jeunes du village, etc.) et provoquera un repli de la famille sur elle-même¹⁸. Tandis que dans la famille paysanne, les tâches domestiques faisaient partie du processus de production et jouaient à ce titre un rôle important, dans la famille bourgeoise s'est créée une séparation entre la sphère de production dans laquelle évolue le mari et la sphère domestique réservée à la femme et dans laquelle on trouve des vertus telles que la chaleur, la sincérité, l'harmonie, etc.¹⁹. Cette séparation entre sphère privée et sphère publique a contribué à rendre la femme dépendante du mari et inférieure à celui-ci.

En effet, même si la femme avait la haute main sur les tâches qui lui incombaient, elle n'avait que peu de pouvoir dans les négociations avec son mari. Les tâches dont elle s'acquittait étaient considérées comme subalternes car exécutées en dehors du marché²⁰. La femme bourgeoise aura de plus en plus recours à des aides extérieures qui vont peu à peu caractériser

¹⁶ SEGALEN, Révolution industrielle (voir ci-dessus note 10), 396-397.

¹⁷ Tiré de SHORTER (voir ci-dessus note 9), 92.

¹⁸ SHORTER (voir ci-dessus note 9), 263-269.

¹⁹ SEGALEN, Révolution industrielle (voir ci-dessus note 10), 393 et 397.

²⁰ SHORTER (voir ci-dessus note 9), 84 et 89-90.

le statut de la famille bourgeoise. En fonction de ses revenus, la famille bourgeoise emploiera un ou plusieurs domestiques, la maîtresse de maison ayant alors avant tout un rôle de supervision. Mais ce recours à des aides extérieures contribuera à la dévalorisation du travail domestique²¹.

B. Statistiques

1. INTRODUCTION

Les statistiques sur le partage des tâches au sein de la famille sont en Suisse peu nombreuses et récentes²². Les premières, effectuées au niveau

²¹ SEGALEN, Révolution industrielle (voir ci-dessus note 10), 393.

²² En Suisse, la première étude effectuée au niveau national date de 1979/80. Elle a été réalisée par le Service d'étude des transports dans le cadre d'une enquête sur les habitudes de déplacement. Une analyse en a été effectuée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) qui en a publié les résultats en 1981 in *Emploi du temps en Suisse, Rapport na 1 de l'enquête sur les ménages de la SET 1979/80*, Berne 1981. Une seconde étude a été réalisée en 1991 : *Les Suisses et leur société : positionnement et images*, enquête réalisée par LEVY, GUYE, BASSAND, JOYE et analysée et publiée par l'Office fédéral de la statistique in *Vers l'égalité : Aperçu statistique de la situation des femmes et des hommes en Suisse*, Berne 1993; on trouve également quelques données statistiques sur la catégorie des femme/homme au foyer dans le microrecensement effectué en 1989 par l'Office fédéral de la statistique en collaboration avec le Service d'étude des transports et intitulé *Enquête sur les transports*, Berne 1989.

On trouve également des études empiriques, réalisées dans le cadre d'une approche sociologique de la famille, sur la base d'un échantillonnage restreint et de questions permettant de confirmer ou d'infirmer les théories sociologiques des auteurs. Voir notamment les travaux de Jean KELLERHALS/Jean-François PERRIN ET AL., *Mariages au quotidien : inégalités sociales, tensions culturelles et organisation familiale*, Lausanne, 1982; François HÖPFLINGER/Maria CHARLES/Annelies DEBRUNNER, *Familienleben und Berufsarbeit : Zum Wechselverhältnis zweier Lebensbereiche*, Zurich 1991; Hans-Joachim HOFFMANN-NOWOTNY/François HÖPFLINGER ET AL., *Planspiel Familie, Familien, Kinderwunsch und Familienplanung in der Schweiz*, Diessenhofen 1984; Anna BOROWSKI/Ursula STREICKEISEN, *Arbeitsbiographie von Frauen : eine soziologische Untersuchung struktureller und subjektiver Aspekte*, Grösch 1989; HELD/LEVY ET AL., 1991; Christiane RYFFEL-GERICKE, *Männer in Familie*

cantonal, datent de la deuxième moitié des années 70²³. La première enquête sur le plan fédéral date de 1979/80²⁴.

Le travail domestique est difficile à délimiter. Cette difficulté se retrouve dans l'établissement de la valeur du travail domestique effectué dans un ménage : doit-on prendre en considération l'ensemble des activités effectuées par le conjoint au foyer ? Les statisticiens ont résolu la question en recourant au critère de la tierce personne²⁵. Ainsi seules les activités qui créent des biens ou des services qui auraient pu être fournis par une personne engagée à cet effet sont prises en considération. La garde et le soin des enfants entrent par exemple dans les activités domestiques. Par contre, les activités purement récréatives ne sont pas prises en compte. Mais,

und Beruf : eine empirische Untersuchung zur Situation Schweizer Ehemänner, Diessenhofen 1983.

L'Office fédéral de la statistique œuvre à la réalisation d'une enquête sur la famille dont les résultats seront intégrés au projet international d'enquête sur la famille et la fécondité, coordonné par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (DEMOS, *Bulletin d'information démographique* publié par l'OFS, Berne 2/95, 3). Cette enquête porte notamment sur l'évolution du partage des rôles et des tâches entre femmes et hommes. Parallèlement, les instituts de recherche universitaires de Genève et Zurich réalisent un projet de recherche financé par le Fonds national de la recherche scientifique et portant sur l'analyse des biographies de l'homme et de la femme, selon les théories démographiques et sociologiques les plus récentes. Les résultats ne seront disponibles qu'en 1998 (DEMOS, *Bulletin de l'OFS*, Berne 2/95, 6).

²³ La première étude effectuée est celle de KELLERHALS/PERRIN publiée dans le cadre de leur recherche sociologique in *Mariages au quotidien* (voir ci-dessus note 22).

²⁴ Avec l'entrée des femmes sur le marché du travail, l'importance d'une répartition égalitaire du travail domestique a commencé à se faire sentir. Il est alors apparu important de constituer des données statistiques sur la réalité du partage des tâches dans les ménages suisses.

²⁵ "An economic service is one which may be done by someone other than the person benefiting therefrom" in HAWRYLYSHYN Oli, "Towards a Definition of Non-Market-Activities", *Review of Income and Wealth* 23/1977, vol. 1, 79 ss (87), New Haven. Voir également HILL T.P., "Do it Yourself and GDP", *Review of Income and Wealth* 25/1979, vol. 1, 31 ss (34), New Haven; SCHÄFER D., "Haushaltproduktion in gesamtwirtschaftlicher Betrachtung", *Wirtschaft und Statistik*, 5/1988, 309-318, Stuttgart et Mainz.

malgré l'utilisation du critère de la tierce personne, il reste quelquefois difficile de délimiter les activités domestiques d'autres activités et notamment des activités récréatives. Ainsi, les jeux avec les enfants peuvent entrer dans l'une comme dans l'autre de ces deux catégories.

Il est ainsi quelquefois délicat de comparer les diverses enquêtes entre elles²⁶, car la notion de travail domestique n'a pas toujours été indiquée précisément aux personnes interrogées. Certaines enquêtes ont par exemple laissé à l'appréciation des personnes intéressées la notion de travail domestique, alors que d'autres ont clairement défini de quoi il s'agissait.

Sur la base des données à disposition, nous allons examiner le pourcentage de pénétration du modèle égalitaire dans la population, l'évolution des différents modèles depuis une quinzaine d'années ainsi que l'influence de quelques circonstances sur le choix du mode de partage des tâches (le mariage, l'activité lucrative de la femme, la diminution de l'activité lucrative du mari et la présence d'enfants). Cela nous permettra de faire un pronostic sur les chances actuelles du modèle égalitaire.

2. QUEL EST LE POURCENTAGE DE COUPLES QUI SOUTIENNENT LE PARTAGE EGALITAIRE ?

Le modèle égalitaire est peu répandu dans la population. Selon une étude effectuée à Genève entre 1976 et 1977, après deux ans de mariage, seuls 7 % des couples ont un partage égalitaire des tâches domestiques²⁷. Un sondage réalisé en 1988, le sondage UNIVOX²⁸, montre que le partage traditionnel des rôles est encore largement soutenu dans la population. 41 % des Suisses interrogés se sont déclarés *très d'accord* avec l'affirmation suivante²⁹ : "le mieux c'est encore lorsque l'homme travaille et la

²⁶ OFS, *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 34.

²⁷ KELLERHALS et al. (voir ci-dessus note 22), 160.

²⁸ Toutes les références à ce sondage sont tirées de l'ouvrage *Familienleben und Berufsarbeit*, de François HÖPFLINGER, Maria CHARLES et Annelies DEBRUNNER (voir ci-dessus note 22), 119-122.

²⁹ Formulée en allemand de la façon suivante : *Am besten ist immer noch, wenn der Mann arbeitet und die Frau für Kinder und Haushalt sorgt.*

femme s'occupe des enfants et du ménage". En outre, 28 % supplémentaires se sont déclarés *plutôt d'accord*. Seuls 19 % ont explicitement écarté cette solution. On note une nette différence selon l'âge de la personne interrogée. Dans la tranche d'âge 20-39 ans, seuls 23 % étaient très favorables. Ce résultat passe à 45 % pour les personnes qui ont entre 40 et 64 ans et à 74 % pour ceux qui ont plus de 65 ans. On trouve par contre peu de différences entre les réponses des hommes et celles des femmes (respectivement 43 % et 39 %) ³⁰. En outre, une affirmation ³¹ soutenant une *incompatibilité entre le travail rémunéré et le travail domestique pour la femme* a obtenu un soutien de 47 % des personnes interrogées et un refus de 31 %.

Dans ce même sondage, une affirmation favorable à un partage égalitaire des tâches ³² ("le mieux c'est quand les deux partenaires sont professionnellement actifs et se partagent le travail domestique") a été soutenue par seulement 22 % des personnes interrogées, 23 % se déclarant en outre *plutôt d'accord*. 30 % écartaient explicitement ce modèle et 22 % se montraient indécis. A noter qu'on trouve un nombre un peu plus grand de femmes que d'hommes (respectivement 26 % et 19 %) parmi les voix très favorables au modèle égalitaire. Il n'y a par contre pas d'écart significatif selon la classe d'âge. Par ailleurs, une affirmation ³³ postulant que *la plupart des hommes sont impliqués de manière trop unilatérale dans le travail rémunéré et n'ont pas assez de temps pour la femme et les enfants* a obtenu un soutien de la part de 65 % des personnes interrogées.

³⁰ On remarquera que le modèle traditionnel a un peu plus de partisans en Suisse allemande (43 %) qu'en Suisse romande (32 %) et plus de soutien dans les campagnes (46 %) que dans les villes (37 %). Il est également plus soutenu parmi les travailleurs (55 %) que parmi les employés (36 %).

³¹ Formulée en allemand : *Beruf und Familie sind schlecht vereinbar. Eine Frau muss sich für eines der beiden entscheiden.*

³² Formulée en allemand comme ceci : *Am besten ist, beide Partner sind berufstätig und teilen sich in der Familienarbeit.*

³³ La déclaration est formulée en allemand de la façon suivante : *Die meisten Männer sind zu einseitig im Beruf eingespannt und haben zuwenig Zeit für Frau und Kinder.*

Le sondage est à analyser avec précaution, car il y a certaines contradictions dans les déclarations des personnes sondées³⁴. Il est toutefois reconnaissable que le modèle traditionnel a moins de soutien auprès des jeunes générations qu'auprès des générations plus âgées et que le modèle égalitaire est un peu plus soutenu par les femmes que par les hommes.

3. EVOLUTION DU PARTAGE DES TACHES DANS LES MENAGES DEPUIS 1979/80 ?

Deux études ont été effectuées sur ce thème à 11/12 ans d'intervalle. Une comparaison entre l'étude de 1979/80 et celle de 1991 est toutefois délicate car elles n'ont pas été effectuées de la même manière. Dans la seconde étude, les personnes interrogées indiquent le temps qu'elles consacrent aux activités domestiques en fonction de leur propre définition de ce qui entre dans cette rubrique. En outre, elles effectuent elles-mêmes une estimation globale du nombre d'heures hebdomadaires qu'elles consacrent aux travaux domestiques. La première étude par contre se base sur un questionnaire qui demande aux personnes interrogées d'indiquer quart d'heure par quart d'heure le type d'activité exercée. En outre la catégorie tâches domestique est définie plus précisément³⁵.

Malgré ces réserves, on peut globalement se rendre compte que le partage des tâches entre les conjoints n'a pas changé. En comparant le temps consacré au travail domestique par chacun des conjoints dans un couple sans enfant, on constate que si la masse du travail domestique a diminué³⁶, la

³⁴ La somme des réponses favorables au modèle traditionnel et celle des réponses favorables au modèle égalitaire totalisent 114 % (voir commentaire de HÖPFLINGER/CHARLES/DEBRUNNER [voir ci-dessus note 22], 121 note 3).

³⁵ Il s'agit des travaux ménagers (cuisine, ménage, lessive), de s'occuper des enfants à la maison (soins, ménage, jeux), des achats, des affaires personnelles et des trajets pour les achats (Vers l'égalité ? [voir ci-dessus note 22], 31).

³⁶ Cette diminution de la masse du travail domestique peut s'expliquer de différentes manières. Il y a tout d'abord une tendance croissante à l'automatisation du travail ménager, ce qui réduit le temps de travail. On trouve également une plus grande proportion de couples dont les deux conjoints travaillent à temps complet, ce qui implique rationalisation du travail domestique et recours à une aide extérieure au ménage. La diminution du

disproportion entre les heures consacrées par l'homme et la femme au travail domestique subsiste. En 1979/80, dans une famille d'adultes vivant seuls (sans enfant), la femme consacrait en moyenne environ 30 heures par semaine au travail domestique et l'homme quelque 6 heures. En 1991, un même couple consacre en moyenne respectivement 22 heures et 5 heures par semaine³⁷.

4. INFLUENCE DE LA VIE EN COUPLE ET DE L'ACTIVITE LUCRATIVE DE LA FEMME SUR LE TEMPS CONSACRE AUX ACTIVITES DOMESTIQUES

Une étude réalisée en 1979/80³⁸ constate qu'en moyenne³⁹, la femme consacre beaucoup plus de temps au travail domestique que l'homme, (43 minutes par jour en moyenne pour les hommes et 4 heures et demie pour les femmes⁴⁰). Cette différence est déjà manifeste à l'adolescence où les filles passent dans le ménage presque une heure et quart (73 minutes) et les garçons seulement un peu moins d'une demi-heure (27 minutes).

nombre des naissances a probablement également contribué à la réduction du travail domestique.

³⁷ Voir tableaux T3.1.2 et T3.2.3 in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), respectivement 102 et 104.

³⁸ Enquête budget temps de 1979/80, in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 31.

³⁹ La moyenne est ici calculée en 1979/80 pour des individus qui ont entre 17 et 80 ans et plus, sans tenir compte de leur situation familiale.

⁴⁰ Voir ci-dessous graphique G3.1.1.

Il est intéressant de noter qu'en moyenne les Suisses romands passent un bon quart d'heure de moins dans le travail domestique que les Suisses allemands (respectivement 146 mn et 163 mn par jour). Quant aux Tessinois, ils consacrent à leur ménage une demi-heure de plus que les Suisse allemands (198 mn par jour). On note également un investissement plus important dans le travail au foyer dans les basses classes sociales de la population et un investissement moindre dans les classes sociales plus élevées. Cela peut s'expliquer par un recours plus important à des aides extérieures ou par une plus grande utilisation de l'automatisation dans ces dernières catégories. Ces indications ressortent de l'enquête de 1979/80.

Elle s'accroît très nettement dès la tranche d'âge 20-24 ans (173 minutes pour les femmes et 33 minutes pour les hommes), pour prendre des proportions impressionnantes à partir de 25 ans (respectivement 305 et 48 minutes). A partir de 40 ans, le temps consacré aux tâches domestiques diminue pour les femmes comme pour les hommes, très vraisemblablement sous l'effet de la diminution des tâches éducatives (écoliers et adolescents demandant un peu moins de soins éducatifs au fur et à mesure qu'ils grandissent). A partir de 60 ans, l'activité domestique de la femme a tendance à diminuer et celle de l'homme à augmenter⁴¹.

La vie en couple a pour effet d'augmenter encore le travail domestique pris en charge par la femme et de diminuer l'activité domestique fournie par l'homme. La durée moyenne pour une femme et un homme vivant seuls est de respectivement 10 et 6 heures par semaine. Lorsque l'homme et la femme vivent en couple, sans enfant, ces chiffres passent à respectivement 22 et 5 heures par semaine⁴².

Lorsqu'ils travaillent à plein temps, l'homme et la femme vivant seuls, sans enfant, ont une durée moyenne de travail ménager de 6.2 heures par semaine pour l'homme et de 6.8 heures pour la femme⁴³. Lorsqu'ils vivent en couple et travaillent à plein temps, ces chiffres passent à 12.1 heures par semaine pour la femme et à 4.8 pour l'homme⁴⁴.

⁴¹ Voir tableau T3.1.1 sur le temps consacré à différentes activités, selon le sexe et l'âge, en 1979/80, in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 101.

⁴² Voir ci-dessous graphique G3.2.1. Pour plus de précisions, voir tableau T3.2.3, in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 104.

⁴³ *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 35-36.

⁴⁴ *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 36.

A noter qu'une étude récente montre que cette disproportion dans le nombre d'heures consacrées au travail domestique par la femme et par l'homme lorsque le couple travaille à plein temps s'est amoindrie. La femme travaille en moyenne 15 heures par semaine dans le ménage et l'homme 10 heures (Population et société, en mutation, rapport sur la situation démographique en Suisse, Berne 1997, 106).

Lorsque la femme exerce une activité lucrative, la participation du mari aux activités domestiques augmente légèrement⁴⁵. Toutefois, même lorsque la femme travaille à plein temps, une minorité des couples seulement partage également le travail domestique⁴⁶.

Il est également intéressant de constater que l'augmentation très nette du temps consacré au travail domestique de la femme jusqu'à l'âge de 25 ans s'accompagne d'une chute de la durée quotidienne de son activité professionnelle à partir de ce moment-là, tandis que pour les hommes le temps consacré aux activités professionnelles augmente progressivement jusqu'à l'âge de 25 ans pour se stabiliser et rester relativement constant jusqu'au moment de la retraite⁴⁷.

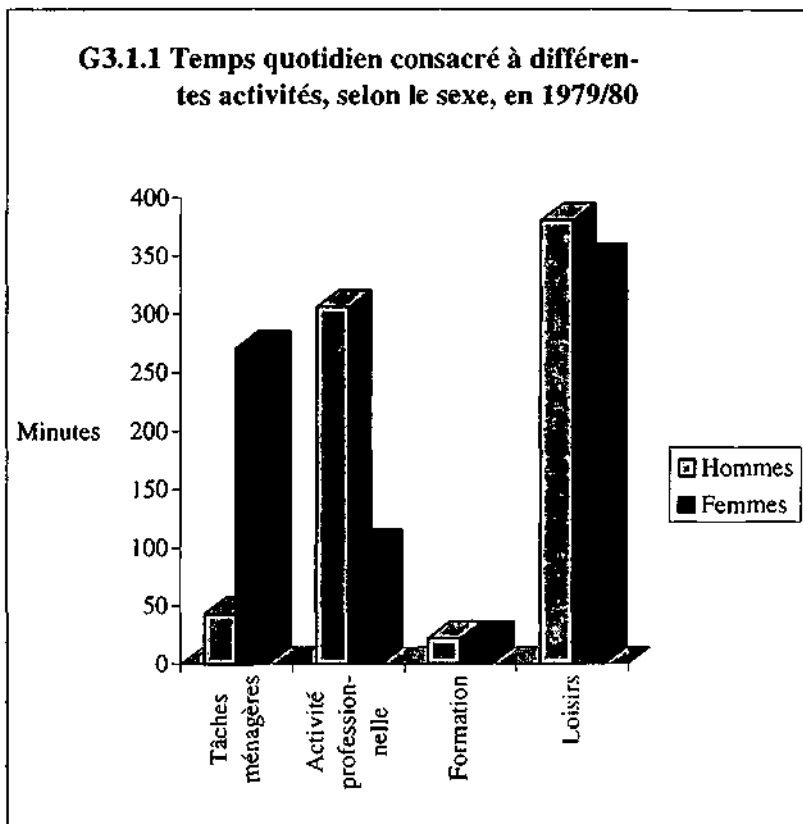
En conclusion, on constate que le mariage a tendance à entraîner pour la femme une augmentation de la durée des activités domestiques et une diminution de son activité professionnelle, tandis que pour l'homme "l'union pour la vie" n'a qu'une influence limitée sur son degré de participation dans le ménage et sur son investissement professionnel. L'activité professionnelle exercée par la femme n'entraîne par contre pas automatiquement un mode égalitaire de partage des tâches entre les conjoints. Souvent, elle entraîne plutôt ce que l'on appelle une double charge pour la femme : en plus de son activité lucrative, elle assume la majeure partie de l'activité domestique. C'est ainsi que l'on peut conclure que, globalement, les femmes actives ont moins de temps libre que les hommes. Selon une étude réalisée en France, le temps contraint total des femmes actives, c'est-à-dire le temps qui n'est pas libre, dépasse largement

⁴⁵ KELLERHALS ET AL. (voir-ci-dessus note 22), 162.

⁴⁶ Dans l'étude genevoise susmentionnée, cela représente 9 % des cas selon les hommes interrogés et 11 % des cas selon les femmes, in KELLERHALS ET AL. (voir-ci-dessus note 22), 163. Cela confirmerait les résultats d'études américaines effectuées dans les années 70 sur cette question (pour plus de détails, voir les références citées par KELLERHALS ET AL., 163).

⁴⁷ Voir ci-dessous graphique G3.1.3. Pour des données plus détaillées, voir tableau sur le temps consacré à différentes activités, selon le sexe et l'âge en 1979/80, in Vers l'égalité ? (voir ci-dessus note 22), 101.

celui des hommes actifs. Ceux-ci ont un temps contraint de 57 heures par semaine en moyenne alors que celui des femmes est de 66 heures⁴⁸.

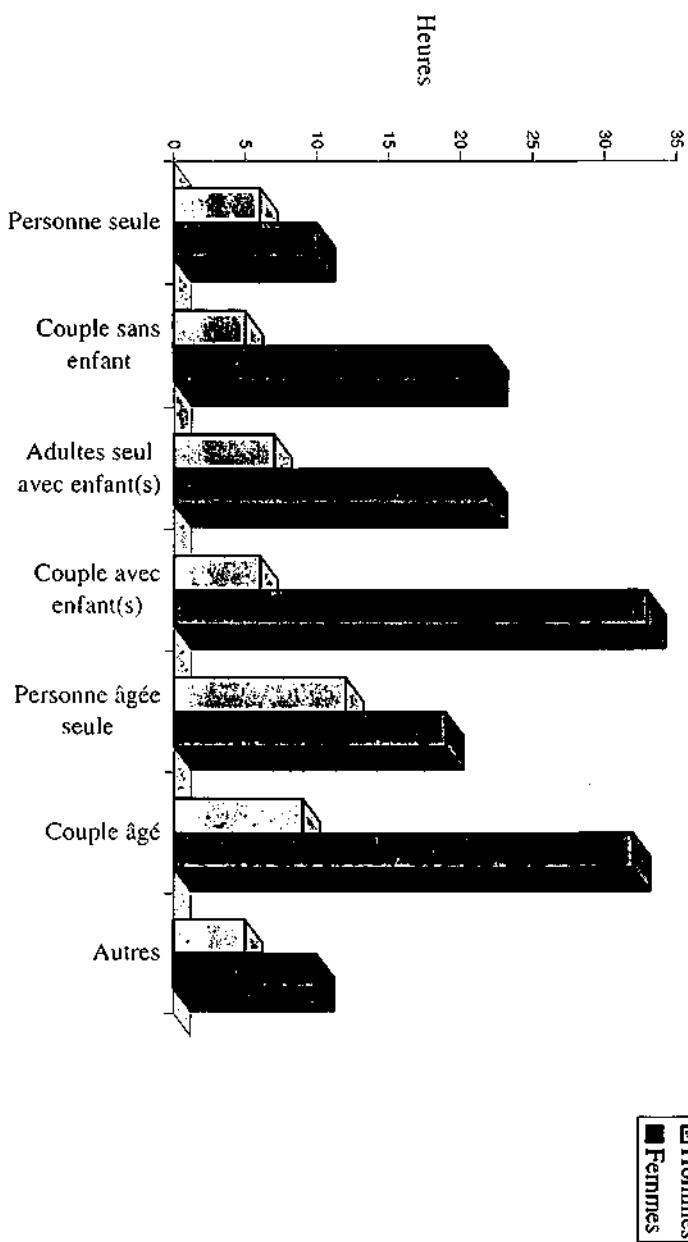


Source : OFS, *Emploi du temps en Suisse, 1981*

48

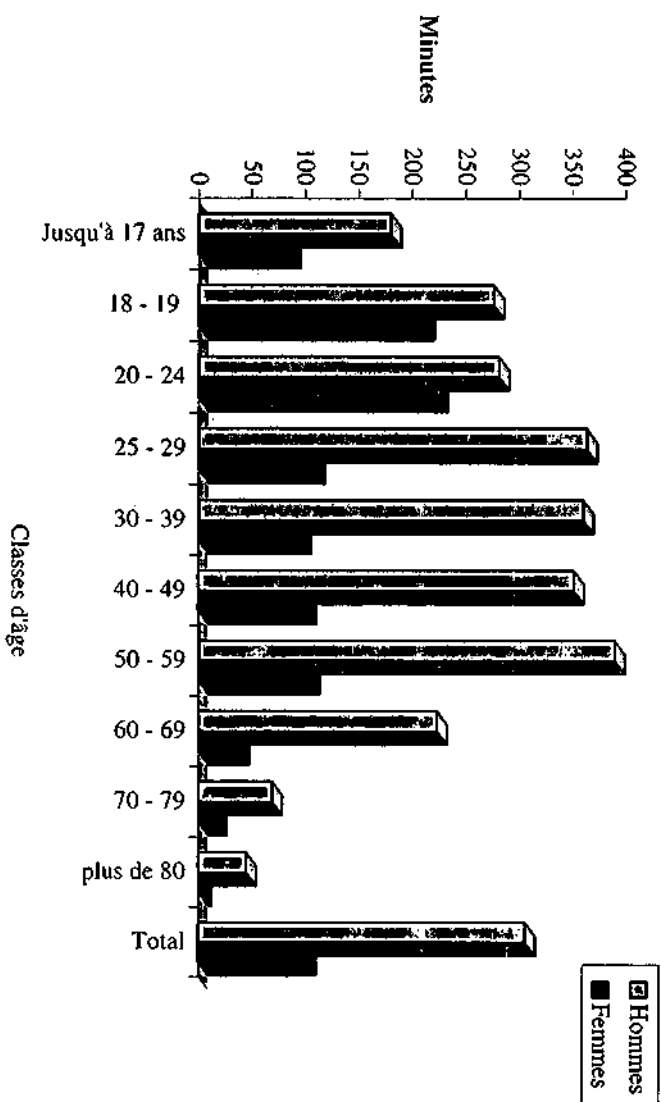
Ann CHADEAU/Annie FOUQUET, "Peut-on mesurer le travail domestique ?", in *Economie et Statistique*, septembre 1981, 29 ss. (31-33), sur la base d'une enquête sur les emplois du temps menée en France par l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) en 1974.

G3.2.1 Temps consacré par semaine au travail domestique, selon le sexe et le type de ménage, en 1991



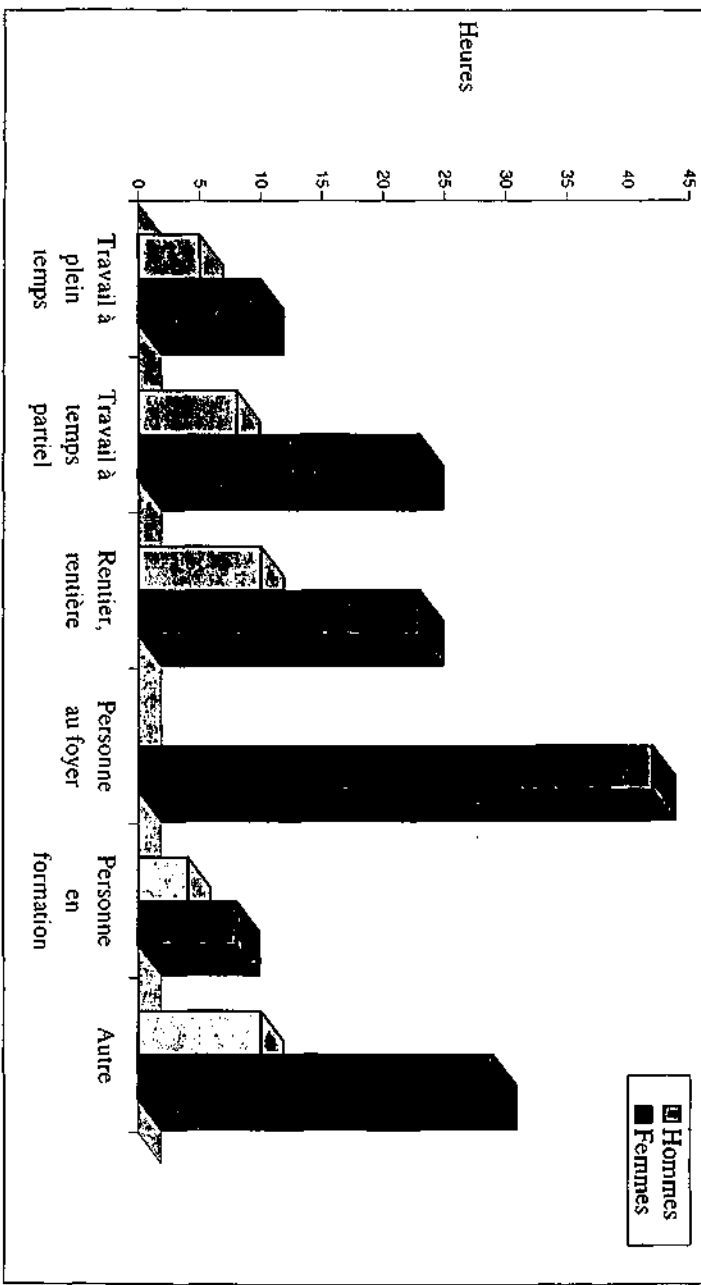
Source : *Emploi du temps, Joye, Lévy, 1992*

G3.1.3 Temps quotidien consacré à l'activité professionnelle, selon le sexe et l'âge, en 1979/80



Source : OFS, *Emploi du temps en Suisse, 1981*

G3.2.2 Temps consacré par semaine au travail domestique, selon le sexe et l'activité, en 1991



Source : OFS, *Emploi du temps*, Joye, Levy, 1992

Activité rémunérée et personne au foyer dans le couple selon le sexe, la présence d'enfants et l'état civil (femmes âgées de 62 ans au plus et hommes âgés de 65 ans au plus)⁴⁹

Activité rémunérée et personne au foyer selon le sexe	Ensemble des couples mariés %	Couples mariés sans enfant %	Couples mariés avec enfant(s) %
H. plein temps - F. plein temps	20,0	31,6	16,1
H. plein temps - F. temps partiel	35,7	33,9	36,3
H. plein temps - F. au foyer	39,6	25,7	44,1
H. temps partiel - F. plein temps	0,5	0,7	0,5
H. temps partiel - F. temps partiel	1,2	1,9	1,0
H. temps partiel - F. au foyer	0,8	0,9	0,8
H. au foyer - F. plein temps	0,5	1,0	0,3
H. au foyer - F. temps partiel	0,7	1,3	0,5
H. au foyer - F. au foyer	1,1	3,0	0,4
Total	100,0 (n = 9097)	100,0 (n = 2244)	100,0 (n = 6852)

Source : Microrecensement de 1989

⁴⁹ Tiré de JOBIN (voir ci-dessus note 6), 185.

5. COMMENT EVOLUE LE TEMPS CONSACRE PAR L'HOMME AU TRAVAIL DOMESTIQUE LORSQUE SON ACTIVITE PROFESSIONNELLE DIMINUE ?

Il n'existe pas d'étude qui établisse l'évolution du travail domestique de l'homme lorsque celui-ci est au chômage. Il n'y a pas non plus de données sur la répartition du travail domestique pendant les vacances lorsque celles-ci sont prises en même temps par l'homme et la femme. Les seules données existantes concernent des personnes à la retraite.

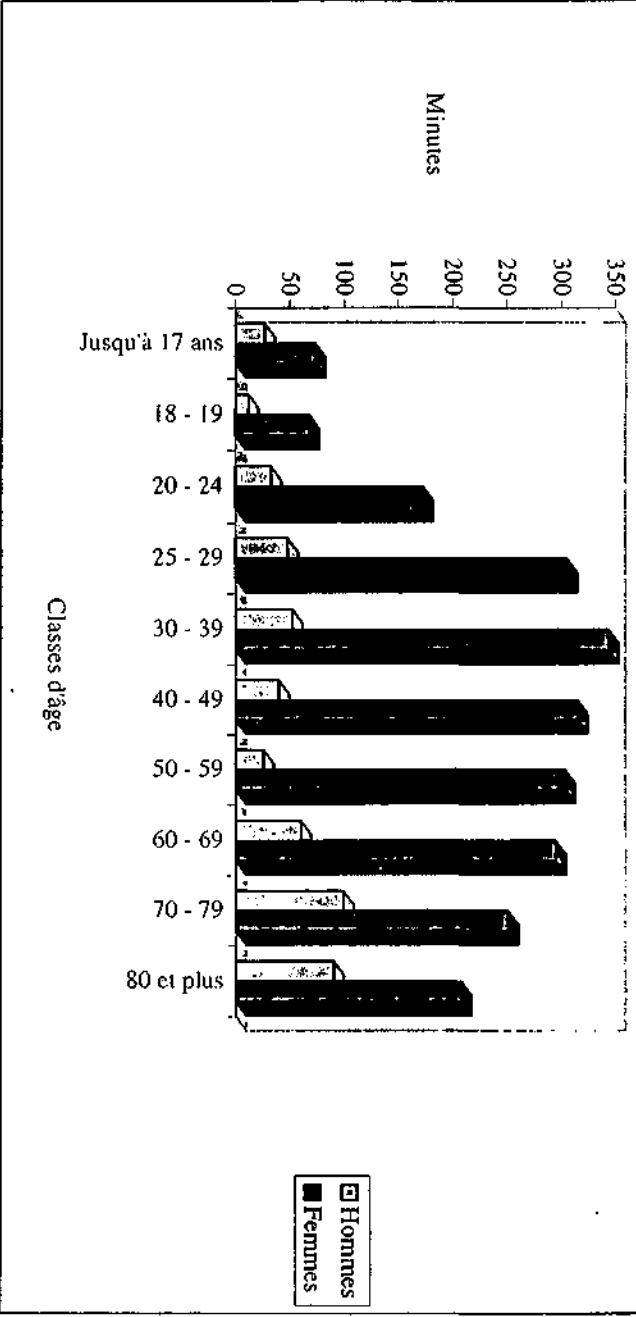
On peut constater qu'à l'âge de la retraite les activités domestiques de l'homme augmentent très légèrement (60 minutes par jour dans la tranche d'âge 60-69 ans, puis 99 minutes dans celle entre 70 et 79 ans), malgré une diminution notable du temps consacré à l'activité professionnelle. Pour les femmes, la retraite s'accompagne d'une légère diminution de l'activité domestique (295 minutes par jour dans la tranche d'âge 60-69 ans puis 251 dans celle entre 70 et 79 ans)⁵⁰. La différence entre homme et femme reste cependant toujours importante.

L'enquête de 1991 confirme ces résultats. Les hommes à la retraite consacrent en moyenne 9 heures par semaine (environ 77 minutes par jour) aux travaux domestiques et les femmes 32 heures (environ 274 minutes par jour)⁵¹.

⁵⁰ Voir graphique G3.1.2 ci-dessous et tableau T3.1.1 in Vers l'égalité ? (voir ci-dessus note 22), 101. L'enquête ne distingue pas le type de ménage (homme seul ou couples de rentiers). Il est fort probable que le temps consacré au travail domestique par le rentier dans un ménage où la femme est également à la retraite soit inférieur aux indications figurant ici (voir l'étude de 1991 qui confirme cette idée, graphique G3.2.1 ci-dessous et tableau T3.2.3, in Vers l'égalité ? [voir ci-dessus note 22], 104).

⁵¹ Voir graphique G3.2.1 ci-dessus et tableau T3.2.3 in Vers l'égalité ? (voir ci-dessus note 22), 104.

G3.1.2. Temps quotidien consacré aux tâches domestiques, selon le sexe et l'âge, en 1979/80



Source : OFS, *Emploi du temps en Suisse, 1981*

6. COMMENT SE REPARTIT LE SUPPLEMENT DE TRAVAIL DOMESTIQUE LIE A L'APPARITION D'ENFANTS DANS LE MENAGE ?

Le travail éducatif est principalement absorbé par la femme⁵². En effet, le temps consacré au travail domestique augmente pour la femme lorsque le ménage comprend des enfants, pour atteindre un maximum lorsqu'on trouve dans le ménage des enfants qui sont en bas âge et des enfants qui vont à l'école (7 heures et 17 minutes par jour dans cette hypothèse contre 4 heures 20 lorsqu'il n'y a pas d'enfant)⁵³. Le travail domestique de la mère diminue à nouveau lorsque les enfants sont adolescents (5 heures et 15 minutes).

Le travail domestique de l'homme reste globalement stable, avec une légère augmentation lorsqu'il y a des enfants en bas âge et/ou des écoliers dans le ménage (52 minutes en moyenne par jour lorsqu'il n'y a pas d'enfant et un maximum de 64 minutes par jour)⁵⁴. Plus il y a d'enfants dans le ménage, plus la participation de l'homme diminue⁵⁵ et cela indépendamment du fait que la mère exerce ou non une activité professionnelle⁵⁶.

L'augmentation notable du travail domestique de la mère de jeunes enfants ainsi que la légère augmentation du travail domestique du père se trouvent confirmées dans l'enquête de 1991⁵⁷.

⁵² Voir ci-dessous graphique G3.1.4. Voir également le tableau sur le temps consacré à différentes activités, selon le type de famille et la situation dans le ménage, en 1979/80, in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 102.

⁵³ L'enquête considère comme enfants en bas âge les enfants de moins de 4 ans, comme écoliers ceux qui ont entre 4 et 13 ans et comme adolescents ceux qui ont entre 14 et 19 ans.

⁵⁴ Voir tableau T3.1.2 in *Vers l'égalité ?* (voir ci-dessus note 22), 102.

⁵⁵ HOFFMANN-NOWOTNY ET AL. (voir ci-dessus note 22), 193-195.

⁵⁶ HOFFMANN-NOWOTNY ET AL. (voir ci-dessus note 22), 196-197.

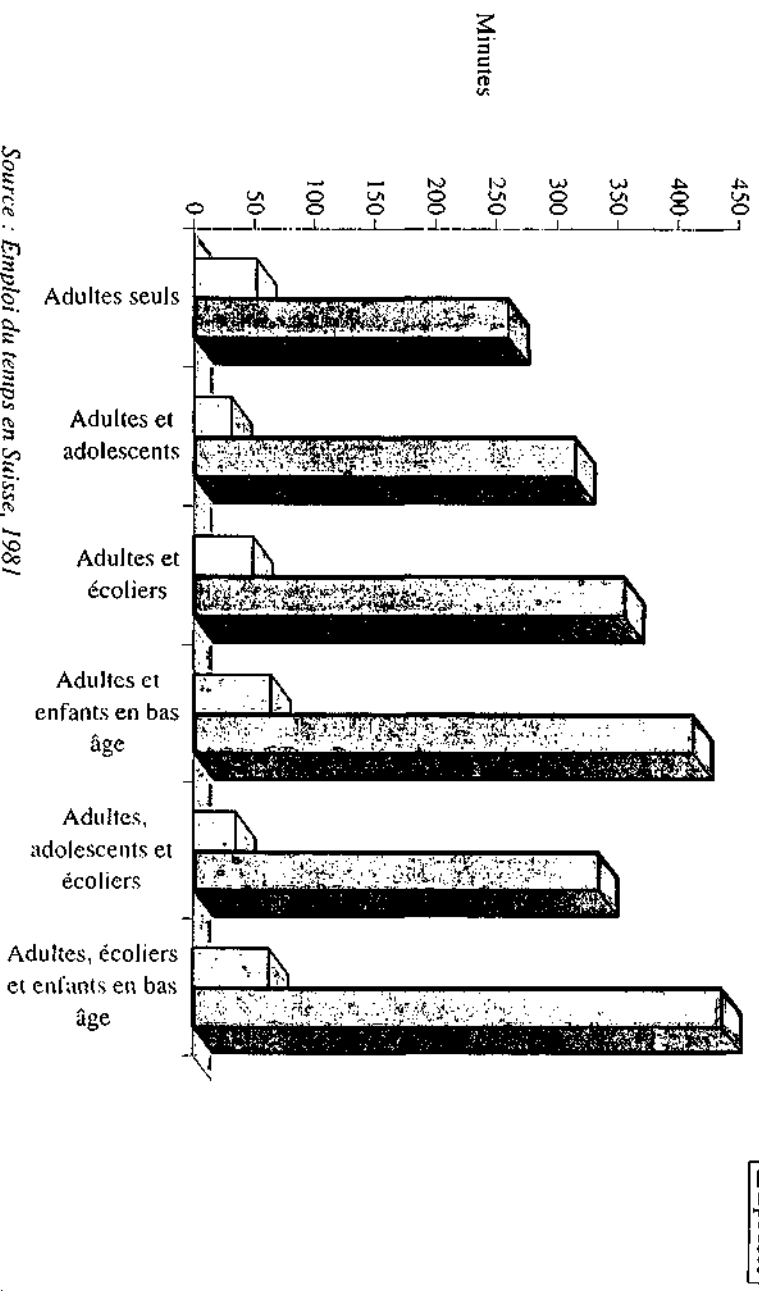
⁵⁷ Voir ci-dessus graphique G3.2.1. Lorsque les enfants ont moins de 10 ans, le travail domestique de la mère se monte à 36 heures en moyenne par semaine et celui du père à 7 heures. Lorsqu'il n'y a pas d'enfant de moins de 10 ans dans le

Parallèlement à l'augmentation du travail domestique de la femme, on peut en outre constater une augmentation de l'activité professionnelle de l'homme à partir du moment où il y a des enfants dans le ménage (voir graphique G3.1.5). Cela peut s'expliquer par un besoin supplémentaire de la famille en moyens financiers. L'activité domestique de l'homme diminue en outre légèrement lorsque des adolescents vivent dans le ménage (aurait-il tendance à déléguer sa part de travaux ménagers ?). L'activité professionnelle de la mère diminue par contre au moment de l'apparition d'enfants dans le ménage, pour augmenter à nouveau lorsque les enfants sont adolescents.

En conclusion, l'apparition d'enfants dans le ménage provoque des modifications dans la répartition des tâches. Les activités domestiques deviennent plus importantes pour la femme que pour l'homme et ce dernier accroît son activité professionnelle.

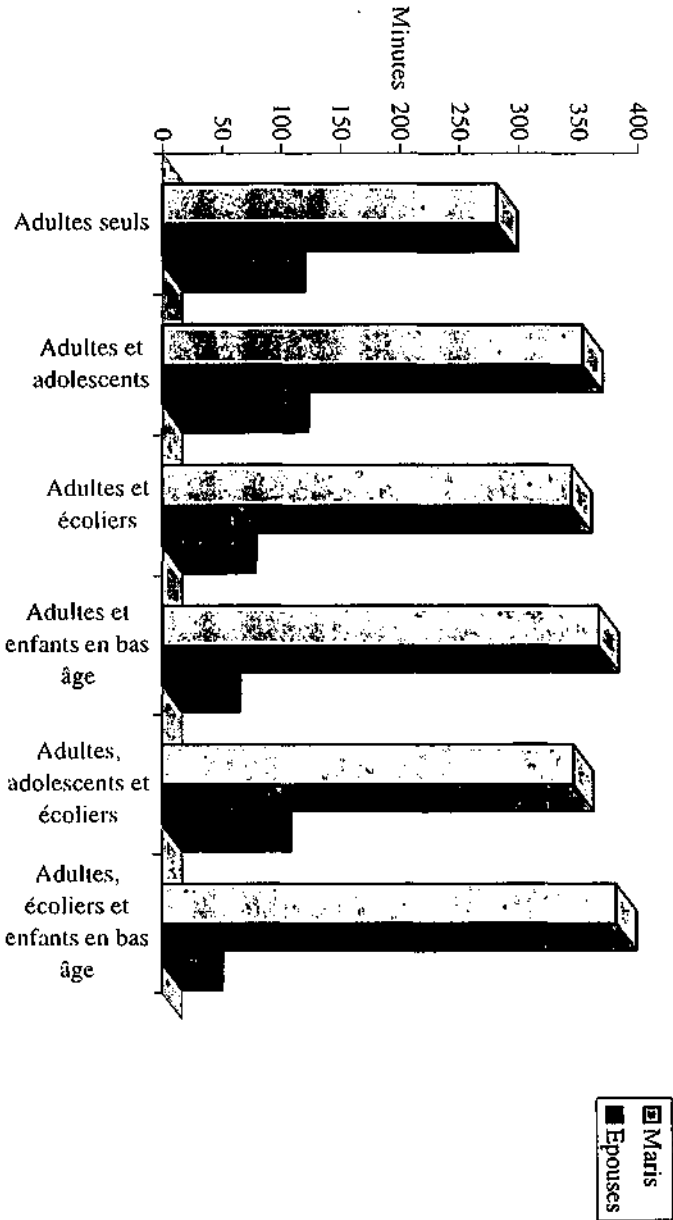
ménage, ce travail est de respectivement 20 heures et 6 heures par semaine (voir tableau T3.2.2 in Vers l'égalité ? [voir ci-dessus note 22], 103).

G3.1.4 Temps quotidien consacré aux tâches domestiques selon le type de famille et la situation dans le ménage, en 1979/80



Source : Emploi du temps en Suisse, 1981

G3.1.5 Temps quotidien consacré à l'activité professionnelle, selon le type de famille et la situation dans le ménage, en 1979/80



Source : OFS, *Emploi du temps en Suisse, 1981*

7. QUELS TYPES DE TRAVAUX DOMESTIQUES EFFECTUENT L'HOMME ET LA FEMME ?

Quelques études ont cherché à déterminer le type de travaux domestiques effectués par l'homme et par la femme. Les conclusions auxquelles elles aboutissent sont toutes concordantes : la participation du mari intervient surtout dans des activités épisodiques (réparations dans la maison), tandis que la femme assume les tâches répétitives, qui prennent beaucoup de temps (lessive, vaisselle, cuisine, etc.)⁵⁸.

Cette ségrégation dans la répartition des tâches domestiques ne s'est pas modifiée au cours des dernières années. L'enquête sur la stratification sociale réalisée en 1991⁵⁹ le montre. Elle confirme que les tâches les plus prenantes du point de vue du temps sont toujours assumées par les femmes.

La majorité des hommes intervient dans les réparations, dans les formalités administratives et, conjointement avec la femme, dans l'organisation des vacances.

8. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

1. Si on admet avec JOBIN⁶⁰ qu'un partage traditionnel des tâches s'impose plus facilement lorsque la femme n'exerce pas d'activité lucrative à plein temps, on doit constater, chiffres à l'appui, qu'un partage traditionnel des tâches va fort probablement s'imposer dans 75.3 % des cas.

⁵⁸ Voir l'enquête réalisée par HOFFMANN-NOWOTNY ET AL. (voir ci-dessus note 22), 191 ss (192); BOROWSKI/STRECKEISEN (cité par JOBIN [voir ci-dessus note 6], 68-69).

⁵⁹ Voir l'enquête de LEVY, GUYE, BASSAND, JOYE, réalisée en 1991, analysée et publiée en 1993 par l'Office fédéral de la statistique in *Vers l'égalité ?* (Voir ci-dessus note 22).

⁶⁰ JOBIN (voir ci-dessus note 6), 181.

En effet, les statistiques⁶¹ nous montrent que la proportion des couples dont les deux conjoints ont une activité rémunérée à plein temps représente seulement 20 % de l'ensemble des couples mariés⁶². Les couples dont le mari travaille à plein temps et la femme exerce une activité rémunérée à temps partiel représentent 35.7 % de l'ensemble des couples mariés, tandis que 39.6 % des couples mariés ont choisi le modèle traditionnel où l'homme travaille à temps complet et la femme assume les tâches domestiques⁶³.

La proportion des couples présentant un terrain favorable à un partage égalitaire peut être, en suivant les critères posés par JOBIN, réduite aux couples dont l'épouse travaille à plein temps et le conjoint à temps partiel, à ceux dont les deux conjoints travaillent à temps partiel et à ceux dont les deux conjoints restent au foyer. Cela représente seulement 4 % de l'ensemble des couples mariés. En effet, dans 76 % des cas, le taux d'activité professionnelle du mari est supérieur à celui de la femme et dans 20 % des cas, les deux conjoints travaillent à plein temps. Il y a donc seulement 1.7 % des cas dans lesquels la femme travaille plus que l'homme et 2.3 % des cas dans lesquels les conjoints sont les deux occupés à temps partiel ou demeurent les deux au foyer⁶⁴.

En conséquence, il n'y a que 20.7 % des couples pour lesquels le taux d'activité professionnelle des conjoints ne constitue pas *a priori* un facteur suffisamment déterminant à lui seul pour les pousser à adopter un partage traditionnel plutôt qu'un partage égalitaire. D'autres facteurs que le taux d'activité rémunérée jouent également un rôle et font contreponds au moment de la décision⁶⁵. Il s'agit bien sûr des couples dont les deux

⁶¹ Source : Microrecensement de 1989, tableau 7, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 185.

⁶² Seuls les couples dont les deux conjoints ont la possibilité d'avoir une activité rémunérée sont pris en considération, c'est-à-dire les couples dont la femme a moins de 62 ans et l'homme moins de 65 ans, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 182.

⁶³ Microrecensement 1989, tableau 7, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 185.

⁶⁴ Microrecensement de 1989, tableau 7, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 185.

⁶⁵ Voir ci-dessous le chapitre consacré à la sociologie du partage des tâches.

conjoints travaillent à plein temps (20 %) et ceux dont le mari est au foyer alors que la femme travaille à temps partiel (0.7 %).

2. Les statistiques nous montrent que le modèle traditionnel a tendance à légèrement régresser mais qu'il n'est pas remplacé par le modèle égalitaire. On assiste plutôt à une multiplication de modèles particuliers avec une dominante : la femme continue d'assumer à titre principal la responsabilité du travail domestique.

Comme on a pu le constater, le taux de travail rémunéré de la femme n'est pas l'unique facteur influençant le choix du modèle traditionnel. L'entrée en force des femmes sur le marché du travail n'a pas fait grandement évoluer la pratique du modèle traditionnel et les couples dont les deux conjoints ne travaillent plus, à l'image des retraités par exemple, ne modifient guère leur organisation traditionnelle. Il est donc intéressant de rechercher les autres facteurs contribuant à l'adoption d'un modèle traditionnel. Nous en ferons un bref aperçu dans le chapitre suivant consacré à l'analyse sociologique du partage des tâches.

C. Approche sociologique du partage des tâches

1. GENERALITES

C'est à partir des années 50 que les sociologues ont commencé à s'intéresser à la question des rôles sexuels dans la famille et plus particulièrement à la division des tâches dans la famille⁶⁶. Dans les années 60, la division

⁶⁶ Il existe quelques rares études effectuées dans les années 30-40, examinant des questions telles que le rapport entre le mode de décision utilisé par la famille et le degré de satisfaction dans la famille, les dilemmes rencontrés par les femmes, déchirées entre un rôle féminin traditionnel et un modèle moderne émergent. Pour plus de détails voir Julio C. CAYCEDO, Gabe WANG et Stephen J. BAHR, "Gender Roles in the Family", in *Family Research : A sixty-Year Review, 1930-1990*, Stephen J. BAHR (éd.), vol. 1, Toronto/New York 1991, 435 ss (435-440).

des tâches était un des sujets les plus étudiés. Dès les années 70, les études sur ce sujet ont commencé à foisonner⁶⁷.

Les premières études sociologiques de la répartition des tâches entre les conjoints avaient pour but de démontrer l'universalité du modèle de différenciation des rôles et son caractère fonctionnel. Ainsi les recherches effectuées dans les années 50 par les sociologues PARSONS et BALES expliquaient la fonctionnalité de la spécialisation en subdivisant les fonctions assumées par tout groupe social en deux catégories : les *fonctions instrumentales* et les *fonctions expressives*. Les premières ont pour intérêt l'établissement des rapports du groupe avec l'extérieur pour en tirer des ressources et la définition des objectifs du groupe. Les secondes visent à assurer la cohésion du groupe, à garantir la motivation de ses membres et la conformité aux modèles de conduite reconnus par le groupe. Une spécialisation dans le domaine des fonctions instrumentales ou dans celui des fonctions expressives se produit alors, selon PARSONS et BALES pour des motifs fonctionnels, de façon à obtenir un meilleur rendement global par un meilleur accomplissement des fonctions (qualification accrue des individus qui se spécialisent)⁶⁸. PARSONS et BALES voyaient dans la différenciation des rôles un facteur contribuant au succès de la vie de groupe. Cela leur permettait de qualifier la spécialisation des rôles de modèle universel⁶⁹.

⁶⁷ Pour une revue complète des études effectuées et publiées en anglais des années 30 à la fin des années 80, CAYCEDO ET AL. (voir ci-dessus note 66), 435 ss.

⁶⁸ Un disciple de la thèse parsonienne a complété la théorie en expliquant que les fonctions expressives reviennent plus souvent à la femme pour des raisons biologiques (M. ZELDITCH, "Role Differentiation in the Nuclear Family : A Comparative Study", in T. PARSONS, R. F. BALES (éds), *Family Socialization and Interaction Process*, New York 1955, 307-352, cité par KELLERHALS/TROUTOT/LAZEGA, *Microsociologie de la famille*, Collection Que sais-je, n. 2148, 2e éd., Paris 1993, 43).

⁶⁹ Tiré de KELLERHALS ET AL. (voir-ci-dessus note 22), 42-43; des idées semblables seront reprises par les tenants du *New Home Economics*, mouvement d'économistes dont certaines théories ont pour but de montrer le caractère efficient de la spécialisation des rôles (voir ci-dessous chapitre 2).

Par la suite, les sociologues se sont distancés de l'étude des éléments sociaux faisant apparaître le modèle traditionnel comme universel⁷⁰ pour se pencher plutôt sur les facteurs qui influencent les couples dans leur décision de s'organiser traditionnellement. Actuellement, la sociologie s'intéresse aux mécanismes de fonctionnement de la différenciation des rôles⁷¹.

Nous examinerons tout d'abord les éléments influençant la décision de partage des tâches au sein du couple (chapitre 2) avant de broser un aperçu de l'évolution du modèle traditionnel d'un point de vue sociologique (chapitre 3).

2. ELEMENTS INFLUENÇANT LE PARTAGE DES TACHES

Plusieurs éléments ont été avancés pour expliquer les décisions des couples de s'organiser traditionnellement. Nous examinerons tout d'abord les éléments mis en avant par les principaux sociologues de la famille avant de regarder plus précisément les résultats auxquels les études ont abouti en Suisse.

1. L'homme aide plus fréquemment la femme dans les travaux domestiques lorsqu'elle exerce une activité lucrative⁷². Le statut socio-économique procuré par l'activité lucrative exercée par la femme jouera également un rôle⁷³. Plus celui-ci est élevé, plus l'homme aura tendance à

⁷⁰ Même si on trouve pourtant toujours des partisans de la thèse parsonienne (voir R.J. ADAMEK, "Testing the Family Role Complementary Model", in *Journal of Comparative Family Studies* 1982, vol. 13, 1 ss, cité par KELLERHALS ET AL. [voir-ci-dessus note 22], 44-45).

⁷¹ KELLERHALS ET AL. (voir-ci-dessus note 22), 45.

⁷² CONDRAN/BODE, 1982; COVERMAN 1985; HUBER/SPITZE 1981; NAUCK 1987; REXROAT/SHEHAN 1987; ROSS 1987; TAVECCIO ET AL., 1984, tous cités par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 143; en Suisse, on peut observer le même phénomène, HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 150-151.

⁷³ Regina BERGER-SCHMITT, *Innerfamiliale Arbeitsteilung und ihre Determinanten*, in GLATZER/BERGER-SCHMITT, *Haushaltsproduktion und Netzwerkhilfe*, Francfort/New York 1986, 105-140, cité par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 143.

aider son épouse dans le ménage. Toutefois, même dans les cas où la femme exerce une activité lucrative à plein temps, la participation de l'homme dans le ménage reste très modeste. Le partage traditionnel des tâches domestiques ne se modifie que très partiellement⁷⁴.

2. Le partage des tâches n'est que peu influencé par la position professionnelle du mari⁷⁵. Par contre, une certaine flexibilité du mari dans l'organisation de son travail a une influence sur le partage des tâches. Les hommes qui ont un horaire de travail rigide participent moins aux travaux de routine du ménage que les hommes qui ont un horaire libre⁷⁶.

3. Les stéréotypes⁷⁷ sur les rôles traditionnellement assumés par chacun des sexes exercent une influence non négligeable sur le partage des tâches au sein de la famille⁷⁸. D'une manière générale, ils renforcent un partage traditionnel des tâches. Le stéréotype du partage traditionnel des rôles dans la famille joue surtout un rôle pour les femmes qui exercent une activité lucrative. Lorsque la femme professionnellement active véhicule le stéréotype traditionnel, la participation des hommes est alors bien moins importante⁷⁹.

Les visions égalitaires de la répartition des tâches ne pourront jouer toutefois un rôle important dans la décision du couple que dans la mesure où le partage des tâches n'est pas ou peu déterminé structurellement. Lorsque les structures sociales ne poussent pas les époux à s'organiser traditionnellement, par exemple lorsque les deux partenaires ont suffisamment de

⁷⁴ Glenna SPITZE, *The Division of Task Responsibility in U.S. Households : Longitudinal Adjustments to Change*, in *Social Forces*, 64, 3:689-701, cité par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 143.

⁷⁵ Voir les études confirmant cette idée dans CAYCEDO ET AL. (voir ci-dessus note 66), 462-463.

⁷⁶ NAUCK, cité par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 143.

⁷⁷ Nous entendons par là des idées préconçues.

⁷⁸ BARNETT/BARUCH, 1987; HAAS, 1981; KOOPMAN-BOYDEN/ABBOTT, 1985; ROSS, 1987, tous cités par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 144.

⁷⁹ HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 150.

temps à disposition pour qu'un partage égalitaire des tâches puisse être effectué, une vision androgyne du partage des tâches favorisera un partage égalitaire⁸⁰.

Par ailleurs, le degré d'information de la femme sur les conséquences, tant sur les avantages que sur les désavantages, ainsi que sur les risques liés au modèle traditionnel, auront une grande influence sur le partage des tâches. Une femme qui, en toute connaissance de cause, refuse les désavantages et risques liés au modèle traditionnel aura un comportement non équivoque à ce sujet. Non informée, elle aura tendance à extérioriser un comportement pouvant prêter à confusion, n'étant elle-même pas claire dans sa décision. Une telle attitude n'aura pas d'impact dans le choix du modèle à adopter.

Il est apparu que lorsque la femme considère le ménage comme son domaine de compétence propre, il est peu probable qu'en pratique un partage des tâches domestiques puisse se produire⁸¹. Un certain nombre de femmes ont une attitude ambiguë sur la question. Elles "semblent à la fois se plaindre d'un manque d'investissement masculin dans la sphère familiale et souhaiter rester « maîtresse dans leur domaine »"⁸². Cette tendance est d'autant plus forte que la femme n'a pas d'autre domaine pour valoriser ses compétences. La femme souhaite donc conserver la suprématie dans un domaine où on lui reconnaît un savoir-faire et des capacités⁸³. Cette ambiguïté dans les préférences de la femme favorise le maintien du modèle traditionnel.

4. Le soutien de la parenté dans l'exécution des tâches domestiques a pour effet de renforcer le partage traditionnel et de réduire la participation des hommes aux tâches de routine⁸⁴. Les liens étroits avec un réseau de

⁸⁰ HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 144.

⁸¹ RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 113.

⁸² JOBIN (voir ci-dessus note 6), 189.

⁸³ JOBIN (voir ci-dessus note 6), 189.

⁸⁴ HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 144-145, citant SZINOVACZ, 1977 et NAUCK, 1987.

parents, d'amis et de voisins a pour effet de séparer et hiérarchiser les relations entre les époux. Ce réseau provoque une pression culturelle reflétant les normes usuelles au sein du groupe. Ainsi, on a pu observer une ségrégation entre les sexes plus importante dans la société paysanne où les liens avec la parenté sont plus étroits que dans les villes⁸⁵.

5. Certains sociologues ont émis l'idée que le partage des ressources matérielles et immatérielles⁸⁶ entre hommes et femmes influence le partage des tâches au sein de la famille⁸⁷. Plus l'homme a de ressources, moins il aide dans le ménage. Il y a de nombreuses discussions parmi les sociologues entre partisans et opposants à la théorie des ressources⁸⁸.

Il est en réalité peu probable que le revenu ou les ressources du conjoint influencent le partage des tâches. Les études empiriques ne peuvent que faiblement soutenir cette idée. Il semble que le partage des tâches soit

⁸⁵ Elizabeth BOTT, *Family and Social Networks*, Londres 2e éd. 1971, cité in Martine SEGALIN, *La Sociologie de la famille*, 4e éd., Paris 1996, 220; RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 113.

⁸⁶ Par ressources, BLOOD et WOLF (voir ci-dessus note 87) entendent les revenus, la formation et la position professionnelles, qui donnent un statut social (HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 35-36).

⁸⁷ Robert BLOOD/Donald WOLF, *Husbands and Wives : The Dynamics of Married Living*, New York, 1960; Goode WILLIAM, "Why Men Resist", in Barry THORNE (éd.) *Rethinking the Family*, New York, 131-147; John SCANZONI, *Sexual Bargaining : Power Politics in the American Marriages*, New Jersey 1972; John SCANZONI, "Social Process and Power in Families", in BURR et HILL ET AL. (éds), *Contemporary Theories about the Family*, New York/Londres 1979; cités par HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 139-140; Michel GLAUOE/François DE SINGLY, "L'organisation domestique : pouvoir et négociation", in *Economie et Statistique*, n. 187, avril 1986, 3 ss (21-23).

⁸⁸ On a notamment reproché à la théorie des ressources de tenir compte uniquement de la dimension sociale des ressources, en laissant de côté des dimensions plus traditionnelles, telles l'amour, le compagnonnage et la sexualité. La théorie des ressources ne tient pas non plus compte du fait qu'une ressource n'a pas un caractère objectif mais dépend du fait d'être perçue comme telle. Pour plus de détails sur d'autres critiques à la théorie des ressources, voir KELLERHALS ET AL. (voir-ci-dessus note 22), 46-47 ainsi que les références citées.

plutôt influencé par le niveau d'éducation des partenaires, la présence d'idées égalitaires dans la culture et les ressources combinées des deux conjoints⁸⁹. Une étude réalisée en Suisse par HÖPFLINGER/CHARLES/DEBRUNNER, a confirmé que, dans notre pays également, les ressources n'avaient guère d'influence sur le partage des tâches⁹⁰.

Un autre courant de pensée a émis l'idée que le partage des tâches s'effectuait selon les capacités des conjoints à fournir la prestation la plus efficiente⁹¹. Etant donné qu'en règle générale les hommes gagnent plus que les femmes, et que les femmes sont plus fortement socialisées dans les tâches domestiques, le modèle traditionnel a tendance à se renforcer⁹².

6. Selon une théorie économique développée par Gary BECKER et peaufinée par Bertrand LEMENNICIER, la répartition des rôles obéit aux règles du marché. La famille produit des biens marchands et des biens qui sont sans substituts marchands (enfants et affection). Chacun des conjoints estime la quantité de biens marchands qu'il est d'accord de sacrifier (c'est-à-dire le revenu qu'il pourrait obtenir en travaillant à l'extérieur), à satisfaction constante, pour produire une unité supplémentaire de biens non marchands. La ségrégation des rôles est donc une différence d'investissement en capital entre les époux, en partant de l'hypothèse que toutes les autres caractéristiques du mari et de la femme sont identiques. Le but

⁸⁹ CAYCEDO ET AL. (voir ci-dessus note 66), 457.

⁹⁰ HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 150.

⁹¹ Cette théorie est voisine de la théorie des ressources en ce sens qu'elle part du modèle de ressources développé par BLOOD et WOLF et développe l'idée que chaque personne effectue les tâches pour lesquelles elle a la plus grande quantité de ressources (KELLERHALS ET AL. [voir-ci-dessus note 22], 49).

⁹² Voir ci-dessous chiffre 6 ainsi que titre III B pages 67 ss; HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 139-140; Bertrand LEMENNICIER, *The Economics of Conjugal Roles*, in L. LEVY-GARBOUA (éd.), *Sociological Economics*, Londres 1978, 189-217.

du mariage est de maximiser les revenus joints dans l'intérêt des partenaires⁹³.

Il est probable que d'autres facteurs liés au contexte, par exemple les prestations de service fournies au lieu du domicile ou l'infrastructure, influencent le partage des tâches à l'intérieur de la famille. Cependant les études actuelles, trop concentrées sur le noyau familial, ne permettent pas d'analyser les interactions entre les caractéristiques individuelles et les facteurs liés au contexte⁹⁴.

Par ailleurs, on a pu observer que, malgré une tendance très nette à l'externalisation des tâches familiales, la masse des activités domestiques ne diminue pas⁹⁵. Même si celles-ci sont toujours plus fréquemment confiées à des tiers, prises en charge par les pouvoirs publics ou soumises à l'automatisation, de nouvelles activités viennent les remplacer, ainsi par exemple la "cuisine festive" ou d'autres activités routinières, comme le bêchage du jardin. On peut en conclure que le travail domestique n'est pas seulement une corvée dont on veut se débarrasser mais qu'il contribue également à définir la relation conjugale ainsi que l'identité des individus dans le couple⁹⁶.

Des études portant sur d'autres cultures ont montré que la répartition des tâches est globalement identique. Onze pays ont été étudiés, de l'Inde à l'Union soviétique, des pays capitalistes aux pays socialistes : la femme effectue plus de tâches ménagères que l'homme et s'occupe plus des en-

⁹³ Gary BECKER, "Altruism in the family and selfishness in the market", *Economics* no 48, 1-15; Bertrand LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris 1988, cités in SEGALIN, *Sociologie de la famille* (voir ci-dessus note 85), 226-227.

⁹⁴ HÖPFLINGER ET AL. (voir ci-dessus note 22), 145.

⁹⁵ VANEK JOANN, "Time spent in Housework", in *The Economics of Women and Work*, Alice H. AMSDEN (éd.) London 1980, 82 ss.

⁹⁶ Jean-Michel KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Collection Que sais-je, n. 2787, Paris 1993, 90-92.

fants. Même en Suède, l'idéologie d'égalité des sexes semble avoir eu peu d'influence sur le partage des tâches⁹⁷.

7. La provenance sociale des conjoints est également un facteur à prendre en considération. Lorsqu'un ou les deux conjoints viennent d'un milieu agricole, on trouvera plus fréquemment un modèle traditionnel⁹⁸. Toutefois, ce facteur n'a en pratique qu'une importance minime par rapport aux autres facteurs⁹⁹.

8. La situation professionnelle des deux conjoints jouera un rôle. Meilleure elle est, plus facile sera la réalisation d'un partage égalitaire. Plus le statut professionnel est bas, plus les conjoints seront attachés au modèle traditionnel¹⁰⁰.

On peut en outre énumérer un certain nombre de facteurs psychologiques qui font plutôt pencher la balance du côté d'un partage traditionnel des tâches¹⁰¹ :

- a. Au début de la vie commune, la femme a souvent plus de pratique dans les travaux domestiques car, petite fille, elle a été un peu plus incitée à s'en occuper que les garçons. Dès le début, elle en fait un peu plus que ne le ferait un garçon et se sent un peu plus responsable du travail domestique.
- b. Les hommes font souvent preuve de résistance passive lorsqu'ils sont sollicités pour des tâches domestiques. Ils invoquent le manque de temps, de disponibilité ou de compétence pour ces activités. Comme les travaux au foyer sont constitués d'une série de petits travaux, il appa-

⁹⁷ LUPRI et SYMONS (1982), DAHLSTROM et LIJESTROM (1982) et HAAS (1980), cité par BAHR, (voir ci-dessus note 66), 464.

⁹⁸ RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 108.

⁹⁹ RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 113.

¹⁰⁰ JOBIN (voir ci-dessus note 6), 189.

¹⁰¹ JOBIN (voir ci-dessus note 6), 188-189.

rait souvent inutile de disserter sur la question du partage des tâches lorsque le travail prend en lui-même peu de temps.

- c. Si des règles ne sont pas fixées clairement au début de la cohabitation, et que certaines tâches ne sont pas fermement attribuées au mari, la tradition et les habitudes prennent le dessus et c'est l'épouse qui assume le travail domestique.
- d. Les femmes sont en général plus exigeantes que les hommes en matière d'entretien du ménage, de sorte qu'il y "aurait ainsi une sorte de conjonction entre la plus grande tolérance de l'homme dans sa définition de l'ordre et de la propreté et la mauvaise conscience de la femme vis-à-vis de rituels ménagers pas accomplis et jugés nécessaires par elle"¹⁰². Ce sentiment de culpabilité de la femme est encore plus fort lorsqu'il y a des enfants. La tendance à agir plutôt qu'à imposer un partage équitable des tâches est alors plus importante.

3. DE QUELLE MANIERE EVOLUE LA REPARTITION DES TACHES DOMESTIQUES ?

Les sociologues qui ont disserté sur la question ont eu recours à diverses classifications pour mettre en évidence les subtilités de l'évolution dans ce domaine. En effet, comme on peut le constater, l'évolution dans la répartition des tâches ne s'effectue pas par le biais d'une substitution de l'homme dans le rôle traditionnellement assumé par la femme, ou par un partage par moitié de l'ensemble des tâches actuellement généralement assumées par les femmes. On constate au contraire un partage qui est plus ou moins important selon le type de tâches ou selon le lien plus ou moins étroit qui existe entre cette tâche et le sexe du conjoint.

ZARCA voit une évolution qui est différente selon le type de tâches ménagères dont il est question. Il distingue trois catégories : les *tâches typiquement féminines*, les *tâches typiquement masculines* et les *tâches négo-*

¹⁰² JOBIN (voir ci-dessus note 6), 188-189.

*ciables*¹⁰³. Les premières sont à la charge exclusive des femmes dans 90 % des cas. Il s'agit de laver le linge à la main, laver le gros linge à la machine, laver le petit linge à la machine, repasser, recoudre un bouton, faire les sanitaires. Les secondes sont prises en charge par plus de 70 % des hommes. Il s'agit de porter le bois, le charbon, d'amener le mazout et de laver la voiture. Elles sont effectuées à égalité dans moins de 3 % des cas. Les *tâches négociables* sont des tâches de nature plutôt féminine, mais dont la marque s'affaiblit. Il s'agit de faire la cuisine, faire les vitres, passer l'aspirateur ou le balai, faire la vaisselle à la main ou mettre le couvert. Dans 8 % des cas, les hommes en ont la charge. Dans plus de 35 % des cas, voire même dans 80 % des cas quelquefois, ils y participent. Dans 10.6 % des cas, elles sont effectuées à part égales entre les conjoints.

D'une manière générale, ZARCA constate que la répartition du travail évolue peu. Cependant, si l'on compare les trois catégories les unes avec les autres, il apparaît que c'est dans la catégorie des tâches négociables que l'on peut observer l'évolution la plus importante, en ce sens que les hommes participent plus qu'auparavant¹⁰⁴.

GLAUDE et DE SINGLY examinent et hiérarchisent les tâches domestiques en fonction de leur importance en terme de "pouvoir". A cet égard, ils distinguent deux catégories : le *pouvoir d'orchestration*, qui relève du domaine des grandes décisions, celles qui concernent les objectifs du couple, et toutes les activités qui mettent en pratique cette politique conjugale (appartement, vacances, amis, enfants, lectures, aménagement, électroménager, etc.), et le *pouvoir d'exécution*, c'est-à-dire le domaine des activités de gestion de la vie quotidienne (domaine ménager, de l'entretien, de l'approvisionnement et de l'administration).

Ils constatent un net accroissement de la participation des hommes dans le *pouvoir d'orchestration* mais par contre une participation masculine qui s'accroît plus lentement dans le domaine du *pouvoir d'exécution*¹⁰⁵.

¹⁰³ Bernard ZARCA, "La division du travail domestique : poids du passé et tensions au sein du couple", in *Economie et Statistique*, no 228, janvier 1991, 29 ss (30-31).

¹⁰⁴ ZARCA (voir ci-dessus note 103), 31.

¹⁰⁵ GLAUDE/DE SINGLY (voir ci-dessus note 87), 11-13 et 27.

Le *pouvoir d'orchestration* est en outre plus sensible à des influences culturelles, telles les idées d'égalité entre homme et femme, que le *pouvoir d'exécution*¹⁰⁶. Ainsi, les objectifs du couple seront plus facilement fixés conjointement par les époux, lorsque le contexte dans lequel ils vivent est fortement imprégné de l'idée d'égalité. Le *pouvoir d'exécution* est par contre plutôt soumis aux conséquences des négociations qui interviennent entre les conjoints¹⁰⁷. Il sera plus facilement dépendant des rapports de force entre ceux-ci et de leurs ressources respectives (profession et statut).

Le *pouvoir d'exécution* est lui plus influencé par l'âge des conjoints¹⁰⁸. Lorsque le mari prend de l'âge, la spécialisation s'accroît dans l'organisation domestique.

Selon KAUFMANN, la spécialisation ne diminue pas, mais les conjoints s'attribuent ce qu'il appelle des *territoires personnels*, c'est-à-dire des sphères d'influence (l'un intervient par exemple dans la cuisine, et l'autre dans le ménage). Une telle solution permet, à son avis, d'éviter le coût relationnel lié au choc des normes différentes de l'homme et de la femme dans l'exécution de ces activités¹⁰⁹.

4. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

On a pu le constater : plusieurs facteurs contribuent au maintien d'un modèle traditionnel de partage des tâches. Contrairement à ce que l'on pouvait s'imaginer, l'entrée en force des femmes sur le marché du travail n'a pas fait grandement évoluer la pratique du modèle traditionnel. Il est donc intéressant de s'interroger sur la voie à suivre pour favoriser une organisation égalitaire des tâches entre hommes et femmes ou en tout cas pour

¹⁰⁶ GLAUDE/DE SINGLY (voir ci-dessus note 87), 27.

¹⁰⁷ GLAUDE/DE SINGLY (voir ci-dessus note 87), 27.

¹⁰⁸ On trouve une idée semblable chez RYFFEL-GERICKE qui voit cette tendance sous l'angle de la vie en commun. Une longue durée de mariage va consolider le modèle traditionnel et faire diminuer une participation du mari qui existait éventuellement au début de la relation conjugale (RYFFEL-GERICKE [voir ci-dessus note 22], 113).

¹⁰⁹ KAUFMANN (voir ci-dessus note 96), 92-96.

permettre aux couples d'effectuer librement, c'est-à-dire sans contrainte extérieure de nature pécuniaire, familiale ou sociale, un choix quant à la répartition des tâches dans la famille.

Selon la sociologue Martine SEGALEN, trois facteurs pourraient permettre un renversement de la tendance actuelle :

- une réinsertion des femmes des classes moyennes dans le monde du travail;
- un retour du mari dans le foyer;
- une transformation rapide des mentalités¹¹⁰.

La réinsertion des femmes sur le marché du travail ne conduit pas automatiquement à faire disparaître le modèle traditionnel¹¹¹. On assiste au contraire à la naissance de ce que l'on peut appeler le nouveau modèle traditionnel dans le cadre duquel la femme travaille et assume en plus les activités au foyer. On peut imaginer que tant que le travail domestique causera des désavantages professionnels et sociaux importants et tant que les hommes réaliseront des salaires plus importants que les femmes, il sera très difficile d'inciter les couples à partager les tâches domestiques ou même à spécialiser le mari dans un rôle traditionnel. En effet, l'analyse économique des comportements familiaux nous montre que les décisions relatives au partage des tâches sont influencées par les bénéfices qui peuvent être retirés de ce mode de partage. Elle nous montre également qu'il est plus avantageux de spécialiser au foyer le conjoint qui a les revenus les moins élevés¹¹². Les désavantages professionnels et sociaux sont alors moins conséquents que dans les cas où c'est le conjoint gagnant le salaire le plus élevé qui assume le rôle traditionnel. Une politique sociale et juridique apportant une revalorisation réelle de ce rôle ainsi qu'une réalisation de l'égalité des salaires entre homme et femme pourraient permettre de renverser la tendance.

¹¹⁰ SEGALEN, Sociologie de la famille (voir ci-dessous note 85), 235 ss.

¹¹¹ Voir ci-dessus page 34.

¹¹² Voir ci-dessous titre III pages 56 ss, spécialement titre B, pages 67 ss.

Un retour des hommes dans le foyer doit passer, comme le souligne à juste titre RYFFEL-GERICKE¹¹³, par une réduction de leurs ambitions professionnelles. Cela permettrait d'obtenir une structure familiale moderne où homme et femme auraient la possibilité de réaliser tant des buts professionnels que familiaux. Une telle évolution doit cependant nécessairement s'accompagner d'une revalorisation du travail domestique, d'une suppression des conséquences professionnelles encourues lorsque l'on assume un travail domestique ainsi que d'une évolution des mentalités.

Avec RYFFEL-GERICKE¹¹⁴, on doit admettre qu'actuellement une évolution du modèle traditionnel se heurte à des obstacles sociaux non négligeables. Les attentes de la société à l'égard de l'homme sont souvent incompatibles avec un partage égalitaire des tâches domestiques. Pour un homme, la reconnaissance sociale s'acquiert au travers de son activité professionnelle, c'est-à-dire en particulier de son salaire et de la position professionnelle qu'il occupe. Sur le marché du travail, l'homme est souvent en compétition avec d'autres hommes qui, comme lui, s'investissent entièrement dans leur activité professionnelle. Sa réussite passe nécessairement par le sacrifice d'un investissement dans le ménage.

De plus, la socialisation de la femme dans le rôle de mère et de soutien dans le développement professionnel de son mari n'encourage pas la femme à s'engager dans le monde professionnel lorsqu'elle devient mère et la pousse à subordonner sa carrière à celle de son mari. Nombreuses sont les mères qui développent des sentiments de culpabilité lorsqu'elles assument une activité professionnelle en plus de leur rôle de mère.

Le marché du travail peu flexible constitue également un obstacle difficilement surmontable pour la femme ou l'homme qui souhaite concilier famille et travail. Des crèches sur le lieu de travail ou dans les environs font cruellement défaut. Le petit nombre de postes de travail à temps partiel représente également un handicap pour les parents qui veulent assumer leur rôle consciencieusement.

Il est difficile de définir les moyens et les méthodes permettant une évolution des mentalités et des structures sociales dans le sens souhaité. Nous

¹¹³ RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 269.

¹¹⁴ RYFFEL-GERICKE (voir ci-dessus note 22), 272-273.

pensons toutefois que, parallèlement aux efforts tendant à faire modifier les structures du marché du travail de façon à ce qu'il soit possible pour les deux sexes de combiner travail et famille, il est déterminant d'être très attentif aux stéréotypes sur les rôles propres à chaque sexe, qui sont véhiculés dans notre société au travers de la publicité, des films, de la littérature et de l'enseignement notamment. Chaque individu est à la recherche d'un modèle. Tant que les femmes et les hommes n'auront pas comme modèles des femmes et des hommes assumant un autre rôle que le rôle traditionnel, il sera difficile de faire évoluer les pratiques.

D. La valorisation macro-économique du travail domestique

1. GENERALITES

La production non marchande¹¹⁵ des ménages joue un rôle déterminant pour le bien-être des ménages et pour l'économie en général.

En plus de leur valeur propre et de leur rôle dans les ménages, ces activités ont une influence importante sur le bon fonctionnement des secteurs monétarisés de l'économie. Comme le dit GOLDSCHMIDT-CLERMONT, "pour que les travailleurs des secteurs marchands puissent assurer la pro-

¹¹⁵

Par *production non marchande*, on entend les produits qui sont fournis gratuitement ou à un prix bien inférieur à leur coût (par exemple les services fournis par les administrations publiques, le bénévolat ainsi que le travail domestique d'un membre de la famille). Les services et biens fournis par un employé de maison font également partie des produits non marchands, car ils ne sont pas échangés sur le marché.

On parle également d'*économie fantôme* pour désigner ces échanges qui s'effectuent hors des circuits monétaires (CHADEAU/FOUQUET [voir ci-dessus note 48], 34 note 5).

La *production marchande* englobe les produits qui s'échangent sur le marché.

duction, il faut que les enfants soient pris en charge, que les malades soient soignés, les repas préparés, etc."¹¹⁶.

Les économistes ont largement débattu la question de savoir si la production des ménages devait être incluse dans la comptabilité nationale. Aujourd'hui, elle est reconnue comme productive au sens économique. Cela semble assez normal quand on sait que les activités domestiques absorbent entre 40 et 50 % du temps total de travail, soit presque autant que toutes les activités des secteurs de l'économie¹¹⁷.

Elles ne sont toutefois pas intégrées dans les agrégats standards de la comptabilité nationale (produit national brut, revenu national brut, etc.) mais font l'objet, dans certains pays, d'un compte spécial, complémentaire, dit *compte satellite*. Dans ce compte figurent également, selon les pays, l'environnement, la santé, l'éducation, etc. L'intégration des activités domestiques dans le compte satellite donne la possibilité de comparer l'importance de ces activités par rapport à l'ensemble des activités productives figurant dans les agrégats standards. En outre, l'addition du compte satellite et des agrégats standards permet de calculer la production nationale étendue, c'est-à-dire la totalité de la production nationale, y compris les activités domestiques¹¹⁸. Elle donne de cette manière une indication sur le volume réel des activités productives au niveau national.

La valorisation monétaire d'une activité productive s'effectue sur la base de la valeur d'échange de ce produit sur le marché. Or, le travail domestique ne s'échange pas sur le marché, ce qui pose un problème quant à la méthode à utiliser pour valoriser cette activité. Plusieurs méthodes ont été proposées, avec des résultats malheureusement très

¹¹⁶ Luisella GOLDSCHMIDT-CLERMONT, "Valorisation monétaire du travail ménager", in *Questions familiales* 3/94, 12 ss, 16.

¹¹⁷ Luisella GOLDSCHMIDT-CLERMONT, *Economic Significance* (voir ci-dessus note 8), 84.

¹¹⁸ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, *Valorisation monétaire* (voir ci-dessus note 116), 13.

différents. Ainsi, les chiffres sur la valeur de la contribution de l'activité domestique au produit national brut peuvent varier entre 30¹¹⁹ et 77 %¹²⁰.

Chacune de ces méthodes présente des avantages et des inconvénients. Il se justifie d'expliquer ici comment se définit une production économique non marchande et d'effectuer une rapide description des trois principales techniques de valorisation utilisées.

2. COMMENT CALCULER LA VALEUR DE LA PRODUCTION NON MARCHANDE ?

Pour pouvoir calculer la valeur du travail domestique productif, il faut commencer par définir les activités domestiques économiques, c'est-à-dire celles ayant une valeur sur le marché (laver le linge, repasser, préparer les repas, etc.). Elles seules sont prises en considération, à l'inverse des activités personnelles non économiques (par exemple dormir, regarder la télévision, manger, etc.). Le critère utilisé est celui de la *tierce personne*. Les activités domestiques sont considérées comme économiques lorsqu'elles peuvent être effectuées par une personne autre que celle qui bénéficie de l'activité¹²¹. Toutes les activités qui ne peuvent être confiées à un tiers sont considérées comme non économiques, même lorsqu'elles contribuent indirectement à satisfaire la capacité productive de celui qui les exerce. Ainsi, même si le sommeil permet au travailleur de conserver sa force de travail, dormir n'est pas considéré comme une activité économique.

Une fois le travail domestique productif défini, il faut se pencher sur les différentes méthodes permettant de calculer la valeur de l'activité au foyer. Ces méthodes utilisent des critères différents tant en ce qui concerne le volume de l'activité domestique que la valeur monétaire de

¹¹⁹ GOLDSCHMIDT-CLERMONT parle d'une contribution qui se situe entre 30 et 50 % du PNB (Economic Significance [voir ci-dessus note 8], 84).

¹²⁰ CHADEAU/FOUQUET (voir ci-dessus note 48), 42.

¹²¹ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Economic Significance (voir ci-dessus note 8), 82; HAWRYLYSHYN (voir ci-dessus note 25), 87.

celle-ci. Pour calculer la valeur de ce travail dans la comptabilité nationale, trois méthodes ont été envisagées :

1. la valorisation au coût des facteurs de production;
2. la valorisation au coût de l'équivalent marchand;
3. la valorisation dite au "gain potentiel"¹²².

1. Selon la première méthode, dite *valorisation indirecte au coût des facteurs de production*, le travail domestique équivaut à ce qu'il en coûterait de le faire exécuter par une tierce personne¹²³. Le coût des facteurs de production peut être évalué de deux façons différentes :

- a. soit globalement : le travail domestique est évalué au coût d'un employé de maison;
- b. soit activité par activité : on se réfère au coût total d'employés spécialisés dans chacune des activités effectuées par le conjoint au foyer (blanchisserie pour le linge, restaurant pour les repas, garagiste pour la voiture, etc.).

Cette méthode cherche à évaluer les *économies réalisées par les conjoints* du fait que le travail domestique est effectué de manière non rémunérée par un des conjoints. Elle combine le coût des facteurs de production et le temps consacré par le conjoint au foyer pour exécuter les tâches domestiques.

Elle est facile à utiliser car les données sur le temps consacré aux activités domestiques ont fait l'objet d'études¹²⁴ et les salaires utilisés pour calculer le coût des facteurs de production sont également à disposition¹²⁵.

¹²² En anglais *opportunity cost*.

¹²³ Charges incluses (CHADEAU/FOUQUET [voir ci-dessus note 48], 36).

¹²⁴ Voir ci-dessus le chapitre sur les statistiques. Une étude française a montré que le travail domestique était d'environ 10 heures par semaine pour un homme actif, de 18 heures pour un homme inactif, de 28 heures pour une femme active et de 43 heures pour une femme au foyer (CHADEAU/FOUQUET [voir ci-dessus note 48], 31).

A noter que dans certains pays (Danemark, Finlande, France, Norvège) les salaires pris en considération sont bruts, c'est-à-dire qu'ils sont augmentés des

Cette méthode présente toutefois un désavantage. Elle reflète au niveau macro-économique les discriminations dont les femmes font l'objet sur le marché du travail. En effet, la valorisation des facteurs de production se fait sur la base des salaires du marché, qui sont négativement influencés par l'activité domestique de la femme (salaires inférieurs)¹²⁶. "Quand les salaires féminins sont utilisés comme base d'imputation, le biais imposé par les rôles sociaux (division du travail selon le sexe) sur le niveau de ces salaires est répercuté sur l'évaluation du travail féminin non marchand."¹²⁷ Une étude réalisée en 1978 au Canada a montré que le travail au foyer calculé sur la base de salaires féminins équivalait à 41.1 % du PNB, alors que calculé sur la base de salaires masculins, il se montait à 53 %¹²⁸. Dès lors, la valorisation de l'activité domestique ne reflète pas la valeur et l'utilité réelles de cette activité dans l'économie mais la valeur que le marché (souvent discriminatoire) donne à l'activité de la femme.

Ainsi, tant dans le domaine du travail rémunéré que dans celui du travail non rémunéré, la femme est économiquement désavantagée par le travail domestique¹²⁹. La contribution économique des femmes dans la société est négativement influencée par le travail domestique et la valeur du travail domestique se calcule par référence à des salaires féminins inférieurs aux salaires masculins.

cotisations sociales des employeurs. Une telle façon de procéder permet de calculer les flux économiques qui seraient engendrés dans l'hypothèse où la production non marchande était transférée dans le secteur marchand (GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire [voir ci-dessus note 116], 15).

¹²⁵ On se référera aux salaires usuels de la branche.

¹²⁶ Voir ci-dessous les conséquences économiques du travail domestique.

¹²⁷ Luisella GOLDSCHMIDT-CLERMONT, "Le travail non rémunéré au foyer : synthèse critique des méthodes d'évaluation économique", in *Vers la mesure des activités économiques des femmes*, R. ANKER/C. HEIN (éds), Genève 1986, 39 ss, 56.

¹²⁸ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Travail non rémunéré au foyer (voir ci-dessus note 127), 56.

¹²⁹ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire (voir ci-dessus note 116), 15.

2. La deuxième méthode, celle dite de *valorisation directe au prix de l'équivalent marchand*, cherche à établir la valeur des produits domestiques en valorisant ceux-ci aux prix du marché pour des produits équivalents. Elle se base donc sur deux types de données :

- le volume des produits du ménage (nombre de repas servis, surface de logement nettoyée, nombre d'enfants dont il est pris soin, etc.)¹³⁰ ;
- le prix du marché pour un produit équivalent.

Selon cette méthode, les repas préparés au foyer sont valorisés au prix des repas dans un restaurant, le linge lavé et repassé aux prix pratiqués dans les blanchisseries, etc.

Cette méthode est difficile à utiliser car il n'existe pas ou peu de données sur le volume de production du ménage. Il n'y a pas de statistiques sur le volume de linge lavé, le nombre de repas préparés, etc. Cette méthode est pourtant celle qui s'intégrerait le mieux à la comptabilité nationale¹³¹, car elle utilise les mêmes principes d'évaluation. Actuellement, seule la Finlande a effectué des mesures de la production des ménages (*volume of output*) à l'échelon national¹³².

Pour combler cette lacune, le Fonds national suisse de la recherche scientifique finance un programme de recherche ayant pour but de recueillir de telles données en Suisse romande¹³³. Cette étude devrait dans une seconde étape rechercher le coût de l'équivalent marchand de chacun des produits du ménage et ainsi donner au travail domestique une valeur réaliste, directement comparable à la valeur d'autres secteurs de l'activité économique.

¹³⁰ Exemples tirés de GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Travail non rémunéré (voir ci-dessus note 127), 68.

¹³¹ GOLOSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire (voir ci-dessus note 116), 14.

¹³² GOLOSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire (voir ci-dessus note 116), 14.

¹³³ Voir le Programme national 35.

3. La troisième méthode¹³⁴ se base sur les gains que la personne au foyer aurait pu réaliser sur le marché du travail si elle avait exercé une activité lucrative¹³⁵. La valorisation de l'activité domestique s'effectue donc par rapport au *manque à gagner*¹³⁶ pour les conjoints. La valeur de référence est le salaire potentiel de celui qui se charge de l'activité domestique.

Cette méthode aboutit aux résultats suivants :

- a. Un travail domestique identique, effectué pendant un nombre d'heures identiques, ayant fourni le même nombre et le même genre de produits, pourra avoir une valeur différente. Le travail au foyer de l'avocate aura plus de valeur que celui de l'employée sans qualifications. La réparation d'une voiture par un universitaire vaudra plus que celle effectuée par un garagiste. Les activités domestiques des femmes auront moins de valeur que celles des hommes, puisque les salaires des femmes sont actuellement inférieurs à ceux des hommes. Et en période de chômage, en admettant que le gain potentiel de la femme est alors proche de zéro, la valeur de son travail au foyer sera également fortement réduite¹³⁷.
- b. Le travail domestique effectué par une personne ayant la possibilité de réaliser un bon revenu est présumé être de meilleure qualité que celui

¹³⁴ Cette méthode s'inspire des théories américaines de micro-économie sur l'allocation du temps et selon lesquelles les individus agissent de manière rationnelle et cherchent à maximiser les profits dans toutes leurs activités, y compris dans le travail domestique ou les loisirs. Selon ces idées, les activités non productives ont comme valeur le gain manqué de celui qui s'y consacre au lieu d'aller effectuer une activité rémunérée (Gary BECKER, "A Theory of the Allocation of Time", *Economic Journal* 75/1965, 493-517).

¹³⁵ Pour les personnes actives, on se base sur le gain net observé. Pour les inactifs, on se base sur les gains qu'ils auraient pu réaliser au vu de leurs qualifications professionnelles et de leur situation personnelle (CHADEAU/FOUQUET [voir ci-dessus note 48], 41).

¹³⁶ CHADEAU/FOUQUET (voir ci-dessus note 48), 36.

¹³⁷ CHADEAU/FOUQUET (voir ci-dessus note 48), 40-41; GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Travail non rémunéré au foyer (voir ci-dessus note 127), 65.

d'une ouvrière de fabrique. Il est cependant fort probable que le contraire est plus proche de la réalité¹³⁸.

- c. Selon cette méthode, le travail domestique voit sa valeur augmenter avec le temps, si l'on prend comme base de calcul le salaire de femmes du même âge et de formation équivalente. En réalité, la valeur de ce travail a tendance à être plus importante au moment où il y a de jeunes enfants dans le foyer puis à diminuer dès lors que les enfants quittent le ménage des parents¹³⁹.

3. REMARQUES

1. Comme on peut le constater, les résultats varient grandement. Au Danemark, en Norvège, Finlande, France et Allemagne, des études effectuées sur la base de la valorisation au coût des facteurs de production font osciller les résultats entre 33 et 41.7 % du PIB lorsque l'évaluation est faite sur la base de salaires nets et entre 36 et 41.7 % lorsque l'on se réfère à des salaires bruts, cotisations sociales comprises. En France, une évaluation effectuée sur la base du *manque à gagner* a donné un résultat de 77 % du PIB marchand et 67.9 % du PIB total¹⁴⁰. En Allemagne, une

¹³⁸ Marianne FERBER et Bonnie G. BIRNBAUM, "The "New Home Economics" : Retrospects and Prospects", *Journal of Consumer Research*, 1977, 19 ss, 26; FERBER/BIRNBAUM estiment qu'une femme qui a une passion pour la philosophie sera probablement moins attentive à la brillance des sols qu'une femme qui n'a pas fait d'études ou fait peu d'études. Elles qualifient l'évaluation de la qualité des services domestiques de question fortement émotionnelle et arrivent à la conclusion que la qualité des services de tiers est au moins équivalente à celle des services fournis par les conjoints eux-mêmes. Elles en veulent pour preuve le fait qu'à travers l'histoire le travail domestique a été délégué à du personnel engagé à cet effet par les familles fortunées, ce qui permet de conclure que ce travail délégué à des tiers a toujours été considéré comme de meilleure qualité que les services fournis par les conjoints eux-mêmes ou en tout cas d'une qualité qui n'est pas suffisamment inférieure pour pousser les conjoints à effectuer ces tâches eux-mêmes.

¹³⁹ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 25; Winnie HAZOU, *The Social and Legal Status of Women : A Global Perspective*, New York, Westport 1990, 60-61.

¹⁴⁰ CHADEAU/FOUQUET (voir ci-dessus note 48), 42.

étude macro-économique qui a effectué la valorisation au *coût de l'équivalent marchand* est arrivée à un résultat de 38 % du PIB¹⁴¹.

Par ailleurs, une étude allemande a mis en rapport les services marchands/non marchands et la consommation finale étendue¹⁴² de la population : le rapport est de respectivement 40 %/60 %, ce qui place les services non marchands en tête dans la contribution à la consommation finale étendue¹⁴³.

La Suisse n'a pour l'instant pas mené d'études comparables¹⁴⁴. Sur la base des résultats à l'étranger, on peut toutefois constater que la valeur attribuée à l'activité domestique par les diverses études est d'au minimum *un tiers* du produit national brut.

A l'étranger, la méthode la plus utilisée dans les études macro-économiques est celle dite de la valorisation au *coût des facteurs de production*.

2. Les économistes restent impuissants face à la valeur sociale, culturelle et personnelle du travail domestique. Ils ne peuvent mesurer que la valeur économique de cette activité. En effet, il est par exemple difficile de mesurer et de valoriser l'influence du travail domestique sur la satisfaction des besoins psychologiques des membres de la famille, y compris ceux du conjoint qui se consacre à cette activité. La qualité des soins matériels et éducatifs prodigués aux enfants est également difficilement quantifiable et donc mise de côté lors de l'évaluation de la valeur du travail domestique.

Il est également difficile de valoriser l'influence indirecte du travail domestique sur les activités des membres de la famille produisant des biens et des services que le ménage ne peut produire lui-même. Pourtant, l'ana-

¹⁴¹ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire (voir ci-dessus note 116), 16.

¹⁴² C'est-à-dire la consommation totale de biens marchands et non marchands, après déduction des consommations intermédiaires intervenant dans la production non marchande.

¹⁴³ GOLDSCHMIDT-CLERMONT, Valorisation monétaire (voir ci-dessus note 116), 16.

¹⁴⁴ Une étude est actuellement en préparation, voir ci-dessus page 50.

lyse économique des comportements humains a démontré que le capital humain des hommes augmentait lorsque leur épouse assumait l'entier du travail domestique¹⁴⁵.

L'évaluation économique du travail domestique ignore également la valeur réelle de cette activité pour le ménage lui-même. Une valorisation au coût de l'équivalent marchand restera en deçà de la valeur réelle pour le consommateur. En outre, le caractère indispensable de ce travail n'est pas non plus pris en considération. Dans certaines régions rurales, les produits domestiques sont quasiment indispensables, le recours à des substituts du marché étant très limité¹⁴⁶.

Une évaluation réaliste de la valeur du travail domestique dans l'économie nationale devrait tenir compte de ces éléments non économiques pour établir la valeur réelle des tâches au foyer.

En conclusion, même s'il y a (encore) divergence sur la manière de valoriser le travail domestique, il est incontesté qu'il s'agit d'un travail qui est productif de valeur.

¹⁴⁵ Elisabeth M. LANDES, "Economics of Alimony", *The Journal of Legal Studies* 7/1978, 35 ss, 40.

¹⁴⁶ Luisella GOLDSCHMIDT-CLERMONT, *Economic evaluations of unpaid household work : Africa, Asia, Latin America and Oceania*, Genève 1987, 58.

III. UNE ANALYSE ECONOMIQUE DE LA REPARTITION TRADITIONNELLE DES TÂCHES

A. Généralités sur l'analyse économique des comportements familiaux

1. NOTIONS

L'analyse économique des comportements des individus base sa réflexion sur la constatation que les biens à disposition dans notre société ainsi que l'éventail des activités possibles excèdent les ressources en revenus des individus et le temps qu'ils ont à disposition pour s'y consacrer. Les ressources et le temps sont en situation de pénurie (*scarcity*) par rapport aux biens et aux activités à disposition. Les individus doivent par conséquent faire des choix entre les diverses options qui leur sont présentées. Leurs choix seront guidés par une analyse coût/bénéfice des options réalisables. Le but ultime est d'affecter les ressources de la manière la plus efficiente¹⁴⁷ possible.

Les économistes partent du principe que les individus agissent en règle générale de façon cohérente, conformément à ce qui leur semble préférable. Ils effectuent des *choix rationnels*, par lesquels ils tentent d'obtenir des résultats produisant des bénéfices supérieurs aux coûts. Par choix rationnel, les économistes se réfèrent aux choix effectués en ayant connaissance des options à disposition, en classant ces options par ordre de préférence et en considérant les conditions auxquelles ces différentes options peuvent être réalisées. Ce n'est que sur la base de telles informations qu'il est possible de mettre en balance les différentes possibilités et de choisir celle qui procure la plus grande utilité¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Efficient signifie qui procure le plus de satisfaction possible dans les limites posées par les ressources et la technologie (*The New Palgrave*, vol. 2, 107).

¹⁴⁸ Notion subjective. Se réfère à la capacité d'un bien ou d'un service à satisfaire un désir de quelque sorte que ce soit (*The New Palgrave*, vol. 4, 776).

Par ailleurs, les économistes calculent les coûts réels des options choisies en tenant compte des opportunités auxquelles il faut renoncer pour pouvoir obtenir ce bien. En jargon économique, on parle d'*opportunity costs*¹⁴⁹. Cela signifie que les ressources utilisées pour la production d'un bien (travail ou capital) ne pourront plus être utilisées pour la production d'autres biens. Le choix entre l'attribution des ressources et du temps à disposition pour la production d'un bien plutôt que d'un autre s'effectuera par une comparaison de l'utilité et de la satisfaction produites par chacun des biens, et une prise en considération de l'utilité et de la satisfaction à laquelle on renonce en attribuant les ressources à la production d'un certain bien. *Le but est de maximiser le bien-être au moyen des ressources à disposition.*

Dès le milieu des années 60, certains économistes¹⁵⁰ ont centré leurs recherches sur le fonctionnement de la famille¹⁵¹ et ont appliqué les théories

¹⁴⁹ C'est la valeur donnée à la meilleure occasion (celle à laquelle on donne la plus grande valeur), à laquelle on a renoncé (*The New Palgrave*, vol. 3, 719).

¹⁵⁰ BECKER, *Theory* (voir ci-dessus note 134), 493 ss; Jacob MINCER, "Labor Force Participation of Married Women" in *Aspects of Labor Economics*, H. Greg LEWIS (éd.), Princeton 1962, 63 ss qui ont centré leur recherche sur l'allocation du temps et des ressources de façon à maximiser le bien-être de la famille. Une pionnière de la première heure avait déjà développé ces idées dans les années 30, sans que les économistes ne s'y intéressent avant les années 60, voir Margaret G. REID, *Economics of Household Production*, New York 1934..

¹⁵¹ Par la notion de "famille", les économistes entendent un ménage de deux personnes au moins, ayant entre elles un lien de sang ou de mariage (Francine D. BLAU/Marianne A. FERBER, *The Economics of Women, Men and Work*, Englewood Cliffs 1986, 6). Seuls les adultes sont pris en considération, les enfants sont présumés ne pas prendre part au processus décisionnel au sein de la famille et, de la sorte, appartenir au ménage des parents (FERBER/BIRNBAUM [voir ci-dessus note 138], 22 note 7). Cela inclut donc les grands-parents, oncles et tantes vivant dans le même ménage mais exclut les familles monoparentales et les concubins. En ce qui concerne les ménages homosexuels, ils ne sont pas expressément envisagés par les auteurs. Cependant, une partie des théories et notamment celles sur les bénéfices de la spécialisation des tâches au sein du ménage peuvent leur être appliquées.

économiques relatives au capital humain¹⁵² aux décisions des individus dans le domaine de la famille, c'est-à-dire dans le cadre d'une activité non marchande¹⁵³. On a appelé ce courant économique le *New Home Economics*. Cette intrusion de l'économie dans le domaine de la famille peut paraître surprenante car les décisions "familiales" sont traditionnellement perçues comme des décisions qui n'obéissent pas à des critères rationnels mais qui sont plutôt largement influencées par des facteurs non rationnels comme l'amour, l'altruisme, les sentiments dictés par la nature (désir d'enfant par exemple), le contexte social, la tradition, la culture, la famille, etc. Ainsi, une analyse coût/bénéfice de l'intérêt d'un couple à avoir des enfants apparaît de prime abord choquante, tant cette décision semble être peu influencée par des facteurs rationnels.

Avant le *New Home Economics*, l'analyse du fonctionnement de la famille en elle-même était largement laissée de côté par les économistes¹⁵⁴. La famille n'entrait en ligne de compte dans l'analyse économique qu'en tant que consommateur final des biens et services produits sur le marché ou fournisseur de facteurs de production, comme par exemple le travail.

¹⁵² Theodore W. SCHULTZ, "Investment in Human Capital", *American Economic Review* 51/1960, 1 ss; BECKER, Human capital (voir ci-dessus note 2); Jacob MINCER, "On-the-Job Training : Costs, Returns and Some Implications", *Journal of Political Economy* 70/1962, 50 ss.

Par capital humain on entend le stock de capacités humaines économiquement productives. Les capacités sont créées ou produites par la combinaison de capacités innées et d'investissements dans les êtres humains. Les investissements dans le capital humain comprennent par exemple les dépenses d'éducation, de formation sur le tas, de santé, d'alimentation (tiré de l'Encyclopédie économique, Douglas GREENWALD [éd.] Paris 1984, 112) mais aussi le fait d'élever des enfants. Les économistes ont constaté que les individus investissaient dans leur capital humain, renonçant à une consommation immédiate, pour obtenir une meilleure capacité productive dans le futur. Le capital humain a donc une valeur qui va fluctuer avec le temps et en fonction des investissements effectués.

¹⁵³ Voir les ouvrages et articles de Gary BECKER, Theodore W. SCHULTZ, Cynthia B. LLOYD, Jacob MINCER, Solomon POLACHEK, etc.

¹⁵⁴ Isabel V. SAWHILL, "Economic Perspectives on the Family", in *The Economics of Women and Work*, Alice H. AMSDEN (éd.), New York 1980, 125.

C'est pourtant tout l'intérêt des théories développées par les tenants du *New Home Economics* que d'ouvrir les yeux des juristes sur l'aspect rationnel des décisions familiales, aspect qui est toujours occulté par la présomption que les décisions familiales relèvent de la sphère intime et émotionnelle des individus concernés. Le juriste centre son attention sur les différents modes d'organisation de la vie familiale à disposition des individus, les conséquences juridiques de ces choix, les moyens de remettre en cause ces décisions, mais il s'interroge peu sur les raisons qui poussent les individus à adopter un comportement familial plutôt qu'un autre. Les économistes de la famille concentrent par contre leur attention sur des comportements familiaux comme le fait de se marier, d'avoir ou non des enfants, ainsi que les décisions qui ont une influence sur l'utilisation du temps et des biens au sein de la famille.

Les économistes du *New Home Economics* partent du principe que l'unité familiale prend des décisions rationnelles, sur la base des informations nécessaires pour effectuer ces choix, afin de maximiser l'utilité et le bien-être de la famille. La famille est donc considérée comme une entité économique unique car les décisions de ses membres sont interdépendantes et la consommation familiale ainsi que les revenus familiaux sont en grande partie liés.

2. CRITIQUES

Le *New Home Economics* n'est pas un mouvement qui est resté sans contestation. Les reproches les plus fréquents sont les suivants.

1. L'analyse économique des comportements se base sur des présomptions qui simplifient la réalité et à partir desquelles les économistes élaborent un raisonnement¹⁵⁵. La réalité est souvent trop complexe pour

¹⁵⁵ Selon MITCHELL et POLNSKY (*An introduction to Law and Economics*, Boston/Toronto, 1983), "Economists approach problems by making assumptions" (p. 2). Plus loin "Economists make assumptions for the obvious reason that the world, viewed economically, is too complicated to understand without some abstraction" (p. 2). Et encore "the way an economist would go about answering these questions would be to isolate one or two of them at a time by making simplifying assumptions that eliminate the others" (p. 3) et finalement "the art of economics is picking assumptions that simplify a problem enough to better understand certain features of it" (p. 4).

pouvoir être saisie par les raisonnements économiques. Seul un certain degré d'abstraction permet de développer une théorie.

Malheureusement, la simplification ne peut se faire sans que certains éléments ne soient écartés de la réflexion. De manière imagée, certains critiques ont dès lors comparé l'analyse économique des comportements humains à un arbre qui cache la forêt¹⁵⁶. Ainsi, dans le domaine de la famille, il a été reproché aux économistes du foyer de présumer une totale liberté de choix des conjoints dans leurs décisions ainsi qu'une organisation harmonieuse de la famille permettant à chacun de voir ses préférences prises en considération. En réalité, il y a souvent un rapport de force inégal entre les conjoints et les choix effectués par la famille sont souvent influencés par des facteurs psychologiques ou sociologiques dont l'analyse économique ne tient pas compte¹⁵⁷.

Les critiques arrivent ainsi à la conclusion que les théories économiques ne sont pas d'un véritable intérêt pour prendre des décisions de politique sociale car elles ne reflètent qu'imparfaitement la réalité¹⁵⁸.

2. En outre, l'analyse économique se base sur les comportements familiaux, tels qu'ils existent à l'heure actuelle. Elle reprend ainsi les éventuelles inégalités sociales existantes ou discriminations dont certains individus feraient l'objet. Elle ne fait que refléter la réalité, en la simplifiant, sans rechercher de quelle manière la situation pourrait être améliorée. Elle ne fournit pas d'instruments permettant de modifier les comportements existants. En conséquence, le raisonnement économique fournit une explication rationnelle des comportements familiaux existants, et même lorsque ceux-ci sont discriminatoires ou inégalitaires. D'où le raccourci de certains critiques : l'analyse économique "justifie" les inégalités existantes.

¹⁵⁶ SAWHILL (voir ci-dessus note 154), 133-134.

¹⁵⁷ SAWHILL (voir ci-dessus note 154), 134.

¹⁵⁸ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 19 ss.

A titre d'exemple, on peut mettre en parallèle les deux analyses économiques suivantes :

- a. Les inégalités salariales entre homme et femme sur le marché du travail sont liées au fait que les femmes s'occupent des activités domestiques, ce qui contribue à leur salaire inférieur sur le marché du travail.
- b. Un partage efficient des tâches part du point de vue que le travail domestique est attribué de préférence à la femme, car son salaire est inférieur sur le marché du travail.

Les deux raisonnements reflètent correctement une réalité dans laquelle hommes et femmes ne sont pas placés sur pied d'égalité et tentent d'expliquer les inégalités existantes¹⁵⁹.

Par ailleurs, certains critiques pensent qu'une analyse économique qui centrerait son attention sur les possibilités d'améliorer les résultats actuels permettrait aux membres de la famille de prendre de meilleures décisions¹⁶⁰. Il est reproché à l'analyse économique des comportements familiaux de ne pas fournir d'instruments permettant de modifier les comportements existants, de ne pas fournir des informations qui permettraient aux individus de prendre des décisions plus conformes à la réalité, plus proches de leurs propres valeurs ou intérêts¹⁶¹. L'analyse est présentée comme désuète, dans la mesure où elle n'est pas utilisée pour améliorer

¹⁵⁹ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 20.

¹⁶⁰ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 19.

¹⁶¹ FERBER/BIRNBAUM ont élaboré quelques propositions pour que l'analyse économique des comportements familiaux joue un rôle plus important dans la transformation de la situation actuelle. Elles proposent de prendre en considération une valeur plus réelle du travail professionnel de la femme ainsi que du travail domestique, d'élaborer une fonction d'utilité de la famille formée de la fonction d'utilité de la femme et de celle de l'homme, de tenir compte du fait que le bien-être n'a pas une fonction constante mais évolue différemment avec le temps, du degré de satisfaction lié à l'autonomie dont le conjoint jouit, etc. Pour plus de détails voir FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 24-27.

les résultats actuels¹⁶² et où elle aurait tendance à influencer de manière rétrograde les choix faits par les individus.

3. Il est également reproché aux économistes de ne pas prendre suffisamment en considération les variables non marchandes dont les effets sont susceptibles de modifier les effets des variables marchandes¹⁶³.

4. Les théories micro-économiques néoclassiques se basent sur l'idée que les individus vont donner leur consentement à la transaction qui maximisera leur bien-être. Cela ignore totalement le fait que le consentement n'est pas toujours le résultat d'une pesée d'intérêts librement effectuée entre les fruits des différentes alternatives à disposition, mais que dans certains cas le consentement donné est contraire aux intérêts de celui qui l'a donné. Il peut être le fruit d'un désir de se soumettre à l'autorité ou la conséquence d'un sentiment de peur ou d'impuissance par exemple¹⁶⁴. Il peut également être le résultat d'inégalités sociales ou d'un isolement qui ont porté atteinte à la capacité des individus de choisir et ont provoqué une tendance à s'en remettre au jugement des autres. Il peut être dû à la crainte de formuler une requête conforme à ses intérêts, au fatalisme ou à la dévalorisation de soi¹⁶⁵. Ainsi, lorsque le partage traditionnel des tâches

¹⁶² FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 19.

¹⁶³ William J. GOODE, "Comment : The Economics of Nonmonetary Variables", *Journal of Political Economy* 82/1974, vol. 1, 27 ss, 30-31.

¹⁶⁴ Robin WEST, "Authority, and Choice : The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz KAFKA and Richard POSNER", *Harvard Law Review* 99/1985, 384 ss, 424-428. Robin WEST donne comme exemples de consentement irrationnel, celui des femmes qui se soumettent à des maris qui abusent d'elles, celui d'employés qui consentent à travailler dans un environnement professionnel dégradant ou celui de consommateurs qui consentent à acheter de produits défectueux ou trop chers. Dans tous ces cas, le consentement donné ne peut pas être considéré comme maximisant le bien-être, selon WEST.

¹⁶⁵ Elizabeth ANDERSON, "Values, Risks, and Market Norms", *Phil. and Pub. Affairs* 17/1988, 59, cité par Wanda A. WIEGERS, "Economic Analyses of Law and "Private Ordering" : A Feminist Critique", *University of Toronto Law Journal* 42/1992, 170 ss, 192-193.

est qualifié d'échange volontaire et efficient¹⁶⁶, cela ne tient compte ni des barrières rencontrées par les femmes pour entrer sur le marché du travail, comme la discrimination sexuelle ou l'inégalité des salaires, ni de la réticence des institutions à reconnaître la valeur des soins fournis aux enfants, ainsi qu'à soutenir financièrement l'activité éducative¹⁶⁷, ni du fait que la société a toujours attendu des femmes qu'elles donnent plus d'importance aux intérêts des autres qu'à leurs propres intérêts¹⁶⁸. Le fait de ne tenir compte dans le choix que de la manifestation de la volonté contractuelle ignore la complexité des motivations d'ordre psychologique poussant l'individu à contracter, les désirs des individus et les conséquences de leurs choix¹⁶⁹.

5. Le modèle néoclassique ignore les questions de distribution du pouvoir et des richesses dans la société. Les économistes eux-mêmes doivent reconnaître que les échanges efficaces sont fonction d'une distribution des *endowments* (en l'espèce richesses et pouvoirs) qui n'est pas nécessairement équitable¹⁷⁰.

6. L'apparente neutralité de l'analyse économique du droit cache le conflit inhérent à toute distribution inégale du pouvoir. Le fait d'analyser

¹⁶⁶ Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3e éd., Toronto 1986, 127; idem, "Conservative Feminism", *University of Chicago Legal Forum* 1989, 191, cité par WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 191 note 106.

¹⁶⁷ WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 191.

¹⁶⁸ WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 193, citant Judith FARR TORMEY, "Exploitation, Oppression and Self-Sacrifice" in Carol GOULD/Marx WARTOFSKY (éds) *Women and Philosophy : Toward a Theory of Liberation*, New York 1976. Selon TORMEY, les femmes qui ont internalisé ce rôle ont tendance à éprouver des sentiments de culpabilité lorsqu'elles donnent à leurs intérêts un rôle équivalent à l'intérêt des autres (WIEGERS [voir ci-dessus note 165], 193, note 117).

¹⁶⁹ WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 192, se référant à WEST (voir ci-dessus note 164).

¹⁷⁰ WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 197.

le choix des individus sur la base de normes abstraites obscurcit et réduit notre perception des conditions et conséquences de l'inégalité sociale¹⁷¹.

7. Il est contestable d'appliquer une idéologie de marché à des décisions qui relèvent de la politique sociale. Les économistes néoclassiques limitent les possibilités des femmes de mettre fin à leur situation de subordination. En effet, les économistes néoclassiques privatisent des problèmes rencontrés par les femmes, comme la maternité, ce qui fait obstacle à une prise en considération de ces problèmes par la société dans son ensemble. Cela va à l'encontre de l'idéologie féministe selon laquelle ce que l'on considère traditionnellement comme relevant de la sphère personnelle (la famille, la vie sexuelle) est un problème politique reflétant les relations de pouvoir inégales entre l'homme et la femme¹⁷².

3. UTILITE DE L'ANALYSE ECONOMIQUE DANS LE DOMAINE DE LA FAMILLE

Même s'il faut admettre que les critiques formulées ne sont pas dénuées de pertinence, l'analyse économique des comportements familiaux nous apporte un éclairage intéressant sur le fonctionnement du partage des tâches et les fondements du modèle traditionnel. A la différence des juristes, les économistes concentrent leur attention sur les éléments qui vont influencer les décisions familiales des individus. Ces éléments sont d'une grande importance pour les juristes, lorsqu'ils cherchent à réaliser un objectif de politique sociale. Il est en effet capital de pouvoir prévoir les comportements des individus pour pouvoir s'assurer que le but de politique juridique poursuivi pourra être atteint.

A notre avis, il est erroné de voir dans l'analyse économique des comportements humains une justification voire un renforcement des relations sociales existantes. L'analyse économique n'est pas un instrument de politique sociale ou juridique. Elle n'impose pas un objectif. Les options de politique juridique sont prises par le législateur. L'analyse économique

¹⁷¹ Duncan KENNEDY, "Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power", *Maryland Law Review* 41/1982, 603.

¹⁷² WIEGERS (voir ci-dessus note 165), 198 ss, 199-200, 203-205.

permet ici d'apprécier plus correctement les circonstances ayant une influence sur la décision des individus d'adopter un partage des tâches traditionnel ou non traditionnel.

Il est vrai que les économistes procèdent par voie de simplification pour élaborer des modèles de raisonnement. Cela leur permet de concentrer toute leur attention sur la relation que l'on cherche à comprendre et à clarifier. Les théories économiques n'ont pas la prétention de refléter complètement la réalité mais au contraire de mettre en exergue des traits caractéristiques qui nous auraient échappé en analysant la situation dans toute sa complexité. Certains auteurs¹⁷³ ont comparé l'analyse économique des comportements humains à une peinture moderne qui n'a pas la précision d'une photographie : elle retrace seulement les grandes lignes du sujet dépeint mais a l'avantage de nous procurer une vision plus en profondeur de la situation que la représentation réaliste, car elle met en lumière certains traits caractéristiques de celle-ci¹⁷⁴.

Il faut constater que l'analyse économique n'est cependant pas coupée de la réalité car elle est ensuite confrontée à des données empiriques qui permettent de confirmer la validité des raisonnements posés¹⁷⁵.

L'analyse économique des comportements familiaux influence d'ailleurs largement les juristes et sociologues américains qui dans leurs études sur la famille intègrent les notions économiques développées par des tenants du *New Home Economics*¹⁷⁶. Cela justifie donc ici une analyse détaillée des théories économiques relatives à la répartition des tâches dans la famille. Nous nous limiterons aux questions relatives au partage des tâches dans la famille, sujet de la présente étude, laissant de côté toutes les

¹⁷³ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 4.

¹⁷⁴ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 3-5.

¹⁷⁵ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 4-5.

¹⁷⁶ Voir Lenore J. WEITZMAN, *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York/Londres 1985, ainsi que toute la littérature sur le capital humain et le développement de nouvelles justifications des pensions alimentaires.

études relatives aux éléments ayant une influence sur la décision des individus de se marier ou de faire des enfants¹⁷⁷.

B. La théorie développée par Becker

1. PRESENTATION GENERALE

Le raisonnement sur le partage des tâches est le suivant. Deux individus vont être incités à collaborer si l'ensemble des avantages matériels¹⁷⁸ et

177

Les théories économiques sur le partage des tâches ont toujours été développées par les économistes en conjonction avec une autre proposition économique dont elles constituaient l'accessoire. Ainsi, comme nous le verrons ci-dessous, l'économiste américain Gary BECKER a analysé économiquement le partage des tâches entre les époux dans le cadre d'une étude sur les motifs poussant deux individus à se marier (Gary BECKER, "A Theory of Marriage", in *Economics of the Family*, Chicago 1974; idem, *Treatise* [voir ci-dessus note 2]). D'autres économistes ont repris ces idées et les ont appliquées à d'autres types de problèmes, comme l'avantage comparatif du modèle traditionnel de répartition des tâches dans la famille par rapport aux autres modèles (voir Bertrand LEMENNICIER, "La spécialisation des rôles conjugaux", in CREDOC 1976; "La spécialisation des rôles conjugaux", in *Incidences de l'éducation sur la consommation*, CREDOC 1978; "La spécialisation des rôles conjugaux, les gains du mariage et la perspective du divorce", *Consommation*, no 1). Pour une critique des travaux de LEMENNICIER, voir Catherine SOFER, "La division du travail entre hommes et femmes", Paris 1985, 74-76, 79-83. A propos de l'influence du travail domestique sur la participation des femmes dans le marché du travail, voir Reuben GRONAU, "Leisure, Home Production and Work", *Journal of Political Economy* vol. 85, no 4; Bertrand LEMENNICIER et Louis LEVY-GARBOUA, "L'arbitrage autarcie-marché : une explication du travail féminin", CREDOC 1980. Pour une critique des travaux de GRONAU ainsi que de ceux de LEMENNICIER et LEVY-GARBOUA, voir SOFER, 97-101, 108-112. A propos de l'influence de l'investissement dans le travail domestique sur les salaires des femmes, voir Jacob MINCER/Solomon POLACHECK, "Family Investments in Human Capital : Earnings of Women", in *The Economics of Women and Work*, Alice H. AMSOEN (éd.), 169 ss.

178

Le gîte, les repas, etc.

immatériels¹⁷⁹ qu'ils peuvent produire ensemble est supérieur à ce qu'ils pourraient produire séparément. Les époux établissent donc un contrat bilatéral portant sur des facteurs de production tels que le temps, les aptitudes et les ressources financières de chacun d'eux. Ils ne seront incités à conclure ce contrat que s'ils peuvent réaliser des bénéfices qui seront en outre supérieurs aux coûts des substituts marchands qu'ils peuvent obtenir et aux difficultés d'organisation et de contrôle de leur modèle. C'est à cette condition que peut intervenir la spécialisation dans le mariage.

La spécialisation va s'effectuer dès qu'un des conjoints a un avantage comparatif sur l'autre dans l'exécution d'une tâche. Cet avantage comparatif existe lorsque les temps de l'homme et de la femme ne sont pas absolument identiques, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas exactement la même valeur. Selon l'analyse économique, les temps n'ont pas la même valeur pour deux raisons. La première est que l'homme et la femme ne sont pas constitués biologiquement de la même manière. "La femme, par définition se trouve être le sexe spécialisé dans la reproduction de l'espèce (...). Ceci donne à l'épouse un avantage absolu dans la production des enfants au moment de la gestation et de l'allaitement. Il s'ensuit un avantage comparatif dans leur éducation au moment où ils sont les plus vulnérables, c'est-à-dire en bas-âge"¹⁸⁰. Aux termes de cette analyse économique, l'avantage comparatif de la femme amène le couple à confier à celle-ci les tâches éducatives¹⁸¹.

La seconde raison est liée à l'investissement de chacun des conjoints dans le capital humain. Le capital humain est "le stock des capacités humaines économiquement productives"¹⁸². L'investissement en capital humain n'est

¹⁷⁹ L'amour, l'affection, la santé, la qualité de l'éducation apportée aux enfants, etc.

¹⁸⁰ LEMENNICIER (voir ci-dessus note 93), 23; BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 62-63.

¹⁸¹ Les époux ont un intérêt moins grand à se spécialiser de la sorte lorsqu'ils n'ont pas d'enfant ou que les enfants ne sont pas les leurs (LEMENNICIER [voir ci-dessus note 93], 24).

¹⁸² Encyclopédie économique, Douglas GREENWALD (éd.), Paris 1984, 112. Les capacités sont créées ou produites par la combinaison de capacités innées et d'investissement dans les êtres humains, comme par exemple des dépenses

en principe pas lié au sexe. Au départ, il peut être équivalent lorsque l'homme et la femme ont suivi la même formation. Toutefois, le salaire inférieur de la femme sur le marché du travail donne à l'homme un avantage comparatif à se spécialiser dans les activités lucratives et donc à investir dans son capital humain professionnel. Les coûts d'opportunité¹⁸³ seront alors moins grands pour la femme qui se spécialise dans les activités domestiques que pour l'homme. La femme va donc se spécialiser dans ce domaine et renoncer à investir dans son capital humain professionnel. Elle sera également incitée à investir dans le capital humain qui lui est utile pour les activités domestiques. Cela va contribuer à réduire le coût d'opportunité de l'activité domestique de la femme.

En conclusion, selon les analyses économiques du partage des tâches, les différences biologiques entre les conjoints font pencher la balance du côté de la femme pour les tâches domestiques. Toutefois, même dans l'hypothèse où les conjoints étaient biologiquement totalement identiques (prenons le cas d'un ménage constitué de deux personnes du même sexe ou de jumeaux), il serait dans l'intérêt des deux conjoints que chacun investisse en capital humain et acquière une formation ou un talent différent¹⁸⁴. Cela permet à chacun d'avoir un avantage comparatif dans un domaine et va contribuer à augmenter les bénéfices retirés du mariage. Une spécialisation des tâches au sein d'un ménage est donc plus efficiente qu'une non-spécialisation.

Cette théorie de l'allocation du temps en fonction des coûts d'opportunité des différentes activités pour chacun des conjoints a été développée tout d'abord par l'économiste Gary BECKER, puis affinée par d'autres économistes. C'est BECKER qui a le premier appliqué cette théorie aux activités non productives, telles que les activités domestiques. Le développement détaillé de son raisonnement est expliqué dans le chapitre suivant.

d'éducation, de santé ou d'alimentation. Ces dépenses augmentent la capacité productive future au détriment de la consommation courante (idem, 112).

¹⁸³ C'est-à-dire la perte des revenus qui pourraient être réalisés si une activité lucrative était exercée.

¹⁸⁴ LEMENNICIER (voir ci-dessus note 93), 23.

2. DEVELOPPEMENT

Par spécialisation, il faut entendre une répartition entre les conjoints des tâches d'entretien de la famille, chacun des conjoints faisant porter la plus grande partie de son temps et de ses efforts sur un des deux types de tâches contribuant au bon fonctionnement de la famille, les activités ménagères et éducatives ou les activités lucratives.

Seules les *commodities*¹⁸⁵ produites indépendamment les unes des autres (sans production commune) et nécessitant un capital spécialisé différent peuvent faire l'objet d'une spécialisation¹⁸⁶. Les théories de Becker sur la spécialisation des activités d'un ménage partagent les tâches de contribution au bien-être de la famille en deux catégories : les activités non lucratives et les activités lucratives.

La théorie développée par Becker repose sur une série de 5 théorèmes. Les deux premiers théorèmes sont les suivants :

1. *If all members of an efficient household have different comparative advantages, no more than one member would allocate time to both the market and household sectors. Everyone with a greater comparative advantage in the market than this member would specialize completely in the market, and everyone with a greater comparative advantage in the household would specialize completely there.*¹⁸⁷
2. *If all members of a household have different comparative advantages, no more than one member would invest in both market and house-*

¹⁸⁵ Par *commodities*, BECKER entend les biens produits au sein de la famille (Alessandro CIGNO, *Economics of the Family*, Oxford 1991, note 2, 39, se référant à BECKER, *Theory* [voir ci-dessus note 134], 493 ss), les activités produites par le ménage. Les *commodities* sont le résultat d'une combinaison entre le temps domestique des membres de la famille et les biens et services achetés sur le marché au moyen des revenus du travail (BLAU/FERBER [voir ci-dessus note 151], 40). La satisfaction procurée par la *commodity* ne résulte pas uniquement de l'existence du bien en question mais de la combinaison entre le bien et le temps utilisé pour produire la *commodity* (Allen M. PARKMAN, *No-Fault Divorce, What went wrong ?*, Boulder/San Francisco 1992, 27-28).

¹⁸⁶ BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 1991, 35-36.

¹⁸⁷ BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 33.

*hold capital. Members specializing in the market sector would invest only in market capital, and members specializing in the household sector would invest only in household capital.*¹⁸⁸

Les deux premiers théorèmes partent du principe que les membres du ménage ont des avantages comparatifs différents¹⁸⁹. Le capital accumulé par chacun des membres du ménage est donc différent et le produit total du ménage (*output*) va dépendre de la distribution des heures de productivité entre les membres du ménage. Comme le temps productif de certains membres du ménage est plus productif dans un secteur que le temps productif d'autres membres, il s'agit de prendre des décisions optimales dans la répartition des tâches entre les conjoints et de veiller à maximiser les profits.

Selon le premier théorème, lorsque tous les membres d'un ménage efficient ont des avantages comparatifs différents¹⁹⁰, un membre seulement va répartir son temps entre les deux secteurs du marché et du ménage. Il s'agit du membre qui a un produit marginal équivalent dans chacun des deux secteurs. Par contre, tous les membres du ménage qui ont, soit dans le secteur du ménage soit, dans le secteur du marché, un avantage compa-

¹⁸⁸ BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 34.

¹⁸⁹ Pour déterminer l'avantage comparatif des membres d'un ménage, on recherche pour chaque membre le rapport entre son *produit marginal dans le marché* et son *produit marginal dans le ménage*. Une fois ce rapport établi, une comparaison du rapport réalisé par les différents membres du ménage permet d'établir l'avantage comparatif des uns par rapport aux autres. Voir l'explication de BECKER in *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 33.

L'établissement de l'avantage comparatif des membres d'un ménage permet de tenir compte des capacités de chacun à fournir un type de prestations et de répartir les tâches de la façon la plus optimale possible.

¹⁹⁰ Dans la démonstration relative à la spécialisation dans le ménage, BECKER part du point de vue que les différences d'avantages comparatifs entre les membres d'un ménage ne découlent ni de différences biologiques entre les membres, ni d'autres différences intrinsèques. Les différences dans l'habileté à produire certaines *commodities* sont donc uniquement dues à des différences dans le type d'investissements effectués par les membres du ménage ou à des différences dans le degré d'expérience (*Treatise* [voir ci-dessus note 2], 32).

ratif plus grand que l'avantage comparatif du membre qui investit dans les deux secteurs, ont intérêt à se spécialiser dans ce secteur-là.

Ainsi, les membres qui se sont spécialisés dans un secteur, vont investir dans ce secteur-là. Seul le membre répartissant son temps de productivité entre les deux secteurs va investir dans les deux secteurs également.

L'intérêt à investir dans un capital humain spécifique à une activité déterminée est en relation avec le temps consacré à cette activité¹⁹¹. L'intérêt à investir dans le capital humain propre au ménage augmente lorsque le temps consacré au ménage augmente. L'intérêt à investir dans le capital humain propre au marché augmente lorsque le temps consacré aux activités du marché augmente.

En outre, étant donné que les rendements des investissements dans le capital spécialisé varient en fonction des heures consacrées au secteur utilisant ce capital¹⁹², les membres du ménage se spécialisant entièrement dans un secteur sont poussés à investir dans ce secteur-là et n'ont en conséquence pas d'incitation à investir dans d'autres secteurs¹⁹³.

Le troisième théorème change une des données posées dans les deux premiers théorèmes en partant du principe que tous les membres du ménage ont des avantages comparatifs identiques. Puisque pour chacun des membres du ménage, les produits marginaux du secteur domestique sont équivalents aux produits marginaux du secteur du marché, les membres pourraient donc en théorie maximiser l'*output* du ménage tout en partageant leur temps entre le secteur domestique et celui du marché.

Le but de Becker est d'examiner s'il est efficient d'avoir plus d'un seul membre investissant dans les deux secteurs domestique et du marché. Il répond à cette question dans le théorème 3 qui est formulé de la façon suivante :

¹⁹¹ BECKER, *Human Capital*, 1^e éd., 1964, 51-52, 100-102.

¹⁹² BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), chapitre 1, 20 ss.

¹⁹³ BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 34.

3. *At most one member of an efficient household would invest in both market and household capital and would allocate time to both sectors.*¹⁹⁴

Le raisonnement est le suivant. Dans l'hypothèse où chacun des deux membres répartit équitablement son temps entre les deux secteurs et investit également dans les deux secteurs, on peut admettre que le produit total (*output*) du ménage va être le même que si chacun des membres investit l'entier de son temps dans un seul des deux secteurs, l'autre membre investissant l'entier de son temps dans l'autre secteur. Par contre, dans ce dernier cas, les revenus seront plus importants car le membre spécialisé dans le ménage n'investira plus dans le marché et le membre spécialisé dans le marché n'investira plus dans le ménage. L'investissement supplémentaire de chacun des conjoints dans un seul domaine produira des revenus supplémentaires.

Le quatrième théorème est le suivant :

4. *If commodity production functions have constant or increasing returns to scale, all members of efficient households would specialize completely in the market or household sectors and would invest only in market or household capital.*¹⁹⁵

Selon ce théorème, lorsque les revenus sont constants ou croissants par rapport à l'échelle, tous les membres d'un ménage efficient se spécialiseront et effectueront un investissement spécialisé.

Le raisonnement est le suivant. Lorsqu'un membre d'un ménage de n -personnes ne se spécialise pas totalement, et investit dans les deux secteurs, le ménage produit proportionnellement moins qu'un ménage constitué de $2n$ -personnes. En effet, dans le ménage de n -personnes, un membre ne se spécialisera pas et répartira son temps entre les deux secteurs. Dans le ménage de $2n$ -personnes, deux membres vont pouvoir se spécialiser et as-

¹⁹⁴ BECKER, Treatise (voir ci-dessus note 2), 34.

¹⁹⁵ BECKER, Treatise (voir ci-dessus note 2), 35.

sumer la part des tâches prises en charge par deux membres non spécialisés dans deux ménages de n -personnes¹⁹⁶

Ainsi, dans un ménage de $2n$ -personnes, un membre peut supprimer son investissement dans le marché (et investir uniquement dans le ménage) et l'autre peut investir davantage dans le capital humain spécifique au marché puisqu'il consacre plus de temps au marché. Le ménage spécialisé de $2n$ -personnes est donc plus productif que deux ménages non spécialisés de n -personnes.

En conclusion, même un petit ménage gagne en efficacité s'il se spécialise. L'accroissement de productivité liée à la spécialisation vient du temps supplémentaire consacré à une activité et de l'investissement additionnel que cela va inciter à faire.

Le cinquième théorème est le suivant :

5. *All but possibly one member of households with more members than independent commodities would completely specialize their investments and time to the market or to a particular commodity. Moreover, with constant or increasing returns to scale, all members of efficient households must be completely specialized.*

C'est seulement dans l'hypothèse où il y a plus de *commodities* produites indépendamment les unes des autres que de membres dans le ménage, qu'éventuellement un membre ne se spécialisera pas. Cependant, comme cela résulte du théorème 4, lorsque les revenus sont constants ou croissants, tous les membres doivent être complètement spécialisés.

Ce théorème repose sur l'idée qu'une augmentation du nombre de *commodities* produites indépendamment les unes des autres va permettre à un ménage d'avoir un plus grand nombre de membres spécialisés et d'accroître son efficacité par rapport à un ménage produisant le même nombre de *commodities*, mais au moyen d'un moins grand nombre de membres et avec un membre qui n'est pas spécialisé.

¹⁹⁶

On part de l'hypothèse que dans chacun des deux ménages de n -personnes, un membre répartit équitablement son temps entre le marché et le ménage.

3. DEUX EXEMPLES CHIFFRES¹⁹⁷

Prenons un premier exemple. John peut gagner 10 dollars à l'heure sur le marché du travail tandis que Jane peut en gagner seulement 5. A la maison, Jane peut préparer un repas pour 10 dollars l'heure, tandis que John fait un médiocre repas pour 5 dollars l'heure.

Il est clair, dans cet exemple, qu'il est plus avantageux pour le couple que Jane se consacre à la préparation des repas et réduise une partie de son activité lucrative et que John réduise son activité domestique pour se consacrer à sa production marchande. En outre, John prépare le repas en deux heures alors que Jane peut le faire en une heure seulement. Pour le couple, le coût d'opportunité du repas préparé par Jane est de 5 dollars alors que celui de John est de 20 dollars. Ainsi, si John alloue tout son temps au marché et Jane alloue deux heures supplémentaires à la préparation des repas, le couple obtiendra un gain supplémentaire.

Les gains supplémentaires sont résumés dans les tableaux ci-dessous.

	Valeur de la production marchande	Valeur de la production domestique	Revenu total
John	(6 hrs × 10 \$) 60 \$	(2 hrs × 5 \$) 10 \$	70 \$
Jane	(7 hrs × 5 \$) 35 \$	(1 hr × 10 \$) 10 \$	45 \$
Total (John et Jane)	95 \$	20 \$	115 \$

¹⁹⁷

Tirés de BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 41-44.

	Valeur de la production marchande	Valeur de la production domestique	Revenu total
John	(8 hrs × 10 \$) 80 \$	(0 hrs × 5 \$) 0 \$	80 \$
Jane	(5 hrs × 5 \$) 25 \$	(3 hrs × 10 \$) 30 \$	55 \$
Total (John et Jane)	105 \$	30 \$	135 \$

Prenons un second exemple : le couple de Dave et Diane. Diane gagne plus que Dave sur le marché du travail. Son salaire est de 15 \$ par heure tandis que Dave peut réaliser seulement 10 \$ à l'heure. Les repas préparés par Diane ont une valeur supérieure à ceux préparés par Dave. Elle peut préparer un repas valant 15 \$ alors que Dave peut préparer un repas de 5 \$ seulement. Diane a donc un avantage comparatif sur Dave dans le domaine du salaire professionnel comme dans celui de la production domestique. Comment vont-ils se partager le travail pour avoir une organisation efficiente ?

L'important ici est que le coût d'opportunité de la réalisation du repas est inférieur pour Diane par rapport au coût d'opportunité pour Dave (respectivement 10 \$ pour Diane et 20 \$ pour Dave). Il est donc plus avantageux pour le couple de confier les tâches domestiques à Diane dont le coût d'opportunité est inférieur pour ce type d'activité, car elle a un avantage comparatif.

Tableau chiffré des gains que l'on peut tirer de la spécialisation et de l'échange :

Production séparée

	Valeur de la production marchande	Valeur de la production domestique	Revenu total
Dave	(6 hrs × 10 \$) 60 \$	(2 hrs × 5 \$) 10 \$	70 \$
Diane	(7 hrs × 15 \$) 105 \$	(1 hr × 15 \$) 15 \$	120 \$
Total (Dave et Diane)	165 \$	25 \$	190 \$

Spécialisation et échange

	Valeur de la production marchande	Valeur de la production domestique	Revenu total
Dave	(8 hrs × 10 \$) 80 \$	(0 hrs × 5 \$) 0 \$	80 \$
Diane	(6 hrs × 15 \$) 90 \$	(2 hrs × 15 \$) 30 \$	120 \$
Total (Diane et Dave)	170 \$	30 \$	200 \$

En conclusion, le couple peut réaliser 10 dollars de plus en se spécialisant et en attribuant les tâches domestiques à Diane qui les effectue plus rapidement pour un coût d'opportunité inférieur.

4. CRITIQUES DE LA THEORIE

Plusieurs critiques ont été formulées à l'encontre de la théorie du partage efficient des tâches.

1. Le partage traditionnel des tâches est largement influencé par la tradition, et n'est pas influencé par des critères rationnels. Selon la tradition, c'est la femme qui assume les tâches domestiques et renonce à son activité professionnelle. Ce point de vue est confirmé par le fait que malgré l'entrée en force massive des femmes dans le marché du travail, les activités domestiques continuent d'être prises en charge principalement par les femmes. Pourtant, selon la théorie économique, le mari devrait assumer une plus grande part de ces tâches lorsque l'avantage comparatif de la femme n'est pas suffisamment important pour la faire rester au foyer.

L'influence de la tradition ne pourrait pas être intégrée dans l'analyse économique car *maximisation* et *tradition* s'excluent. La maximisation implique un processus de comparaison des alternatives, amenant à choisir l'option la plus favorable. La tradition, par contre, dicte un certain résultat¹⁹⁸.

¹⁹⁸

FERBER/BIRNBAUM estiment que la tradition influence de façon prépondérante le partage traditionnel des tâches et que cet élément ne peut être pris en considération dans une analyse économique de maximisation du bien-être et de l'utilité dans la mesure où tradition et maximisation s'excluent l'une l'autre. La maximisation implique une analyse rationnelle des alternatives conduisant à choisir l'option la meilleure tandis que la tradition dicte une solution sans qu'aucun choix ne soit effectué (FERBER/BIRNBAUM, [voir ci-dessus note 138], 20-21).

Dans le même ordre d'idées, Heidi HARTMANN ainsi que le courant des féministes marxistes considèrent que le partage traditionnel des tâches est le résultat de l'oppression patriarcale dont les femmes sont victimes¹⁹⁹.

2. La théorie économique part du principe que la famille fonctionne comme une unité familiale ayant le même point de vue sur les choix à effectuer. Elle distribue le travail domestique et le travail lucratif, les loisirs et les revenus sans tenir compte des bénéfices reçus par les membres de la famille, pris individuellement. L'analyse s'effectue sur la base d'une seule fonction d'utilité²⁰⁰, celle de l'unité familiale.

Le problème est que les membres de la famille ont des préférences souvent différentes et il n'est pas réaliste d'ignorer la mesure dans laquelle l'homme et la femme influencent le processus décisionnel dans la famille et déterminent le degré de satisfaction obtenu à un certain niveau de revenus. Ainsi, si le partenaire qui a le revenu le plus élevé a également autorité dans les décisions sur l'utilisation des gains, l'autre partenaire échangerait peut-être volontiers une partie du revenu familial pour avoir une plus grande influence dans les décisions²⁰¹. Autrement dit, la satisfaction globale de l'unité familiale est un critère parfois trompeur car il se référera à la satisfaction de celui qui prend les décisions.

3. En outre, il est erroné de ne pas tenir compte du fait que la spécialisation procure un degré de satisfaction qui va en diminuant. Lorsque le couple est totalement spécialisé et donc efficient, il est probable qu'une redistribution des tâches apporterait à chacun un niveau plus élevé de satisfaction²⁰². L'analyse économique a une vision statique de l'utilité et du

¹⁹⁹ Heidi HARTMANN, "The Family as the Locus of Gender, Class and Political Struggle : The Example of Housework", *Signs : Journal of Women in Culture and Society* 6/1981, 366-394.

²⁰⁰ Fonction mesurant l'utilité et le bien-être.

²⁰¹ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 21-23. Dans le même ordre d'idées, Heidi HARTMANN estime que les membres de la famille ont des préférences différentes, étant donné leurs rapports différents avec le patriarcat et le capitalisme (HARTMANN [voir ci-dessus note 199], 369).

²⁰² FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 21-23.

bien-être retirés par la spécialisation. Elle part du point de vue qu'ils sont constants, alors que dans la réalité les bénéfices retirés du travail domestique interviennent relativement tôt, lorsque le couple a des enfants à charge puis diminuent lorsque ceux-ci quittent le foyer des parents. Par contre, l'utilité retirée de l'investissement dans le marché va croissante. L'analyse économique n'intègre pas cette différence qui est pourtant déterminante car le revenu de la famille calculé sur toute la durée de la vie des conjoints serait plus important s'il était possible d'obtenir un double revenu à partir du moment où l'activité domestique n'est plus véritablement efficiente²⁰³.

FERBER/BIRNBAUM estiment qu'il serait plus efficient que le conjoint spécialisé dans le marché sacrifie une partie de son temps à assumer une activité domestique de façon à ce que l'autre conjoint puisse maintenir son activité professionnelle et de la sorte garantir des revenus importants par la suite²⁰⁴.

4. Par ailleurs, on peut se demander si l'accroissement du nombre des divorces n'est pas un élément qui rend la spécialisation moins efficiente. En effet, au moment du divorce, la situation du conjoint qui s'occupait du ménage est précarisée. Dans une appréciation non pas immédiate des bénéfices de la spécialisation mais sur un plus long terme, il est fort probable que les avantages retirés pendant le mariage sont contrebalancés par les désavantages qui apparaissent au moment du divorce.

C. Conclusion intermédiaire

La théorie de la spécialisation a ses détracteurs. Elle est cependant le plus souvent critiquée sur la base du fait qu'elle ne tient pas compte de circonstances difficilement chiffrables comme le poids de la tradition ou la satisfaction que le conjoint au foyer retire de son activité, ou encore parce qu'elle part du principe que les bénéfices retirés de la spécialisation sont constants alors qu'ils vont plutôt en diminuant.

²⁰³ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 23-24.

²⁰⁴ FERBER/BIRNBAUM (voir ci-dessus note 138), 24.

Il n'en reste pas moins que les critiques ne remettent pas en cause le fait que la spécialisation procure un bénéfice. Ils critiquent plutôt la vision moniste des auteurs de la théorie. Il est vrai que certains couples choisiront un autre mode de répartition des tâches, estimant notamment que la satisfaction procurée par l'activité lucrative exercée par les deux conjoints leur apportera un bénéfice plus important.

Nous pensons qu'il ne faut ni écarter la théorie des économistes du *New Home Economics*, ni l'adopter comme étant la seule explication des comportements familiaux. A notre avis, il est juste de partir du point de vue que les conjoints, dans leur décision quant au partage des tâches, font un calcul des avantages que le modèle va leur procurer. Cependant, la manière d'apprécier les avantages varie selon la personnalité des individus, leur formation, l'influence de la tradition sur leur comportement, etc. Il est par conséquent difficile d'expliquer économiquement le comportement de tous les individus.

Bien que la théorie développée ne soit probablement pas la seule explication des comportements familiaux, on peut raisonnablement penser qu'elle a une influence non négligeable sur le comportement d'une bonne partie des couples ayant adopté un modèle traditionnel. Quant à la question de savoir si elle permet de faire un pronostic sur l'évolution du modèle traditionnel à l'avenir, elle est plus délicate. Il est fort probable que l'entrée des femmes sur le marché du travail, et les tentatives de mettre sur pied d'égalité les salaires des hommes et des femmes lorsque le travail fourni est de valeur égale joueront un rôle non négligeable dans la décision de répartir les tâches. Mais il est également fort probable qu'un certain nombre de couples trouveront que le modèle traditionnel est une meilleure solution pour eux.

1349

IV. LES CONSEQUENCES PROFESSIONNELLES DU MODELE TRADITIONNEL POUR LE CONJOINT AU FOYER AU MOMENT DU DIVORCE

A. La théorie du capital humain et l'évaluation des coûts de l'investissement en capital humain

Dans les années 60, des économistes²⁰⁵ ont développé la théorie du capital humain. Ils ont soutenu que les individus n'investissaient pas seulement dans le capital physique (machines, outillages, bâtiments, etc.) mais qu'ils prenaient des décisions comparables dans le domaine du capital humain²⁰⁶. Les investissements dans le capital humain permettent d'accroître la productivité et les revenus futurs, de la même manière et selon les mêmes principes que les investissements dans le capital physique. La théorie s'est développée à partir du moment où certains économistes ont réalisé que les investissements dans le capital physique ne permettaient pas d'expliquer toute l'augmentation des revenus que l'on avait pu observer aux Etats-Unis²⁰⁷.

Les études sur le capital humain ont permis d'établir au niveau macro-économique une relation positive entre la croissance économique d'un pays et son investissement dans la force de travail, notamment dans le capital humain des individus. Au niveau micro-économique, les disparités salariales sont positivement associées à des inégalités dans les niveaux de formation et d'expérience professionnelle²⁰⁸.

En parlant d'investissements dans le capital humain, les économistes se réfèrent à certains types d'activités qui affectent le bien-être futur des individus, c'est-à-dire qui procurent des revenus futurs monétaires et psy-

²⁰⁵ Voir ci-dessus note 152, page 57.

²⁰⁶ Pour une définition de la notion de capital humain, voir ci-dessus note 152, page 57 § 2.

²⁰⁷ BECKER, Human Capital (voir ci-dessus note 2).

²⁰⁸ BECKER, Human Capital (voir ci-dessus note 2), 2.

chiques²⁰⁹ dus à l'accroissement des ressources physiques et humaines²¹⁰. De tels investissements peuvent prendre des formes diverses. Ce peut être le fait d'acquérir une formation universitaire, de suivre des cours de formation continue sur le lieu de travail, d'avoir recours à des soins médicaux, de prendre le temps de rechercher les informations permettant de faire des choix "éclairés", de rechercher un travail, de déménager pour accroître les opportunités professionnelles (mobilité professionnelle), etc. Tous ces investissements augmentent les aptitudes, les connaissances ou la santé de l'individu et par conséquent accroissent ses revenus psychiques ou monétaires²¹¹.

La décision d'investir ou non dans le capital humain est influencée par un certain nombre de variables. Les possibilités financières et humaines existantes des individus jouent un rôle. Lorsqu'un individu a un avantage par rapport à d'autres individus dans un certain domaine²¹², il est plus profitable pour lui d'investir dans ce domaine. Les prévisions relatives à l'utilisation future du capital accumulé vont également influencer le niveau et la forme des investissements dans le capital humain. Lorsqu'il est prévisible que certaines aptitudes d'un individu ne seront plus mises à profit dans le futur, il n'est pas rationnel de les développer²¹³.

Le capital humain n'est pas uniquement soumis à appréciation. Il peut également se déprécier. Il se déprécie par exemple lorsqu'il est inutilisé pendant un certain temps ou parce qu'il est trop utilisé ou encore parce qu'il ne fait pas l'objet d'une mise à jour adéquate. Cela a pour effet de

²⁰⁹ Les revenus psychiques sont ceux qui ont une influence sur la consommation, par opposition aux revenus monétaires qui ont une influence sur les revenus en argent. BECKER donne comme exemples, la navigation qui influence principalement le bien-être psychique, et la formation acquise dans l'exercice de son travail qui influence principalement les revenus en argent. La formation universitaire peut par contre avoir une influence tant sur les revenus monétaires que les revenus psychiques (BECKER, Human Capital [voir ci-dessus note 2], 1).

²¹⁰ BECKER, Human Capital (voir ci-dessus note 2), 1.

²¹¹ Idem.

²¹² On parle d'avantage comparatif.

²¹³ BECKER, Human Capital (voir ci-dessus note 2), 150.

diminuer les revenus futurs monétaires et psychiques que l'on peut en retirer.

Les théories du capital humain ont été utilisées avant tout dans le domaine de l'éducation pour démontrer l'importance de l'éducation dans le développement économique d'un pays²¹⁴. BECKER a mis en évidence les profits que l'on pouvait retirer d'un investissement dans une formation, ainsi que l'importance de la formation acquise au travail (*On-the-Job Training*), même si pendant la période d'investissement les revenus diminuent.

Parallèlement au développement de la théorie du capital humain, les économistes ont cherché à mesurer les coûts de l'investissement dans le capital humain. C'est dans le domaine de l'éducation que la méthode de calcul a été développée. Il est apparu que les coûts d'un investissement dans l'éducation pouvaient être correctement considérés comme équivalant aux revenus auxquels l'individu qui effectue la formation doit renoncer²¹⁵. Les revenus "perdus" constituent en effet la partie la plus importante des coûts privés de l'acquisition du capital humain et représentent également un coût important pour la société²¹⁶.

Cette méthode de mesure des coûts de l'investissement dans le capital humain, appelée *théorie de l'allocation du temps*, a peu à peu été étendue aux autres investissements dans le capital humain et aussi à d'autres activités non marchandes. BECKER estime que toute activité non marchande a comme coût réel les revenus que l'on aurait pu réaliser en utilisant de manière productive le temps que l'on y consacre.

Le développement de cette nouvelle méthode d'évaluation des activités non marchandes a permis d'anticiper les comportements des individus, autrement dit à prévoir comment les individus vont répartir leur temps entre les diverses activités à disposition en fonction des coûts de ces activités, et en partant du principe que chacun va essayer de maximiser les profits. La théorie de l'allocation du temps est à la base des développe-

²¹⁴ BECKER, *Human Capital* (voir ci-dessus note 2), Préface XV.

²¹⁵ *The forgone earnings*.

²¹⁶ Gary BECKER, "A Theory of the Allocation of Time", in *The Economics of Women and Work*, Alice H. AMSDEN (éd.), 52 ss, 52-53.

ments effectués par BECKER sur la répartition traditionnelle des rôles au sein de la famille²¹⁷.

B. Les conséquences du partage traditionnel des tâches sur le capital humain du conjoint au foyer

Selon MINCER et POLACHECK, une prévision de discontinuité dans la carrière professionnelle peut pousser les femmes durant la période d'activité professionnelle précédant la maternité à acquérir moins de formation professionnelle sur le lieu de travail que des hommes ayant suivi un cursus identique et ayant un âge comparable. Cette situation concerne avant tout les femmes qui ont l'intention de se marier et d'avoir des enfants. Celles qui n'ont pas l'intention de se marier, ou qui pensent se consacrer entièrement à leur carrière, ont des perspectives d'investissements professionnels comparables à celles des hommes²¹⁸.

Sur le lieu du travail, la formation s'acquiert par le biais de programmes de formation organisés par l'employeur, d'instructions informelles fournies par les supérieurs et collègues de travail, et de l'expérience, c'est-à-dire au travers de la répétition du travail effectué et d'erreurs instructives²¹⁹. Le fait que les femmes sont moins attachées à leur travail professionnel - étant donné qu'une grande partie réduisent ou quittent leur activité professionnelle lorsqu'elles ont des enfants - a pour conséquence qu'elles acquièrent une moins grande expérience professionnelle dans le cadre de l'entreprise. En outre, les perspectives d'interruption de l'activité professionnelle peuvent les pousser à moins investir que les hommes dans ce type de formation sur le lieu de travail²²⁰.

Pendant la grossesse et la période consacrée aux soins aux enfants, l'éloignement prolongé du monde du travail peut causer une dépréciation des

²¹⁷ Voir ci-dessus titre B, page 65.

²¹⁸ MINCER/POLACHECK (voir ci-dessus note 177), 170, 177; BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 77.

²¹⁹ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 202.

²²⁰ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 202.

capacités acquises avant l'interruption ou la réduction de l'activité professionnelle. Cette dépréciation a été évaluée aux Etats-Unis à une diminution moyenne de 1.5 % net par an de la capacité de gain. Pour les femmes ayant une formation supérieure, la dépréciation est encore plus importante. Elle se monte à 4.3 %. La dépréciation est en effet plus importante lorsque le capital humain accumulé est plus élevé. La dépréciation due à l'inutilisation est probablement plus importante que celle due à l'utilisation (fatigue, âge, etc.)²²¹.

En outre, la dépréciation est plus grande pour le capital humain accumulé sur le lieu de travail que pour le capital humain inné ou acquis au travers de la formation; elle est également plus conséquente pour les femmes qui ont des enfants que pour celles qui n'en ont pas. Plus le capital humain accumulé est important, plus la dépréciation est conséquente²²².

Pendant la période de travail intermittent des femmes, les investissements sont également très modestes. Ce n'est que lorsque les femmes reprennent une activité lucrative de manière plus durable que les investissements deviennent plus conséquents.

Il faut noter que la situation familiale de la femme influence son taux d'investissement dans son capital humain. Le taux augmente graduellement. Le taux le plus bas est celui des femmes mariées avec enfants. Le taux le plus élevé est celui des femmes célibataires. Entre les deux se situe le taux des femmes mariées sans enfants. Plus le lien avec le marché du travail est étroit, plus l'investissement en capital humain est important²²³.

Etant donné que les investissements dans le capital humain ont des conséquences sur les revenus professionnels des femmes, l'investissement inférieur des femmes dans le capital humain contribue à expliquer des salaires

²²¹ MINCER/POLACHECK (voir ci-dessus note 177), 186-188.

²²² MINCER/POLACHECK (voir ci-dessus note 177), 188-189.

²²³ MINCER/POLACHECK (voir ci-dessus note 177), 183; BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 77 qui estime que les responsabilités familiales poussent les femmes à réduire le temps de travail professionnel, ce qui réduit l'intérêt à investir dans le capital humain professionnel et à plus long terme contribue à des salaires inférieurs.

inférieurs à ceux des hommes²²⁴. Cela n'explique toutefois qu'une partie de la différence de salaires entre homme et femme car les pratiques discriminatoires à l'encontre des femmes jouent également un rôle important²²⁵. Un manque d'investissement dans le capital humain professionnel conduit malheureusement à une érosion des capacités professionnelles et à une dépréciation de la capacité de gain.

Globalement, le retrait de la vie professionnelle entraîne les coûts suivants : le salaire auquel on renonce, augmenté des investissements professionnels auxquels on renonce, plus la valeur actuelle de la réduction du salaire brut futur, due à la dépréciation de la capacité de gain²²⁶.

²²⁴ BECKER, *Treatise* (voir ci-dessus note 2), 77.

²²⁵ BLAU/FERBER (voir ci-dessus note 151), 228-279; à noter que MINCER/POLACHECK estiment que l'influence de l'investissement inférieur des femmes mariées en capital humain fonde jusqu'à 45 % de la différence de salaires entre homme et femme. Ils refusent toutefois d'attribuer le solde de la différence à des pratiques discriminatoires, tout en admettant que ces pratiques peuvent avoir une influence sur l'investissement inférieur des femmes et la dépréciation plus grande du capital humain professionnel des femmes (MINCER/POLACHECK [voir ci-dessus note 177], 199).

²²⁶ MINCER/POLACHECK (voir ci-dessus note 177), 201.

V. LES DROITS ET EXPECTATIVES A L'EGARD DES ASSURANCES SOCIALES AU MOMENT DU DIVORCE

A. Introduction

Au moment du divorce survient un préjudice important en matière d'assurances sociales pour le conjoint qui a assumé un rôle traditionnel pendant le mariage. Ce dommage ne se limite pas à la prévoyance vieillesse, décès et invalidité des premier, deuxième et troisième piliers mais découle également d'autres assurances sociales.

Ces désavantages sont de trois types. Tout d'abord, ils sont le reflet de l'atteinte à la capacité de gain subie par le conjoint qui a assumé une activité domestique pendant le mariage. Ce type de dommage se manifeste dans toutes les assurances d'indemnités journalières et de rentes calculées sur la base de la capacité de gain de l'assuré immédiatement avant la survenance de l'événement assuré. Ensuite, certains désavantages sont liés à un statut plus précaire du conjoint divorcé par rapport au conjoint marié dans les assurances sociales. C'est le cas par exemple dans l'assurance de prévoyance professionnelle (LPP) qui ne permet pas au conjoint sans activité lucrative de se constituer un 2e pilier. C'est le cas également du 3e pilier fiscalement avantageux dont le conjoint sans activité lucrative ne peut bénéficier. Finalement, un désavantage économique résulte du fait que la rente de survivant n'a pas été bien adaptée à l'évolution du risque social qu'elle est destinée à couvrir. Pour le conjoint divorcé, elle apporte une compensation à la perte de soutien économique à des conditions qui ne sont pas toujours le reflet des véritables causes de l'état de précarité économique dans lequel il se trouve.

Nous ferons ici un catalogue des désavantages qui résultent du divorce en mettant en évidence ceux qui frappent le conjoint divorcé ayant adopté un rôle traditionnel pendant le mariage par rapport au conjoint ayant continué d'exercer une activité lucrative.

B. La loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)

1. GENERALITES

La loi sur l'assurance-vieillesse et survivants²²⁷ a fait l'objet d'une révision importante, la 10e révision²²⁸, entrée en vigueur le 1er janvier 1997²²⁹. Sans modifier le type de prestations offertes par l'assurance, elle a profondément modifié le mode de calcul des rentes, en faveur en particulier du conjoint qui assume un rôle traditionnel dans le mariage et des assurés ayant de bas revenus.

Nous commencerons par rappeler les objectifs poursuivis par le Conseil fédéral pour la 10e révision de la LAVS avant d'examiner les dispositions de l'ancienne AVS puis celles du nouveau droit issu de la 10e révision de la LAVS. Nous mettrons l'accent sur les problèmes qui existaient sous l'ancien droit en examinant dans quelle mesure ils ont été corrigés.

2. LES OBJECTIFS DU CONSEIL FEDERAL POUR LA 10E REVISION DE LA LAVS²³⁰

Une adaptation de l'assurance-vieillesse et survivants à l'égalité entre homme et femme constituait un des objectifs principaux de la 10e révision de la LAVS. Selon le Conseil fédéral, cette révision devait représenter une étape essentielle dans la réalisation d'une égalité totale entre homme et femme. L'AVS/AI ne devait plus faire de différence de traitement fondée sur le sexe, à deux exceptions près, l'âge de la retraite et la rente de

²²⁷ RS 831.10.

²²⁸ La 10e révision date du 7 octobre 1994. Elle a été acceptée en votation populaire le 25 juin 1995 (FF 1995 III 1157).

²²⁹ Pour les modifications de la LAVS issues de la 10e révision, voir RO 1996 2466 ss. Voir également la modification du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) du 29 novembre 1995, publiée au RO 1996 668, ainsi que celle du 16 septembre 1996, publiée au RO 1996 2758 ss.

²³⁰ Voir le Message du Conseil fédéral concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss.

survivant²³¹. La situation de la femme divorcée devait en outre être améliorée et la situation de celui qui remplit au foyer une tâche digne d'intérêt devait être protégée.

Un autre objectif de la 10e révision consistait à prendre des mesures favorisant les personnes âgées ou invalides n'ayant réalisé pendant leur vie que des revenus bas ou moyens. Dans le Message, le Conseil fédéral a proposé de le réaliser en modifiant la formule de calcul des rentes. Cet objectif visait directement les femmes. En effet, celles-ci ont, en règle générale, réalisé des revenus inférieurs à ceux des hommes, notamment pour des raisons familiales (travaux ménagers, éducation des enfants)²³².

Comme indiqué ci-dessus, la révision visait la réalisation de l'égalité entre homme et femme. Malgré cela, le Conseil fédéral a proposé de maintenir une conception de l'AVS basée sur le couple représentant une seule unité économique (système basé sur le cumul des revenus)²³³. L'exécutif fédéral a écarté la solution du *splitting*²³⁴ proposée par certains postulats²³⁵ pour deux motifs. Le premier était que, dans l'optique du Conseil fédéral, l'organisation actuelle de la cellule familiale est encore fortement imprégnée

231 Voir le Message susmentionné, FF 1990 II 1 ss (10 ch. 111).

232 Les revenus inférieurs des femmes ne trouvent pas uniquement leur origine dans les tâches familiales assumées souvent par les femmes mais aussi dans le fait qu'à travail égal, les salaires des hommes et des femmes ne sont pas encore égaux, ainsi que dans le fait que les catégories supérieures d'emploi sont d'accès encore relativement difficile pour les femmes.

233 Système qui, comme expliqué dans le chapitre précédent, créait des inégalités entre homme et femme.

234 Avec le *splitting*, les revenus réalisés durant la période où les deux conjoints étaient mariés et n'avaient pas encore atteint l'âge de la retraite sont inscrits pour moitié au compte individuel de l'autre conjoint (BERGER, 10e révision, 229). L'introduction du *splitting* est étroitement liée à l'introduction de l'individualisation du calcul des rentes (sur la base des circonstances propres à chaque assuré).

235 Postulat LANG du 17 décembre 1975 (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1975, 1837-1838); postulat WEBER du 29 novembre 1988 (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1988, 766-767).

du schéma traditionnel suivant lequel l'homme exerce une activité lucrative et la femme s'occupe du ménage et des enfants. Or, le *splitting* repose sur l'idée que chaque conjoint réalise un revenu. Tant que le modèle traditionnel de répartition des tâches se maintient, le *splitting* a donc pour effet de désavantager les assurés ayant un revenu moyen²³⁶. Le second motif était lié à l'institution du *splitting* elle-même. En effet, le Conseil fédéral était d'avis que le postulat d'égalité de l'article 4 alinéa 2 de la Constitution pouvait très bien être réalisé dans le cadre d'une conception de couple de l'AVS²³⁷, le *splitting* n'étant pas un passage obligé dans le cadre d'une réalisation de l'égalité entre homme et femme.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a également écarté l'introduction d'une bonification pour tâches éducatives, proposée par le postulat FÜEG du 3 juin 1980. Il a estimé d'une part que la modification de la formule des rentes satisfaisait le même objectif, à savoir l'amélioration de la situation financière des personnes ayant un revenu modeste, et d'autre part que les bénéfices apportés par l'introduction d'un tel système étaient "sans commune mesure avec le travail occasionné"²³⁸.

La loi qui résultera des débats du Parlement va diamétralement s'écarter de ces deux options du Conseil fédéral.

3. ANALYSE DES PRESTATIONS OFFERTES PAR LA LAVS

a) Généralités

Le système des rentes de l'AVS distingue entre les rentes ordinaires et les rentes extraordinaires.

Nous nous concentrerons sur les prestations ordinaires, examinant, sous l'ancien droit comme sous le droit actuel, les conditions d'octroi de la

²³⁶ Message concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants FF 1990 II 1 ss (29, ch. 242).

²³⁷ Message susmentionné, FF 1990 II 1 ss (27-29).

²³⁸ Message susmentionné, FF 1990 II 1 ss (65, ch. 36).

rente de vieillesse et de la rente de survivant²³⁹ ainsi que les bases de calcul de ces rentes dans le but de mettre en exergue les désavantages frappant le conjoint au foyer (en règle générale la femme). Brièvement, nous examinerons également les rentes complémentaires²⁴⁰ et les rentes extraordinaires.

239

La rente de veuve a été conçue sur la base de l'image traditionnelle du mariage, dans le cadre duquel l'épouse dépend financièrement du mari. En cas de décès de celui-ci, l'AVS prend en charge une partie de la perte de soutien subie par la veuve. Comme le souligne KOHLER, cette conception schématique de la rente de veuve est archaïque ; elle ne correspond plus véritablement à la situation de la femme dans la société. Actuellement une proportion de plus en plus grande de femmes ont une activité lucrative en dehors du foyer, à plein temps ou à temps partiel, et peuvent dans une large mesure subvenir à leurs besoins. Le risque de la perte de soutien de la veuve en cas de décès du mari est moins répandu chez les couples mariés qu'il ne l'était auparavant, notamment à l'époque où la LAVS a été adoptée. La rente de veuve mériterait une réglementation plus pointue que la réglementation actuelle (KOHLER, 167-168). Dans le même ordre d'idée : NEF, Wandel, 141 ch. 3.

240

Comme la rente de veuve, la rente complémentaire reposait sur l'image traditionnelle du mariage. La rente complémentaire n'était octroyée qu'au mari qui avait atteint l'âge de la retraite avant que sa femme n'atteigne l'âge ouvrant droit à une rente pour couple. L'hypothèse inverse ne permettait pas à l'épouse à la retraite d'exiger une rente complémentaire pour son mari. Comme pour la rente de veuve, la rente complémentaire perdait de son importance à mesure que les femmes entraient sur le marché du travail et pouvaient pourvoir par elles-mêmes à leur entretien. Voir d'ailleurs les propositions de réforme de BIGLER-EGGENBERGER aux termes desquelles la rente complémentaire devait être remplacée par une rente qui compense l'incapacité d'un conjoint d'exercer une activité lucrative du fait du travail éducatif ou des soins fournis à des proches parents invalides (BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherung, 204-206 et 211 ch. 8). Dans le même sens, KOHLER estimait que la rente complémentaire était discutable, en tout cas lorsque la femme mariée exerçait une activité lucrative. Pour KOHLER, cela constituait une discrimination à l'égard des femmes célibataires qui versaient des cotisations mais devaient attendre 62 ans, sans le soutien d'un mari, avant de recevoir des prestations de l'AVS (KOHLER, 191).

A noter que les rentes complémentaires sont pour l'instant maintenues dans l'assurance-invalidité. Dans le cadre de la 10^e révision de l'AVS, on a toutefois profité de rendre les rentes complémentaires de l'AI plus conformes à l'égalité formelle, de sorte qu'actuellement hommes et femmes bénéficiant d'une rente AI peuvent demander de telles prestations pour leur conjoint qui ne bénéficie pas d'une rente AVS ou AI (pour plus de détails, voir ci-dessous page 144).

b) Les rentes ordinaires

(1) La rente de vieillesse

(a) Les conditions du droit à la rente de vieillesse

(i) L'ancien droit

L'aLAVS faisait (et le nouveau droit fait toujours²⁴¹) une inégalité de traitement entre homme et femme en ce qui concerne l'âge à partir duquel naît le droit à la rente de vieillesse simple. En effet, le droit prenait naissance pour la femme affiliée à l'AVS lorsqu'elle avait accompli sa 62e année, par contre pour l'homme lorsqu'il avait accompli sa 65e année²⁴².

²⁴¹ Voir ci-dessous page 94.

²⁴² Pour une discussion de la compatibilité du droit à la retraite à un âge différent pour l'homme et pour la femme avec le principe de l'égalité, voir la décision du Tribunal constitutionnel allemand du 28 janvier 1987 (EuGRZ 1987, 291 ss), qui a refusé de casser la loi allemande prévoyant un âge de la retraite différent pour l'homme et pour la femme en invoquant la situation plus difficile de la femme sur le marché du travail ainsi que les désavantages liés à la double charge professionnelle et familiale des femmes, au déficit de formation, de même qu'aux chances de promotion plus réduites. Selon la Cour allemande, cette situation désavantageuse des femmes est liée à des facteurs biologiques - au statut de mère potentielle - qui peuvent par conséquent justifier une inégalité de traitement. La Cour allemande a ainsi courageusement appliqué des principes d'égalité matérielle pour justifier une solution non conforme au principe de l'égalité formelle. Par contre, les tribunaux constitutionnels autrichien et italien ont estimé qu'il y avait violation de l'égalité de traitement lorsque les dispositions légales prévoyaient des âges de retraite différents pour l'homme et pour la femme (pour la décision autrichienne : EuGRZ 1991, 484 ss; pour la décision italienne : EuGRZ 1987, 289). Le Tribunal fédéral suisse ainsi que le Tribunal fédéral des assurances ont quant à eux constaté que la différence d'âge était inconstitutionnelle mais ont tout de même appliqué la loi, invitant le législateur à réparer ce défaut lui-même, le problème impliquant des questions de politique législative, sociale et économique relevant de la compétence du législateur (117 V 318; ZBl 87, 482 ss; AUBERT, 1991, 121). La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que la différence d'âge dans le régime de retraite professionnel extralégal contrevenait à l'article 119 du traité de Rome (arrêt BARBER, CGSS n. 8/1992, 63 ss).

L'homme comme la femme qui atteignaient l'âge de la retraite avaient droit à une rente de vieillesse simple. Par contre, lorsque les deux conjoints avaient atteint tous les deux l'âge de la retraite, ils recevaient une rente globale, appelée rente de vieillesse pour couple (ci-après rente pour couple)²⁴³. Cette rente s'élevait aux 150 % de la rente de vieillesse simple calculée sur la base du revenu annuel moyen déterminant²⁴⁴, et ceci indépendamment du montant des cotisations de l'épouse. Elle était donc également octroyée au couple lorsque la femme n'avait versé aucune cotisation, parce qu'elle n'avait jamais exercé d'activité lucrative et/ou s'était toujours consacrée aux tâches domestiques²⁴⁵. Depuis le 1er janvier 1993, chacun des conjoints pouvait recevoir sur son propre compte la moitié de la rente pour couple²⁴⁶.

L'homme marié dont l'épouse n'avait pas encore atteint l'âge de la retraite recevait une rente de vieillesse simple jusqu'au moment où celle-ci atteignait également l'âge de la retraite. A cette rente de vieillesse simple s'ajoutait une rente complémentaire. Par contre, la femme qui atteignait l'âge de la retraite avant son époux ne bénéficiait pas de la rente complémentaire.

La femme divorcée bénéficiait d'une rente de vieillesse simple dès qu'elle avait accompli sa 62e année.

En faveur d'une égalité formelle de l'homme et de la femme dans le domaine de l'âge de la retraite, voir parmi d'autres BIGLER-EGGENBERGER, *Soziale Sicherung*, 104-108; de façon plus nuancée, KOHLER, 177-181.

²⁴³ Art. 22 al. 1 dLAVS.

²⁴⁴ Pour les bases de calcul, voir ci-dessous page 94.

²⁴⁵ KOHLER, 183 lit. B.

²⁴⁶ Art. 5 al. 1 lit. a de l'Arrêté fédéral concernant l'amélioration des prestations de l'AVS et de l'AI, ainsi que leur financement, du 19 juin 1992 (RS 831.100.1). Cette nouvelle disposition a amélioré la position de la femme mariée qui pouvait ainsi recevoir l'argent directement sur son compte et ne dépendait plus du bon vouloir de son conjoint pour percevoir sa rente vieillesse.

(ii) Le nouveau droit

Actuellement, la LAVS prévoit que la femme a droit à une rente de vieillesse simple lorsqu'elle a accompli sa 64^e année et l'homme lorsqu'il a accompli sa 65^e année. Ce relèvement de l'âge de la retraite de la femme n'entrera toutefois en vigueur que progressivement à partir de l'an 2001, à moins d'une acceptation des initiatives populaires demandant un abaissement de l'âge de la retraite²⁴⁷.

Le système de la rente pour couple a été supprimé. Désormais, chacun des conjoints reçoit une rente de vieillesse simple calculée sur la base de ses propres éléments déterminants pour la fixation du montant de cette rente. Les femmes mariées sans activité lucrative doivent verser des cotisations²⁴⁸, à moins que leur conjoint n'ait versé des cotisations dont le montant représente au moins le double de la cotisation minimale²⁴⁹. Les veuves ne sont plus libérées de l'obligation de verser des cotisations²⁵⁰.

(b) Le mode de calcul de la rente de vieillesse

(i) L'ancien droit

(a) Principe

Le calcul des prestations auxquelles une femme avait droit au moment de sa retraite s'effectuait différemment selon que la femme était mariée, divorcée (célibataire) ou veuve et selon que son mari ou ex-mari recevait

²⁴⁷ L'initiative populaire «pour la 10^e révision de l'AVS sans relèvement de l'âge de la retraite» (FF 1995 IV 378); l'initiative populaire «pour un assouplissement de l'AVS - contre le relèvement de l'âge de la retraite des femmes» (FF 1993 III 303); l'initiative populaire «pour une retraite à la carte dès 62 ans, tant pour les femmes que pour les hommes» (FF 1996 V 120).

²⁴⁸ Les cotisations du conjoint sans activité lucrative seront calculées sur la base de la moitié de la fortune des époux et de leurs revenus réalisés sous forme de rente, à l'exception des prestations d'assurance (CADOTSCH, 235).

²⁴⁹ Art. 3 al. 1 et 3 LAVS. Le double de la cotisation minimale correspond à un revenu mensuel de Fr. 7'723 pour les salariés (CADOTSCH, 234).

²⁵⁰ Art. 3 al. 1 LAVS.

déjà une rente AVS ou non. On pouvait distinguer entre la rente pour couple, la rente de vieillesse simple de la femme mariée dont le conjoint n'était pas encore à la retraite, la rente de vieillesse simple de la veuve d'un mari déjà à l'AVS ou pas encore, la rente de vieillesse simple de la femme divorcée et la rente de vieillesse simple de la femme qui était divorcée au moment de la mort de son ex-mari. Nous examinerons successivement les différentes méthodes de calcul.

En ce qui concerne la rente pour couple, le calcul de la rente de vieillesse s'effectuait sur la base des revenus du mari, auxquels étaient ajoutés les revenus de l'épouse²⁵¹, mais uniquement si ces revenus avaient été réalisés pendant les années durant lesquelles le mari avait cotisé à l'AVS²⁵². La rente était calculée également sur la base du nombre d'années de cotisation du mari. Les années de cotisation de la femme ne pouvaient pas compenser les années de cotisation manquantes du mari²⁵³. La femme qui avait la malchance d'avoir épousé un homme n'ayant pas régulièrement cotisé à l'AVS pouvait cependant prétendre à une rente pour couple augmentée d'un supplément destiné à porter cette dernière au niveau de la rente de vieillesse simple de l'épouse²⁵⁴. En outre, les revenus de la femme n'étaient pris en considération que de façon limitée, c'est-à-dire uniquement s'ils avaient été réalisés pendant les années de cotisation du mari, et si les revenus du mari ne permettaient pas déjà à eux seuls d'atteindre le montant maximum de la rente vieillesse²⁵⁵.

La rente pour couple ne pouvait dépasser un montant maximum : les 150 % de la rente de vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant du mari, auxquels étaient ajoutés les revenus d'une activité lucrative sur lesquels l'épouse avait payé des cotisations avant ou

²⁵¹ Art. 32 aLAVS.

²⁵² AESCHBACHER ET AL., 70 ch. 124.36.

²⁵³ AESCHBACHER ET AL., 70 ch. 124.36.

²⁵⁴ DUC, 552.

²⁵⁵ AESCHBACHER ET AL., 70 ch. 124.36.

durant le mariage et jusqu'à la naissance du droit à la rente de vieillesse pour couple²⁵⁶.

En résumé, lorsque le mari avait atteint l'âge de la retraite, les prestations de vieillesse auxquelles la femme mariée avait droit étaient calculées sur la base d'éléments propres à la situation du mari et c'était le mari qui était le titulaire de la rente²⁵⁷. Pour la femme mariée qui avait été active durant toute sa vie, la loi prévoyait toutefois une exception. La rente de vieillesse pour couple pouvait être calculée sur la base des seuls revenus de l'activité de la femme et de ses années de cotisation, si cela permettait d'obtenir une rente d'un montant supérieur à la rente pour couple calculée sur la base des revenus et années de cotisation du mari²⁵⁸. Par ce biais, le législateur avait exceptionnellement tenu compte de l'activité lucrative de la femme mariée pour le calcul de la rente de vieillesse du couple.

Avant l'entrée en vigueur de la 10^e révision de la LAVS, la rente de vieillesse simple de la femme mariée qui avait atteint l'âge de la retraite avant son mari était, jusqu'à ce que son conjoint atteigne l'âge de la retraite, une rente simple directe, c'est-à-dire une rente calculée sur la base des circonstances propres à l'assurée (revenus et années de cotisation)²⁵⁹. Pour le conjoint au foyer, le calcul se faisait uniquement sur la base des années durant lesquelles il avait cotisé, les années de mariage durant lesquelles il n'avait pas exercé d'activité lucrative et donc pas payé de cotisations n'étant pas prises en considération²⁶⁰. Par contre, pour le conjoint qui assumait une double charge, exerçant une activité ménagère et éducative doublée d'une activité lucrative à temps partiel procurant un revenu modeste, le calcul tenait compte de toutes les années durant lesquelles une activité lucrative réduite avait été exercée, ce qui lui donnait droit à une rente inférieure à celle qu'il aurait reçue si seules les années

256 Art. 35 et 32 al. 2 aLAVS.

257 Cela correspond à l'image familiale traditionnelle sur laquelle repose le droit des assurances sociales et la LAVS en particulier (LOCHER, Nahtstellen, 357).

258 Art. 32 al. 3 aLAVS.

259 Art. 30 al. 2 aLAVS et 55 al. 1 aRAVS.

260 KOHLER, 195.

durant lesquelles il avait exercé une activité lucrative à plein temps avaient été prises en considération. Il se trouvait ainsi dans une situation plus défavorable que le conjoint au foyer²⁶¹.

Face à cette situation défavorable pour la femme mariée assumant tâches domestiques et activité lucrative, le Tribunal fédéral a adouci les effets de la loi en développant une méthode de calcul comparative (comparaison entre deux variantes de calcul), aux termes de laquelle la variante la plus favorable était appliquée au calcul de la rente de vieillesse²⁶². La première variante tenait compte de l'ensemble des revenus réalisés par l'épouse, divisés par le nombre total des années de cotisation, y compris les années d'exemption²⁶³. Selon la seconde variante, les années civiles pendant lesquelles la femme avait été mariée n'étaient pas prises en considération dans le calcul du revenu annuel moyen (RAM) lorsque cela permettait d'obtenir un RAM plus élevé²⁶⁴. Cela signifiait que la rente était calculée sur la base des revenus obtenus avant le mariage ainsi que sur la base des années de cotisation qui y correspondaient²⁶⁵.

Le Tribunal fédéral des Assurances (TFA) a adopté cette méthode de calcul comparative afin de tenir compte de la situation des femmes qui ont assumé des tâches ménagères et éducatives pendant leur mariage et qui n'ont pas mérité que ces années de travail au foyer contribuent à diminuer la rente de vieillesse à laquelle elles ont droit. Pourtant la méthode n'est pas toujours avantageuse. En effet, la seconde variante laisse de côté les revenus réalisés pendant le mariage et, en se basant uniquement sur les revenus réalisés au début de la carrière professionnelle, ne tient donc pas compte des augmentations de salaire qui surviennent généralement après

²⁶¹ KOHLER, 196.

²⁶² A noter que pour cela le TFA a procédé à une interprétation *contra legem*, le résultat d'une interprétation conforme au texte légal produisant un résultat considéré comme insoutenable et en contradiction avec la volonté du législateur (101 V 184 ss [190]; KOHLER, 196 note 4).

²⁶³ Art. 29bis al. 2 aLAVS; HINDERLING/STECK, 332.

²⁶⁴ 101 V 184 ss (187-188); 103 V 114 ss (117-118); 106 V 201 ss (203).

²⁶⁵ LOCHER, 234 n. 1.1.2.3., ch. 27.

un certain nombre d'années de travail. La première variante tient compte par contre de tous les revenus réalisés durant la carrière de l'assuré mais utilise un diviseur particulièrement désavantageux pour la femme mariée qui a interrompu son activité lucrative pendant un certain nombre d'années, puisque les années d'exemption sont prises en considération comme années de cotisation²⁶⁶.

De plus, pour la rente simple de la femme mariée, l'aLAVS exigeait une durée minimale de cotisation d'une année. Dès lors, la femme au foyer qui n'avait jamais exercé d'activité lucrative ne remplissait pas cette condition²⁶⁷ et ne pouvait pas prétendre à une rente ordinaire de vieillesse. Seule une rente extraordinaire pouvait lui être octroyée, ce qui représentait d'un point de vue financier un net désavantage. Ces cas restaient cependant assez rares.

La rente de vieillesse de la veuve était en principe calculée sur la base des mêmes éléments que la rente de veuve²⁶⁸, c'est-à-dire sur la base des revenus cumulés des deux époux jusqu'au moment du décès du conjoint²⁶⁹. Lorsque l'assurée devenait veuve après que les deux conjoints avaient atteint l'âge de la retraite, sa rente de vieillesse était calculée sur la base des mêmes éléments que ceux utilisés pour calculer la rente de vieillesse pour couple²⁷⁰. La veuve conservait donc le mode de calcul avantageux de la rente pour couple.

²⁶⁶ Pour un exemple chiffré et des critiques de cette méthode, voir KOHLER, 196-198.

²⁶⁷ Art. 29 al. 1 aLAVS. La jurisprudence ne s'est jamais écartée du texte clair de la loi, malgré le fait qu'une telle exigence supprime toute possibilité de recevoir une rente ordinaire pour la femme qui n'a jamais cotisé pendant une année entière. Voir KOHLER, 107 et la jurisprudence citée.

²⁶⁸ VALTERIO, 134; voir ci-dessous page 126.

²⁶⁹ Cela concerne l'assurée devenue veuve avant sa 62^e année et celle devenue veuve ultérieurement mais d'un conjoint de moins de 65 ans au moment du décès.

²⁷⁰ Art. 31 al. 2 aLAVS.

Toutefois, comme la femme mariée, la veuve qui avait été active pendant le mariage pouvait bénéficier d'une rente de vieillesse simple calculée sur la base de ses propres revenus et années de cotisation si cela lui permettait de recevoir une rente d'un montant supérieur²⁷¹. Pour le calcul de la rente, on appliquait alors la méthode comparative de façon à choisir la variante qui permet d'obtenir la rente de vieillesse la plus élevée²⁷².

A noter que la veuve était libérée de l'obligation de cotiser à l'AVS, de sorte qu'elle ne subissait pas de préjudice lié à un nombre d'années de cotisation inférieur à celui de sa classe d'âge lorsqu'elle n'exerçait pas d'activité lucrative après le décès du conjoint²⁷³.

La rente de vieillesse de la femme divorcée dont l'ex-conjoint est décédé (ci-dessous veuve divorcée) est calculée en principe sur la base de la durée de cotisation et du revenu annuel moyen de l'assurée. Toutefois, s'il en résulte une rente plus élevée, et que les conditions de l'article 31 alinéa 3 aLAVS sont remplies²⁷⁴, le calcul est effectué sur la base du revenu qui aurait été déterminant pour la rente pour couple²⁷⁵.

La rente de vieillesse simple de la femme divorcée était calculée selon les mêmes principes que ceux appliqués à la rente de vieillesse simple d'un célibataire²⁷⁶. La femme divorcée avait alors un droit propre et direct à une rente de vieillesse simple²⁷⁷, d'un montant qui était calculé sur la base de ses propres revenus et années de cotisation. Les années pendant

²⁷¹ Art. 33 al. 3 aLAVS; 31 al. 3 et 4 aLAVS; 54 aRAVS; LOCHER, Grundriss, 235 n. 31.

²⁷² 103 V 114; KOHLER, 202; DUC, 548.

²⁷³ Art. 3 lit. c aLAVS.

²⁷⁴ Voir ci-dessous les principes de calcul de la rente de vieillesse simple de la femme divorcée.

²⁷⁵ VALTERIO, 136.

²⁷⁶ 118 V 1 ss (3); 101 V 184 ss (186).

²⁷⁷ LOCHER, Nahtstellen, 357.

lesquelles elle avait été mariée comptaient comme années de cotisation²⁷⁸. Lorsque cela permettait d'obtenir une rente d'un montant supérieur, un calcul comparatif était effectué, sur le modèle du calcul comparatif appliqué au calcul de la rente de vieillesse simple de la femme mariée²⁷⁹.

Les revenus réalisés par le mari pendant le mariage n'étaient en principe pas pris en considération. Toutefois, à certaines conditions, la femme divorcée pouvait bénéficier du revenu annuel déterminant pour le calcul de la rente de vieillesse du couple, c'est-à-dire bénéficier des cotisations de son ex-mari²⁸⁰. Trois conditions devaient être remplies. Tout d'abord, il fallait que son ex-époux soit décédé²⁸¹. Ensuite, ce calcul devait permettre à l'épouse divorcée d'obtenir une rente d'un montant supérieur à celui de la rente qu'elle aurait reçue sur la base du RAM calculé avec ses propres cotisations. C'était notamment le cas lorsqu'elle avait réalisé des revenus modestes avant et après le mariage. Finalement, l'assurée divorcée devait remplir l'une des conditions alternatives suivantes :

- avoir reçu une rente de veuve jusqu'à l'ouverture du droit à la rente de vieillesse simple (art. 31 al. 3 lit. a *aLAVS*),
- avoir accompli sa 45e année au moment du divorce et avoir été mariée²⁸² pendant au moins 5 ans (art. 31 al. 3 lit. b, 1e phrase *aLAVS*),
- avoir un ou plusieurs enfants au moment du divorce et avoir été mariée²⁸³ pendant au moins 5 ans (art. 31 al. 3 lit. b, 2e phrase *aLAVS*).

La lettre a de l'article 31 alinéa 3 avait pour but de maintenir les droits acquis de la veuve. Dans la mesure où elle bénéficiait d'une base de calcul

²⁷⁸ Art. 29 bis al. 2 *aLAVS*.

²⁷⁹ VALTERIO, 135-136.

²⁸⁰ Art. 31 al. 3 *aLAVS*.

²⁸¹ Art. 31 al. 4 *aLAVS*.

²⁸² Si la veuve a été plusieurs fois mariée, on comptera la durée totale des différents mariages pour calculer la durée de 5 ans de mariage.

²⁸³ Voir ci-dessus note 282, page 100.

avantageuse pour la rente de veuve, il semblait normal que cet avantage soit maintenu lors du passage de la rente de veuve à la rente de vieillesse.

La lettre b phrase 1 avait pour but de favoriser la femme divorcée de plus de 45 ans qui a été mariée, une ou plusieurs fois, pendant une période globale d'au minimum 5 années. Il s'agissait d'une disposition à caractère de prévoyance qui prenait en considération le fait qu'il est difficile de se réintégrer dans la vie professionnelle lorsqu'on a plus de 45 ans. La durée minimale de mariage visait à éviter les abus²⁸⁴.

La lettre b phrase 2 avait pour but de favoriser la femme qui avait assumé l'éducation d'enfants. Cette disposition était une sorte d'avantage compensatoire accordé à la mère. Elle partait du principe que ses revenus seraient nécessairement réduits du fait de l'éducation des enfants. Ici aussi, la durée minimale de mariage devait permettre d'éviter les abus.

Lorsque le divorce était survenu postérieurement à l'octroi de la rente vieillesse pour couple, la femme divorcée perdait l'avantage des éléments de calcul utilisés pour la rente pour couple. Sa rente de vieillesse simple était calculée uniquement sur la base de ses données personnelles²⁸⁵, solution particulièrement désavantageuse pour le conjoint au foyer et le conjoint qui avait réduit son activité lucrative pendant l'éducation des enfants. Ce désavantage ne pouvait être compensé que lorsque survenait le décès de l'ex-conjoint et si les conditions d'application de l'article 31 alinéa 3 aLAVS étaient remplies²⁸⁶. A noter toutefois que dans l'hypothèse où l'assuré avait déjà reçu une rente de vieillesse simple avant d'avoir droit à la rente pour couple, la rente simple octroyée ultérieurement devait être au minimum équivalente au montant de la rente simple précédemment octroyée, compte tenu de l'adaptation des rentes intervenue depuis lors.

²⁸⁴ "Il faut empêcher, en premier lieu, qu'un homme ne se marie que peu avant sa mort, aux fins d'assurer à une femme une rente de veuve. Aussi fallut-il prévoir que la rente de veuve ne serait servie qu'après une durée minimum de mariage de 5 ans." (Message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1946 II 353 ss [399]).

²⁸⁵ RCC 1979, 223; 103 V 60; VALTERIO, 134.

²⁸⁶ Art. 31 al. 4 aLAVS.

Un changement, à la baisse, du facteur de revalorisation²⁸⁷ ne pouvait plus être pris en considération ultérieurement, lorsque survenait le divorce²⁸⁸.

Le bénéfice des revenus du mari pour le calcul de la rente de vieillesse de la femme divorcée devenue veuve de son ex-mari ne compensait pas l'interruption de l'activité lucrative liée à l'éducation des enfants. Il permettait tout au plus à la femme divorcée de participer à la prospérité de son ex-mari au moment du décès de celui-ci. La femme divorcée, mais pas encore veuve, ne pouvait cependant pas obtenir un partage des cotisations accumulées par les deux conjoints pendant le mariage.

(b) La bonification pour tâches éducatives (ci-après bonus éducatif)

1. HISTORIQUE

Le Message du Conseil fédéral concernant la 10e révision de l'AVS, du 5 mars 1990, ne contenait aucune disposition spécifique compensant les lacunes de prévoyance du conjoint ayant réduit son activité lucrative pour assumer des tâches éducatives²⁸⁹. L'unique mesure apportant une aide était la proposition d'une nouvelle formule de calcul des rentes favorisant les personnes ayant des bas revenus, c'est-à-dire entre autres le conjoint divorcé assumant ou ayant assumé l'éducation des enfants. Le Conseil fédéral avait également décidé de repousser l'introduction du *splitting* à la 11e révision de la LAVS, bien que le mandat constitutionnel imposant au législateur de réaliser l'égalité entre homme et femme ait déjà été adopté²⁹⁰.

²⁸⁷ Fixé annuellement par le Conseil fédéral (art. 30 al. 4 aLAVS).

²⁸⁸ 118 V 1 ss (6); RCC 1992, 318 ss. Cette jurisprudence est une solution transitoire qui devait permettre jusqu'à l'entrée en vigueur de la 10e révision de l'AVS de compenser le fait qu'il arrive que des rentes d'un montant inférieur soient octroyées au moment d'un changement d'état civil.

²⁸⁹ Article 34 du projet du Conseil fédéral (Message du Conseil fédéral concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss [52-54, n. 331]).

²⁹⁰ Le 14 juin 1981 !

Après l'échec devant le Conseil des Etats d'une proposition visant à introduire un système bonifiant la situation de prévoyance des parents, mariés ou non²⁹¹, détenteurs de l'autorité parentale sur des enfants de moins de 16 ans, la commission du Conseil national, chargée d'étudier le projet du Conseil fédéral, a décidé d'essayer d'intégrer la réalisation de l'égalité entre homme et femme dans la 10e révision et a invité une sous-commission à lui faire des propositions en matière de *splitting* et de bonifications pour tâches éducatives et d'assistance aux proches²⁹².

Sur la base du rapport de sa commission, le Conseil national a décidé d'adopter un arrêté fédéral de durée limitée mettant en vigueur une première partie de la 10e révision. C'est dans le cadre de la discussion sur cet arrêté que des propositions de bonifications éducatives ont été formulées. Trois propositions ont été présentées. La proposition SEGMÜLLER pré-

291

Voir la proposition d'adjonction des alinéas 6, 7 et 8 à l'article 30 du projet du Conseil fédéral, faite par MIVILLE, BÜHRER ET JELMINI, in Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1991, 273. Le texte proposé était le suivant :

6 Les hommes et les femmes ont droit à une bonification pour tâches éducatives pour chaque année durant laquelle ils sont assurés et exercent la puissance parentale sur des enfants âgés de moins de 16 ans révolus. Cette bonification correspond au montant de la rente simple minimale de vieillesse au moment de l'ouverture du droit à la rente. Lorsque les deux parents sont détenteurs de l'autorité parentale, la bonification est répartie entre eux par moitié.

7 Le Conseil fédéral règle l'octroi aux assurés d'une bonification pour tâches éducatives dans les cas suivants :

a. lorsque la garde de l'enfant n'est pas exercée par le détenteur de la puissance parentale ou n'est exercée que par l'un des parents;

b. lorsqu'un des parents seulement est assuré au sens de l'article 1er, 2e alinéa, ou de l'article 2 de cette loi;

c. lorsque les tâches éducatives n'ont pas été exercées pendant une année civile ou lorsque la qualité d'assuré n'a pas été conservée durant une année civile.

** Le montant total de la bonification pour tâches éducatives est obtenu en divisant la somme des bonifications annuelles créditées à l'assuré par la durée de cotisation dudit assuré, au sens de l'article 29bis. Le montant total de la bonification pour tâches éducatives est ajouté au revenu annuel moyen déterminant.*

292

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 298.

voyait une amélioration de la formule de calcul des rentes pour les femmes divorcées²⁹³. Cette proposition devait surtout améliorer la situation des femmes ayant atteint l'âge de l'AVS dont l'ex-mari était encore en vie, puisque c'était cette catégorie d'assurées qui était la plus désavantagée. La deuxième proposition était celle de BRUNNER qui visait à introduire une bonification pour tâches éducatives pour les femmes divorcées, en anticipation du modèle de *splitting* étudié dans le cadre des discussions sur la

293

La proposition SEGMÜLLER était rédigée de la façon suivante :

Calcul de la rente vieillesse simple de personnes divorcées

¹ En dérogation à l'article 31, 3e et 4e alinéa, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, les rentes versées en vertu de cette loi sont calculées selon les dispositions suivantes.

² La rente simple vieillesse revenant aux personnes divorcées est calculée sur la durée de cotisations qui leur est propre et leur revenu annuel moyen déterminant. S'il en résulte une rente plus élevée, les revenus de l'ex-conjoint réalisés pendant les années civiles de mariage sont pris en considération en lieu et place des revenus du bénéficiaire. Le Conseil fédéral règle les détails.

³ Si la personne divorcée a bénéficié d'une rente de veuve immédiatement avant la naissance du droit à la rente de vieillesse simple, le montant de cette dernière doit être au moins égal au montant de la rente de veuve allouée en dernier lieu.

10e révision de la LAVS²⁹⁴. La troisième proposition, celle de NABHOLZ, était très proche de la proposition BRUNNER²⁹⁵.

Tant la proposition BRUNNER que la proposition NABHOLZ reposaient sur l'idée que le travail éducatif avait été effectué principalement par la mère et que ce travail avait négativement influencé sa carrière professionnelle ou ses possibilités de revenus. Elles mettaient sur pied d'égalité l'activité domestique et l'activité lucrative, conformément au nouveau droit matrimonial, en attribuant à la première un revenu annuel fictif équivalant au triple de la rente minimale simple de vieillesse. Ce montant correspondait environ aux revenus moyens d'une femme active. Les deux propositions réservaient la bonification pour tâches éducatives à la mère divorcée. Le père n'y avait pas droit, étant donné que le calcul des rentes vieillesse

294

Proposition BRUNNER :

Calcul de la rente vieillesse simple des femmes divorcées

¹ *En dérogation à l'article 31, 3e et 4e alinéa, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, les rentes versées en vertu de cette loi sont calculées selon les dispositions suivantes.*

² *La rente de vieillesse revenant aux femmes divorcées est calculée sur la base de leur revenu annuel moyen, augmenté d'une bonification éducative correspondant à trois fois la rente minimale simple de vieillesse, pour les années civiles de mariage pendant lesquelles les époux avaient des enfants à charge.*

295

Proposition NABHOLZ :

Calcul de la rente vieillesse simple des femmes divorcées

¹ *En complément à l'article 31, 3e et 4e alinéa, de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, les rentes versées en vertu de cette loi aux femmes divorcées sont calculées selon les dispositions ci-après.*

² *Les femmes divorcées bénéficiaires de la rente vieillesse touchent, pour les années au cours desquelles elles ont exercé le pouvoir parental sur un ou plusieurs de leurs enfants, des "bonifications pour tâches éducatives" équivalant au triple de la rente vieillesse minimale et ce jusqu'à ce que le plus jeune de ces enfants ait 16 ans révolus.*

³ *Les bonifications pour tâches éducatives ne sont allouées que sur demande. La requérante est tenue de prouver qu'elle réunit bien les conditions requises. Le Conseil fédéral règle les modalités.*

désavantageait uniquement la femme divorcée qui perdait l'avantage du calcul de la rente sur la base des données propres au conjoint.

La proposition NABHOLZ, à la différence de la proposition BRUNNER, prévoyait une bonification pour tâches éducatives annuelle durant toute la durée du travail éducatif, jusqu'à ce que le plus jeune des enfants ait atteint l'âge de 16 ans. La bonification pour tâches éducatives était attribuée à la femme divorcée pour l'ensemble de son travail éducatif, indépendamment de la question de son état civil pendant la durée de l'activité (mariée, célibataire ou divorcée). Elle supposait que la femme ait déposé une requête et prouvé que les conditions d'octroi étaient remplies en l'es-
pèce²⁹⁶.

La proposition BRUNNER attribuait la bonification pour tâches éducatives à la femme divorcée seulement lorsque celle-ci avait eu charge d'enfants pendant la durée du mariage et jusqu'à ce que le cadet des enfants ait atteint la majorité. Par charge d'enfants, il fallait entendre autorité parentale. La bonification était automatiquement intégrée dans le calcul de la rente, sans qu'une requête ait dû être effectuée.

Plus traditionnelle, la proposition SEGMÜLLER restait dans le système AVS existant. Elle avantageait tant les femmes divorcées que les hommes divorcés, étant à cet égard conforme à une idée d'égalité formelle.

Le débat a surtout porté sur l'opportunité d'introduire déjà dans la 10e révision de l'AVS un système de bonifications éducatives qui aurait normalement dû être le complément de l'introduction du *splitting* des rentes²⁹⁷, renvoyé à la 11e révision. Il a également porté sur l'égalité entre homme et femme ou plus précisément sur le caractère inégal des propositions formulées qui avantageaient les femmes divorcées au détriment soit

²⁹⁶ L'exigence d'une requête avec preuves à l'appui pour l'obtention des bonifications éducatives visait à simplifier le travail de l'administration fédérale. Dans une telle hypothèse, celle-ci n'aurait dû se pencher sur la question du bonus éducatif qu'en cas de requête et pouvait rejeter la demande si les preuves nécessaires n'étaient pas fournies. A noter que par la suite, les Chambres fédérales ont choisi le système de la requête pour les bonifications d'assistance (voir art. 29 septies al. 5 LAVS).

²⁹⁷ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 313 ss (318).

des hommes divorcés²⁹⁸, soit des femmes célibataires avec enfants²⁹⁹, ou encore des femmes mariées³⁰⁰.

Après le débat au Conseil national, la commission de ce Conseil a remis l'ouvrage sur le métier pour finalement faire deux propositions. De façon surprenante, la proposition majoritaire de la commission a repris les propositions BRUNNER/NABHOLZ³⁰¹ qui étaient restées minoritaires auparavant en son sein. Par rapport à la proposition BRUNNER, deux éléments ont été modifiés :

- Le calcul ne s'effectuait que sur demande de l'intéressée, qui devait apporter la preuve que les conditions donnant droit à la bonification étaient réunies (reprend la proposition NABHOLZ)
- La bonification était prise en compte pour toutes les années pendant lesquelles les femmes avaient exercé l'autorité parentale sur des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans (reprend la proposition NABHOLZ).

Au vote, les propositions BRUNNER/NABHOLZ l'emportèrent sur la solution SEGMÜLLER par 93 voix contre 92!

La nouvelle disposition proposée par le Conseil national était indépendante de la question de savoir si l'éducation des enfants était intervenue pendant le mariage ou non, mais se référait uniquement au critère des enfants à charge. Si le couple avait eu des enfants avant le mariage, la bonification pour tâches éducatives était calculée, dans l'hypothèse d'un divorce subséquent, dès la naissance de l'enfant et ne se limitait pas à l'éducation des enfants pendant le mariage. Globalement, la nouvelle proposition de la majorité était budgétisée à 50 millions de francs.

Au Conseil des Etats, le texte de l'arrêté proposé par le Conseil national a été adopté sans grande opposition, par 30 voix contre 14. Le texte final a

²⁹⁸ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 312.

²⁹⁹ Intervention de M. EYERMANN, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 314.

³⁰⁰ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 313.

³⁰¹ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1992, 514.

été voté par chacune des deux Chambres le 19 juin 1992³⁰². L'entrée en vigueur de la disposition relative aux bonifications éducatives (article 1a) a été fixée au 1er janvier 1994. Elle a déployé ses effets jusqu'au 31 décembre 1996³⁰³, la 10e révision de l'AVS étant entrée en vigueur le 1er janvier 1997.

2. CONTENU DU BONUS EDUCATIF INTRODUIT PAR L'ARRETE DU 19 JUIN 1992

Le bonus éducatif introduit par l'arrêté du 19 juin 1992 n'a pas fondamentalement changé le mode de calcul des rentes des femmes divorcées. Il a seulement permis d'ajouter, sur demande, à leur revenu annuel moyen des montants fictifs pour les années durant lesquelles elles ont assumé l'autorité parentale ou seulement la garde sur un ou plusieurs enfants de moins de 16 ans ou sur des enfants recueillis³⁰⁴.

Comme les actuelles bonifications éducatives de la LAVS, ces bonifications étaient prises en considération jusqu'à ce que le cadet des enfants ait accompli sa 16e année. Le montant des bonifications éducatives équiva-

³⁰² RS 831.100.1.

³⁰³ Initialement, l'arrêté devait déployer ses effets jusqu'au 31 décembre 1995. Par un arrêté du 7 octobre 1994, sa durée de validité a été prorogée d'une année (RO 1995 510).

³⁰⁴ Art. 53 ter et 53 quater aRAVS (remplacé aujourd'hui par l'article 52f RAVS); art. 2 de l'arrêté fédéral du 19 juin 1992 (RS 831.100.1). Le texte de l'article 2 est le suivant :

¹ Les titulaires d'une rente de vieillesse divorcées peuvent demander que, pour le calcul de leur rente, conformément à l'article 31, 1er alinéa, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, il soit tenu compte d'une bonification annuelle pour tâches éducatives équivalant au triple de la rente simple minimale de vieillesse selon l'article 34, 1er alinéa. La bonification est prise en compte pour les années au cours desquelles les titulaires d'une rente de vieillesse divorcées ont exercé l'autorité parentale sur des enfants âgés de moins de seize ans révolus.

² Le calcul défini au 1er alinéa est effectué sur demande. La requérante est tenue de prouver qu'elle réunit les conditions donnant droit à la bonification. Le Conseil fédéral règle les modalités, en particulier la prise en compte des bonifications lorsque la mère n'exerce pas l'autorité parentale sur un enfant dont elle a la garde ou lorsque l'enfant est recueilli.

lait au triple de la rente simple minimale, soit une somme annuelle fictive de Fr. 34'920³⁰⁵.

Les bonifications AVS sont une sorte de salaire fictif accordé de façon forfaitaire pour l'activité éducative. Tout comme les bonifications éducatives dans la 10^e révision de la LAVS, les bonifications éducatives annuelles accordées venaient s'ajouter au produit d'une activité lucrative exercée pendant les années d'éducation des enfants et augmentaient le RAM déterminant pour le calcul de la rente vieillesse. Depuis leur introduction, ces bonifications ont permis à environ 18'900 femmes divorcées de recevoir une amélioration de leur rente de Fr. 260 par mois en moyenne³⁰⁶.

(ii) *Le nouveau droit*

(a) *Principe*

La rente de vieillesse des conjoints tous les deux à la retraite et celle des conjoints divorcés est désormais soumise au *principe du splitting des revenus soumis à cotisation pendant le mariage*. La rente sera fixée sur la base d'une moitié des revenus accumulés par l'un et l'autre des conjoints pendant le mariage, à laquelle on ajoute les revenus soumis à cotisation réalisés par l'assuré avant le mariage et après la dissolution de celui-ci le cas échéant.

La rente est calculée sur la base des années de cotisation de chacun des conjoints. Le conjoint au foyer qui ne travaille pas pendant le mariage doit désormais cotiser à l'AVS, sauf si les cotisations de l'autre conjoint

³⁰⁵ Le montant minimum de la rente simple complète de vieillesse au sens de l'article 34 al. 2 aLAVS avait été fixé à Fr. 970, par l'article 1 de l'Ordonnance 95 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI, du 26 septembre 1994 (RS 831.105). Les bonifications annuelles se montaient donc à $3 \times (970 \times 12) = \text{Fr. } 34'920$. Conformément à l'article 53 quater du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (aRAVS), ce montant était multiplié par le nombre d'années pendant lesquelles des bonifications pouvaient être portées en compte, le produit étant divisé par le nombre d'années de cotisation de l'assurée et additionné au RAM de celle-ci.

³⁰⁶ CHRISTOFFEL, 236 ss (237).

atteignent le double de la cotisation minimale³⁰⁷. Les années de mariage comptent donc désormais comme années de cotisation pour le conjoint au foyer et seront prises en considération dans le calcul de la rente de vieillesse³⁰⁸. Comme sous l'ancien droit, les rentes vieillesse des deux conjoints sont plafonnées. Toutefois, le plafonnement est plus avantageux : la somme des deux rentes individuelles ne peut excéder les 150 % du montant de la rente maximale³⁰⁹, alors que sous l'ancien droit, la rente pour couple ne pouvait excéder les 150 % de la rente de vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant du mari, auquel on ajoutait les revenus sur lesquels l'épouse avait payé des cotisations avant ou durant le mariage ainsi que jusqu'à la naissance du droit à la rente pour couple³¹⁰.

La femme divorcée n'est pas libérée du paiement des cotisations après le divorce. Si elle n'exerce pas d'activité lucrative, elle recevra une rente de vieillesse simple réduite. Sur ce point, la loi n'a pas changé. Par contre, la veuve n'est plus libérée de l'obligation de cotiser à l'AVS³¹¹. Elle doit désormais cotiser, qu'elle exerce une activité lucrative soumise à cotisation ou non.

Par ailleurs, le nouveau droit a introduit un mode de calcul des rentes qui favorise les bas revenus, donc en particulier les conjoints divorcés assumant l'éducation des enfants³¹². En outre, le mode de calcul de la rente de vieillesse de la veuve est également plus favorable. La rente est d'abord déterminée sur la base des données propres au titulaire de la rente de vieillesse, puis on ajoute un supplément de 20 % du montant ainsi obtenu,

³⁰⁷ Art. 3 al. 2 lit. b et al. 3 LAVS.

³⁰⁸ A noter que les années de mariage étaient déjà prises en considération comme années de cotisation sous l'ancien droit lorsque le conjoint au foyer pouvait prétendre à une rente de vieillesse simple (voir ci-dessus page 96).

³⁰⁹ Art. 35 LAVS.

³¹⁰ Art. 35 et 32 al. 2 LAVS.

³¹¹ Art. 3 lit. c LAVS.

³¹² Art. 34 LAVS.

le montant maximum de la rente de vieillesse ne pouvant toutefois pas être dépassé³¹³. Ce système s'applique à tous les veufs et veuves au sens de la LAVS, c'est-à-dire également aux veufs et veuves divorcés, dans la mesure où ils remplissent les conditions de l'article 24a LAVS.

La 10e révision a également introduit le système des bonifications éducatives et d'assistance qui devraient améliorer le RAM des conjoints au foyer ayant subi une atteinte à leur capacité de gain du fait de l'activité éducative ou de soins. Comme nous le verrons, ces bonifications ne sont pourtant d'aucun secours pour le conjoint au foyer qui se consacre exclusivement aux soins apportés à l'autre conjoint.

(b) Le bonus éducatif

1. HISTORIQUE

Dans le cadre des discussions sur la deuxième partie de la 10e révision de l'AVS, la question du *splitting* a été largement évoquée et les bonifications pour tâches éducatives et d'assistance rediscutées.

Le fruit des discussions du Conseil national sur les bonifications éducatives, l'article 29 sexies LAVS, s'inspirait de l'article 2 de l'arrêté fédéral du 19 juin 1992³¹⁴. Il s'en écartait sur trois points. Tout d'abord, les bonifica-

³¹³ Art. 35 bis LAVS. Au 1er janvier 1997, la rente maximale se monte à Fr. 1'990 (art. 34 al. 3 LAVS et 1 al. 1 de l'Ordonnance 97 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI du 16 septembre 1996).

³¹⁴ Le texte proposé était le suivant :

3. Bonifications pour tâches éducatives

' Les personnes assurées peuvent prétendre à une bonification pour tâches éducatives pour l'année durant laquelle elles exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans. Le Conseil fédéral règle les détails, en particulier l'attribution de la bonification pour tâches éducatives lorsque :

a. des parents ont la garde d'enfants, sans exercer l'autorité parentale;

b. des enfants sont recueillis durablement en vue de leur entretien et de leur éducation;

tions n'étaient plus seulement mises en compte pour les femmes divorcées mais pour toutes les personnes assurées. Ainsi, père et mère y avaient droit. Pendant le mariage, les bonifications annuelles étaient partagées par moitié entre les parents. Après le divorce, les bonifications étaient attribuées au parent qui avait l'autorité parentale sur les enfants. La deuxième différence avait trait au caractère impératif de l'attribution des bonifications, puisque les ayants droit n'avaient pas l'obligation de les demander mais la caisse devait en tenir compte d'office. Troisièmement, selon la proposition, les bonifications éducatives étaient également attribuées aux personnes qui recueillaient des enfants ainsi qu'à celles qui en assumaient la garde mais non l'autorité parentale.

L'article 29 septies LAVS introduisait des bonifications pour tâches d'assistance auprès de proches³¹⁵. Au contraire des bonifications pour tâches

c. lorsqu'un seul des parents est assuré auprès de l'assurance suisse vieillesse et survivants;

d. lorsque les conditions pour l'attribution d'une bonification pour tâches éducatives ne sont pas remplies pendant une année entière.

¹ *La bonification pour tâches éducatives correspond au triple du montant de la rente de vieillesse annuelle minimale prévu à l'article 34, au moment de la naissance du droit à la rente.*

¹ *La bonification pour tâches éducatives attribuée aux personnes mariées pendant les années civiles de mariage est répartie par moitié entre les conjoints. La répartition ne porte cependant que sur les bonifications acquises au cours de la période allant du 1er janvier de l'année suivant celle du 20e anniversaire au 31 décembre qui précède l'âge de la retraite du conjoint qui, le premier, a droit à la rente.*

315

Le texte proposé était le suivant :

4. Bonifications pour tâches d'assistance

¹ *Les personnes assurées qui prennent en charge leur conjoint, leurs frères et soeurs ou leurs parents de la ligne ascendante ou descendante, au bénéfice d'une allocation pour impotent de degré moyen au moins de l'AVS ou de l'AI, et avec lesquels elles font ménage commun, peuvent prétendre à une bonification pour tâches d'assistance. Elle doivent faire valoir ce droit par écrit chaque année.*

² *Aucune bonification pour tâches d'assistance n'est attribuée si, durant la même période, il existe un droit à une bonification pour tâches éducatives.*

éducatives, les bonifications pour tâches d'assistance devaient faire l'objet d'une demande auprès de la caisse compétente. A défaut de demande dans un délai de 5 ans à compter de la fin de l'année civile durant laquelle l'assistance a été fournie, le droit aux bonifications se périmeait.

Au Conseil des Etats, les articles 29 sexies et 29 septies proposés ont fait l'objet de deux modifications. Pour le premier, le cercle des bénéficiaires a été réduit : les personnes ayant la charge d'enfants recueillis n'ont pas eu droit au bonus éducatif³¹⁶. Pour le second, le cercle des personnes assistées pouvant donner droit à des bonifications pour ceux qui s'en occupent a été étendu. Les soins aux beaux-parents et enfant(s) du conjoint ont été inclus. En outre, le Conseil fédéral a été chargé de définir la notion de "ménage commun" de façon à pouvoir tenir compte des situations dans

¹ Le Conseil fédéral règle la procédure, ainsi que l'attribution de la bonification pour tâches d'assistance lorsque :

a. plusieurs personnes remplissent les conditions d'attribution de la bonification pour tâches d'assistance;

b. un seul des conjoints est assuré auprès de l'assurance-vieillesse et survivants suisse;

c. les conditions d'attribution d'une bonification pour tâches d'assistance ne sont pas remplies pendant une année entière.

⁴ La bonification pour tâches d'assistance correspond au triple du montant de la rente de vieillesse annuelle minimale prévue à l'article 34 au moment de l'ouverture du droit à la rente. Elle est inscrite au compte individuel.

⁵ Si la personne assurée n'a pas fait valoir son droit dans les cinq ans à compter de la fin de l'année civile pendant laquelle un proche a été pris en charge, la bonification pour l'année correspondante n'est plus inscrite au compte individuel.

⁶ La bonification pour tâches d'assistance attribuée aux personnes mariées pendant les années civiles de mariage est répartie par moitié entre les conjoints. La répartition ne porte cependant que sur les bonifications acquises au cours de la période allant du 1er janvier de l'année suivant celle du 20e anniversaire au 31 décembre qui précède l'âge de la retraite du conjoint qui, le premier, a droit à la rente.

316

Le Conseil des Etats craignait qu'il soit impossible d'éviter une double bonification pour les mêmes enfants, c'est-à-dire en faveur des personnes fournissant les soins et en faveur des parents de l'enfant (voir l'intervention du rapporteur de la commission, M. KÜNDIG, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1994, 559-560).

lesquelles les assistés ne partagent pas l'appartement de ceux qui fournissent le soutien alors même qu'il existe une relation de proximité étroite entre eux³¹⁷.

2. CONTENU DU BONUS EDUCATIF INTRODUIT PAR LA LAVS

La 10e révision de la LAVS a donné un caractère définitif au système des bonifications éducatives introduit à titre transitoire par l'arrêté du 19 juin 1992. L'article 29 sexies³¹⁸ a même étendu le droit aux bonifications édu-

317

Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1994, 560.

Voir article 52g RAVS. Il y a ménage commun lorsque la personne qui reçoit les soins vit dans le même appartement, vit dans un autre appartement mais dans le même immeuble, ou vit dans un appartement sis dans un autre immeuble sur le même terrain ou un terrain voisin.

318

Art. 29 sexies

3. Bonifications pour tâches éducatives

¹ Les assurés peuvent prétendre à une bonification pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans. Les personnes vivant en couple marié ne peuvent prétendre à deux bonifications cumulativement. Le Conseil fédéral règle les détails en particulier l'attribution de la bonification pour tâches éducatives lorsque :

a. des parents ont la garde d'enfants, sans exercer l'autorité parentale;

b. un seul des parents est assuré auprès de l'assurance-vieillesse et survivants suisse;

c. les conditions pour l'attribution d'une bonification pour tâches éducatives ne sont pas remplies pendant toute l'année civile.

² La bonification pour tâches éducatives correspond au triple du montant de la rente de vieillesse annuelle minimale prévu à l'article 34, au moment de la naissance du droit à la rente.

³ La bonification pour tâches éducatives attribuée pendant les années civiles de mariage est répartie par moitié entre les conjoints. La répartition ne porte cependant que sur les bonifications acquises au cours de la période comprise entre le 1er janvier de l'année suivant celle durant laquelle la personne a atteint 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation de l'événement assuré pour le conjoint qui, le premier, a droit à la rente.

catives, jusqu'ici réservé aux femmes divorcées, aux conjoints ainsi qu'au père divorcé. L'article 29 septies³¹⁹ a en outre introduit des bonifications d'assistance pour les soins apportés à des proches³²⁰.

Art. 29 septies

4. Bonifications pour tâches d'assistance

¹ *Les assurés qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ainsi que des frères et soeurs au bénéfice d'une allocation de l'AVS ou de l'AI pour impotent de degré moyen au moins et avec lesquels ils font ménage commun, peuvent prétendre à une bonification pour tâches d'assistance. Ils doivent faire valoir ce droit par écrit chaque année. Sont assimilés aux parents, les conjoints, les beaux-parents et les enfants d'un autre lit.*

² *Aucune bonification pour tâches d'assistance ne peut être attribuée si, durant la même période, il existe un droit à une bonification pour tâches éducatives.*

³ *Le Conseil fédéral peut définir plus précisément la condition du ménage commun. Il règle la procédure, ainsi que l'attribution de la bonification pour tâches d'assistance lorsque :*

a. plusieurs personnes remplissent les conditions d'attribution d'une bonification pour tâches d'assistance;

b. un seul des conjoints est assuré auprès de l'assurance-vieillesse et survivants suisse;

c. les conditions d'attribution d'une bonification pour tâches d'assistance ne sont pas remplies pendant toute l'année civile.

⁴ *La bonification pour tâches d'assistance correspond au triple du montant de la rente de vieillesse annuelle minimale prévue à l'article 34 au moment de la naissance du droit à la rente. Elle est inscrite au compte individuel.*

⁵ *Si l'assuré n'a pas fait valoir son droit dans les cinq ans à compter de la fin de l'année civile pendant laquelle une personne énumérée à l'alinéa premier a été prise en charge, la bonification pour l'année correspondante n'est plus inscrite au compte individuel.*

⁶ *La bonification pour tâches d'assistance pendant les années civiles de mariage est répartie par moitié entre les conjoints. La répartition ne porte cependant que sur les bonifications acquises au cours de la période comprise entre le 1er janvier de l'année suivant celle durant laquelle la personne a atteint 20 ans*

Désormais, les années pendant lesquelles l'assuré aura exercé l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants de moins de 16 ans, donneront *automatiquement* droit à des bonifications éducatives. Les bonifications sont également attribuées lorsque les parents avaient la garde des enfants, quand bien même ils n'en détenaient pas l'autorité parentale³²¹.

Le parent divorcé exerçant l'autorité parentale bénéficiera de l'entier du montant octroyé, les conjoints mariés se le partageront pendant le mariage³²². La bonification se calcule de la même manière que celle prévue dans l'arrêté de 1992 : le triple du montant de la rente de vieillesse minimale, calculée au moment de la naissance du droit à la rente³²³. Actuellement, la bonification se monte à Fr. 35'820³²⁴.

Lorsque l'assuré aura pris en charge des parents en ligne ascendante ou descendante, des frères et soeurs, conjoint, beaux-parents et enfants d'un autre lit au bénéfice d'une allocation de l'AVS ou de l'AI pour impotent de degré moyen au moins et aura fait ménage commun³²⁵ avec eux, il *pourra demander* à bénéficier de bonifications pour tâches d'assistance. Il doit toutefois faire valoir son droit dans les 5 ans à compter de la fin de l'année civile pendant laquelle est intervenue la prise en charge. Comme pour les bonifications éducatives, les montants sont partagés entre les conjoints pendant le mariage. Le montant de la bonification pour tâches d'assistance

révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation de l'événement assuré pour le conjoint qui, le premier, a droit à la rente.

³²⁰ Art. 29 sexies et 29 septies LAVS.

³²¹ Art. 52e RAVS.

³²² Art. 29 sexies al. 3 LAVS.

³²³ Art. 29 sexies al. 2 LAVS.

³²⁴ La rente minimale se monte au 1er janvier 1997 à Fr. 995 (art. 1 al. 1 de l'Ordonnance 97 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI du 16 septembre 1996). Les bonifications annuelles équivalent donc à $3 \times (995 \times 12) = 35'820$.

³²⁵ Voir la notion de ménage commun à l'article 52g RAVS et la note 317, page 114.

est calculé de la même manière que celui de la bonification pour tâches éducatives.

Un cumul des bonifications éducatives et des bonifications d'assistance durant la même année est impossible³²⁶.

Par ailleurs, s'il faut saluer la "valorisation" de l'activité éducative et de soins dans le système des bonifications éducatives et d'assistance, il faut également constater qu'aucune amélioration de la prévoyance n'a été prévue pour les femmes divorcées qui n'ont pas effectué d'activité domestique à caractère éducatif ou de soins à des parents, mais qui se sont uniquement consacrées à un conjoint qui n'était pas impotent au sens de l'article 29 septies³²⁷. Ces assurées auront peu cotisé à l'AVS et recevront donc des rentes faibles, qui ne trouvent pas de compensation par le biais d'un bonus de soins au mari !

(2) La rente complémentaire

(a) Les conditions d'octroi

(i) L'ancien droit

La rente complémentaire était octroyée au mari qui avait droit à une rente de vieillesse simple, et dont l'épouse avait accompli sa 55e année³²⁸. Au moment du divorce, le droit à la rente complémentaire tombait, sauf si la femme divorcée, ayant accompli sa 55e année au moment du divorce, ne bénéficiait d'aucune rente de vieillesse ou d'invalidité et pourvoyait de fa-

³²⁶ Art. 29 septies al. 2 LAVS.

³²⁷ Voir à ce sujet les interventions qui ont été faites au Conseil des Etats par Mme BEERLI (319), M. RÜESCH (320), M. KÜCHLER (321), Mme SIMMEN (323), in Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1994, 319 ss.

Il faudrait se demander si un individu qui délègue à son conjoint toutes les tâches domestiques n'est pas un impotent de degré moyen !

³²⁸ Art. 22 bis al. 1 aLAVS.

çon prépondérante à l'entretien des enfants qui lui avaient été confiés³²⁹, c'est-à-dire que les coûts d'entretien totaux des enfants dépassaient le double des contributions d'entretien et des rentes AVS versées pour les enfants³³⁰. Lorsqu'au moment du divorce, la femme n'avait pas l'âge nécessaire à l'obtention d'une rente complémentaire (55 ans), elle perdait toute expectative de pouvoir bénéficier d'une telle rente par la suite³³¹.

(ii) *Le nouveau droit*

Dans le nouveau droit, la rente complémentaire de l'AVS a été supprimée, avec une entrée en vigueur progressive de la suppression.

(b) *Le mode de calcul de la rente complémentaire*

La rente complémentaire se montait à 30 % de la rente de vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant du titulaire de cette rente. Elle était calculée sur la base des mêmes éléments que la rente de vieillesse simple (revenus et années de cotisation)³³².

(3) *Les prestations de survivant en faveur de la veuve ou du veuf*

(a) *Les conditions d'octroi*

(i) *L'ancien droit*

L'AVS ne connaissait pas la rente de veuf. Conformément à une image traditionnelle des relations entre époux, le législateur avait prévu d'octroyer seulement une rente de veuve à la femme qui perdait le soutien

³²⁹ Art. 22 bis al. 1 aLAVS in fine.

³³⁰ HINDERLING/STECK, 334-335. Les coûts d'entretien des enfants, fixés par des directives administratives, étaient évalués à un montant assez bas, de sorte que souvent l'indemnité versée après divorce à la mère par le père et les rentes pour enfants de l'AVS en couvraient plus de la moitié. La femme divorcée touchait donc rarement une rente complémentaire pour elle-même (KOHLER, 189).

³³¹ HINDERLING/STECK, 334 et les références citées sous note 62.

³³² Art. 35 bis aLAVS.

économique de son mari au moment du décès de celui-ci. Le législateur n'avait pas tenu compte du fait que le mari dont la femme venait à décéder subissait également une perte de soutien.

Le droit à la rente était soumis à un certain nombre de conditions alternatives³³³ :

- avoir un ou plusieurs enfants au moment du décès du conjoint³³⁴ ;
- avoir un ou plusieurs enfants vivant dans le ménage commun en qualité d'enfants recueillis par l'épouse et bénéficiant d'une rente d'orphelin du fait du décès du conjoint³³⁵ ;
- avoir un ou plusieurs enfants recueillis vivant dans le ménage commun que la veuve adopte³³⁶ ; le mari devait avoir été assuré à l'AVS juste avant le décès ;
- la veuve n'avait ni enfant, ni enfant recueilli mais elle avait accompli sa 45e année et avait été mariée pendant au minimum 5 ans (durée cumulée de tous les mariages si elle avait été mariée plusieurs fois)³³⁷ ; le mari devait avoir été assuré à l'AVS juste avant le décès.

La femme divorcée qui avait perdu son ex-conjoint avait droit à une rente de veuve mais à des conditions plus strictes que celles posées pour la rente de veuve de la femme mariée. Le mariage avec le défunt devait avoir duré 10 ans au moins et le mari devait avoir été tenu de lui verser une pension alimentaire³³⁸ ou une indemnité en capital³³⁹. Il n'était par contre pas déterminant de savoir si le mari avait contribué en réalité à

³³³ Art. 23 al. 1 aLAVS.

³³⁴ Art. 23 al. 1 lit. a aLAVS.

³³⁵ Art. 23 al. 1 lit. b aLAVS.

³³⁶ Art. 23 al. 1 lit. c aLAVS.

³³⁷ Art. 23 al. 1 lit. d aLAVS.

³³⁸ Art. 23 al. 2 aLAVS.

³³⁹ I 10 V 242 ss (244-245); GEISER, EVG, 382.

l'entretien de la femme divorcée ou non. La rente de veuve était donc soumise à la condition que l'ex-mari ait eu l'obligation formelle d'assumer l'entretien après divorce de son épouse, même si l'entretien fourni était très limité dans son montant.

(ii) *Le nouveau droit*

Pour la femme mariée dont le conjoint vient à décéder, le nouveau droit soumet la rente aux mêmes conditions que sous l'ancien droit³⁴⁰.

Par contre, pour l'homme marié, une rente de veuf a été introduite. Le veuf peut désormais recevoir une rente de survivant à des conditions presque similaires à celles de la veuve. Ainsi, lorsqu'il a des enfants au décès du conjoint, y compris lorsqu'il a recueilli ou adopté ces enfants, et qu'il faisait ménage commun avec eux au moment du décès, le veuf a droit à une rente de survivant. Dans cette hypothèse, les conditions du droit à la rente de survivant sont identiques pour le veuf et pour la veuve³⁴¹. Par contre, le veuf, à la différence de la veuve, ne bénéficie pas d'une rente de survivant lorsqu'il a plus de 45 ans et a été marié pendant au moins 5 ans, mais n'a pas d'enfant.

Par ailleurs, en plus des causes générales d'extinction des rentes de survivant³⁴², applicables à toutes les rentes de survivant, la rente de veuf connaît une cause spéciale d'extinction. En effet, la rente de veuf s'éteint également lorsque le dernier enfant atteint l'âge de 18 ans.

Comme on peut le constater, le nouveau droit n'a pas mis tout à fait sur pied d'égalité homme et femme. La veuve est encore un peu favorisée par rapport au veuf dans les conditions d'octroi et d'extinction de la rente.

Le nouveau droit a amélioré la situation de la femme divorcée dont l'ex-mari est décédé en supprimant l'exigence du versement d'une pension alimentaire. Il a également adapté les conditions d'octroi de la rente de survivant en s'inspirant de la jurisprudence relative à l'article 151 ali-

³⁴⁰ Art. 23 al. 1 et 2 et 24 al. 1 LAVS.

³⁴¹ Art. 23 al. 1 et 2 LAVS.

³⁴² Lorsque le veuf se remarie ou décède (art. 23 al. 4 LAVS).

néa 1 CCS, notamment des critères relatifs à la durée du mariage, l'âge du conjoint au moment du divorce et la présence d'enfants à éduquer (indépendamment de la durée du mariage)³⁴³. Les conditions du droit à une rente de veuve/veuf à l'assuré divorcé dont l'ex-conjoint est décédé sont les suivantes³⁴⁴ :

- le mariage a duré au moins 10 ans³⁴⁵ et le veuf ou la veuve a un ou plusieurs enfants³⁴⁶ ;
- le mariage a duré au moins 10 ans et le divorce est intervenu après que la personne a atteint 45 ans révolus ;
- le cadet des enfants atteindra 18 ans révolus après que le veuf ou la veuve divorcée aura atteint 45 ans.

Une rente limitée à la durée de l'éducation des enfants est octroyée au survivant divorcé lorsque les conditions susmentionnées ne sont pas remplies mais que le veuf ou la veuve a des enfants de moins de 18 ans³⁴⁷. La rente est octroyée tant que le dernier enfant n'a pas atteint 18 ans.

Le nouveau droit a placé sur pied d'égalité l'homme et la femme dans l'octroi d'une rente de survivant au conjoint divorcé. Le mari divorcé dont l'ex-épouse est décédée a droit à une rente de survivant aux mêmes conditions que la femme divorcée dont l'ex-mari est décédé.

Toutefois, par rapport à la veuve mariée, la veuve divorcée est moins bien traitée si elle n'a pas d'enfant ou si le mariage a duré moins de 10 ans et

³⁴³ Toutefois, la rente de survivant n'est limitée ni au montant de l'indemnité octroyée après divorce, ni à la durée de cette dernière, ces limitations ayant été supprimées lors de la 8e révision de la LAVS (LOCHER, Grundriss, 251 n. 7).

³⁴⁴ Art. 24a LAVS.

³⁴⁵ Il n'est pas possible de tenir compte de la durée cumulée de plusieurs mariages (LOCHER, Grundriss, 251 n. 6, citant un arrêt non publié du TFA).

³⁴⁶ On entend par là tant les propres enfants de l'assuré que des enfants adoptés ou recueillis ou même les enfants du survivant qui ne seraient pas les enfants du défunt.

³⁴⁷ Art. 24a al. 2 LAVS.

que le cadet des enfants a atteint 18 ans avant que la veuve divorcée ait atteint 45 ans. Par contre, le veuf divorcé a un avantage sur le veuf marié lorsqu'il n'a pas d'enfant mais que le mariage a duré au moins 10 ans et le divorce a eu lieu après qu'il a atteint 45 ans³⁴⁸ ! Il a droit à une rente de veuf dans une telle hypothèse.

(iii) *Commentaires relatifs aux conditions d'octroi de la rente de survivant*

Sous l'ancien droit, les conditions d'octroi de la rente de veuve reposaient sur l'image d'une veuve ayant assumé un rôle traditionnel et mettaient nettement l'accent sur l'activité éducative et ménagère de la veuve³⁴⁹. La rente de veuve compensait avant tout les effets de l'activité éducative sur la capacité de gain de la femme. Elle ne faisait pas de distinction entre une activité éducative encore fournie par la veuve et une activité éducative qui avait pris fin à partir du moment où les enfants avaient quitté le ménage des parents.

En outre, le critère des enfants dont la veuve s'occupait reposait sur une présomption stéréotypée qui trouvait son origine dans le droit de la famille : la femme qui faisait ménage commun avec des enfants assumait nécessairement une activité éducative. Le législateur n'avait pas envisagé l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le mari pourvoyait à l'éducation des enfants et la femme fournissait la contribution pécuniaire à l'entretien de la famille.

La rente de survivant de l'ancien droit avait également un caractère de prévoyance. En effet, elle était octroyée à la veuve de plus de 45 ans, qui n'avait ni enfant, ni enfant recueilli mais avait été mariée pendant 5 ans au

³⁴⁸ En effet, lorsque les conditions de l'article 24a al. 1 LAVS sont remplies, le veuf divorcé peut avoir droit à une rente même lorsqu'il n'a pas d'enfant (lit. b). Par conséquent, les causes d'extinction de la rente qui sont prévues à l'article 24 al. 2 pour la rente de veuf ne trouvent pas application en l'espèce.

Ce résultat est étonnant et on peut légitimement douter du fait que le législateur ait voulu favoriser le veuf divorcé par rapport au veuf encore marié au moment du décès de son conjoint.

³⁴⁹ Art. 23 al. 1 lit. a, b et c aLAVS.

moins³⁵⁰, compensant ainsi la perte de soutien liée au décès du mari. Le législateur voulait ainsi tenir compte du fait qu'une femme de plus de 45 ans qui avait interrompu son activité lucrative pendant le mariage avait des possibilités très restreintes de réintégrer la vie active. Encore une fois, le législateur basait cette hypothèse sur l'image de la veuve qui assumait un rôle traditionnel dans le mariage. L'exigence d'une durée minimale de 5 ans de mariage avait pour but d'éviter les abus³⁵¹.

Le travail ménager qui n'était pas doublé d'une activité éducative était uniquement pris en considération dans l'hypothèse où ce travail avait porté sur une durée minimale de 5 années. De plus, le travail ménager n'était pris en considération que si la femme avait accompli sa 45e année au moment du décès de son mari. Outre la rigidité et l'iniquité du critère de l'âge minimum donnant droit à la rente³⁵², il était regrettable que le travail ménager effectué pendant une durée inférieure à 5 ans ne fût absolument pas pris en considération. Si les époux étaient mariés et que le mari fournissait une contribution pécuniaire tandis que la femme fournissait une contribution en nature, la mort rompait cet équilibre et devait donner lieu à une compensation à la femme par l'assurance. La mesure de cette compensation pouvait par ailleurs dépendre de la durée des travaux fournis, donc du nombre d'années de mariage. Elle pouvait également varier en fonction de l'âge de l'assurée au moment du décès et donc de ses possibilités de réintégrer le marché du travail³⁵³.

³⁵⁰ Lorsque la veuve a été mariée plusieurs fois, il est tenu compte de la durée totale des différents mariages (art. 23 al. 1 lit. d in fine aLAVS).

³⁵¹ Voir note 284, page 101.

³⁵² Nathalie KOHLER qualifie cette réglementation de trop schématique. Elle donne l'exemple de la veuve qui a son 45e anniversaire juste après le décès de son mari et qui ne reçoit pas de rente, alors que celle qui a son 45e anniversaire juste avant le décès reçoit une rente (KOHLER, 145).

³⁵³ La Commission d'experts de 1946, tout en ayant déjà utilisé le critère rigide de l'âge de l'ayant droit, prévoyait pourtant un système intéressant pour l'octroi de la rente de veuve, car globalement plus souple. Selon que le décès du mari ou la fin des tâches éducatives de la veuve survenaient avant ou après l'accomplissement de la 50e année de l'assurée, la rente était octroyée de façon durable ou temporaire. Lorsque la femme élevait des enfants, la rente lui était octroyée

Par ailleurs, la rente de veuve était (et est toujours) octroyée à l'ayant droit indépendamment de sa situation financière. Ainsi, même lorsque la veuve exerçait une activité lucrative qu'elle n'avait jamais abandonnée pendant le mariage et qui lui permettait largement de subvenir à son entretien, elle recevait une rente de veuve lorsqu'elle remplissait une des conditions alternatives de l'article 23 alinéa 1 aLAVS.

Comme on peut le constater, sous l'ancien droit travail éducatif et travail exclusivement ménager n'étaient pas mis sur pied d'égalité en matière de rente de veuve. Le premier donnait un droit inconditionnel à la rente, tandis que le second n'était pas expressément pris en considération. En effet, c'était à titre de prévoyance que le législateur octroyait une rente de veuve à la femme de plus de 45 ans qui avait été mariée pendant 5 ans.

Concernant la rente de veuve de la femme divorcée, l'aLAVS, en exigeant la preuve d'un soutien économique qui était apporté par l'ex-conjoint décédé, s'en remettait aux critères civils d'attribution d'une indemnité d'entretien, sous la forme d'une rente ou d'un capital, selon l'article 151 CCS ou d'une pension alimentaire/indemnité en capital selon l'article 152 CCS. Ces indemnités et pensions sont malheureusement fonction de la faute des conjoints dans la dissolution du lien conjugal. Le droit du divorce date en effet de 1912. Il a été adopté à une époque où il semblait normal que la femme qui était responsable de la désunion conjugale n'ait pas droit à un entretien du mari après le mariage. Actuellement, les législations européennes et nord-américaines se sont distancées de cette conception de l'entretien après mariage pour se rapprocher de l'idée d'un soutien apporté après le divorce lorsqu'un des conjoints ne peut, du fait du mariage, subvenir par lui-même à son propre entretien.

jusqu'à ce que le cadet des enfants ait atteint 18 ans. Si à ce moment-là elle avait plus de 50 ans, la rente lui était octroyée de façon durable. Par contre si elle avait moins de 50 ans, la rente lui était encore versée pendant 5 ans seulement. Les femmes sans enfant, dont le mari décédait avant l'accomplissement de leur 50^e année, recevaient une rente limitée dans le temps, la durée de la rente étant fixée en fonction de l'âge de la veuve (KOLLER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 150-151, se référant au rapport de la Commission d'experts, 64 ss).

La rente ne devait pas être octroyée sur la base d'une durée minimale du mariage mais sur la base des possibilités concrètes de réintégration de la veuve dans le monde du travail, celles-ci étant fonction de son âge.

Le droit suisse du divorce est en passe d'être révisé. Le projet de révision s'écarte de la notion de faute en tant que critère d'attribution d'une indemnité d'entretien après divorce. Tant que ce droit n'est pas entré en vigueur, et cela ne sera probablement pas avant la fin de ce siècle, une référence de l'AVS aux conditions d'octroi de l'entretien après divorce n'est pas appropriée. Elle repose sur une vision archaïque du divorce et conduit à des résultats choquants.

Avec la 10^e révision de la LAVS disparaît l'inégalité de traitement entre veuf et veuve divorcés. Il s'agit d'une application du principe de l'égalité formelle qui, sans contribuer à améliorer la situation de la femme dans la société, n'y porte cependant pas atteinte. Le versement d'une rente de veuf à l'assuré qui perd le conjoint s'occupant des enfants est une reconnaissance de la valeur de la contribution en services du conjoint au foyer.

Le survivant divorcé n'est malheureusement pas mis sur pied d'égalité avec le survivant qui était encore marié au moment du décès de l'assuré. Le législateur a vraisemblablement voulu effectuer des économies en évitant d'octroyer à des conditions trop larges une rente de survivant au veuf ou à la veuve divorcée.

Comme le fait remarquer KOHLER, l'exigence d'une durée minimale de mariage de 10 ans pour l'octroi d'une rente ordinaire de veuve à la femme divorcée constitue une forte discrimination pour les femmes divorcées par rapport aux femmes mariées³⁵⁴. La situation est particulièrement inéquitable pour les veuf/veuve divorcés qui assument l'autorité parentale sur les enfants et ont été mariés pendant une durée inférieure à 10 ans. En effet, ils assument souvent seuls, dès le moment du divorce, la charge des enfants, et ne reçoivent plus l'indemnité d'entretien éventuellement versée par l'ex-conjoint de son vivant. Ils subissent en outre des désavantages professionnels liés au fait qu'ils doivent assumer l'éducation des enfants. Mais la situation est également inéquitable sous le nouveau droit pour les femmes qui ont été mariées pendant moins de 10 ans, sans avoir d'enfant mais en se consacrant aux tâches ménagères. Elles aussi subissent des désavantages économiques importants (diminution du salaire, perte des possibilités de promotion, de formation continue, moins d'années d'expérience que les personnes travaillant dans le même domaine mais n'ayant

354

KOHLER, 139.

pas interrompu leur activité lucrative, etc.) et perdent l'indemnité d'entretien éventuellement versée par l'ex-conjoint.

L'exigence d'une durée de mariage d'au moins 10 ans apparaît d'autant plus inappropriée lorsqu'on sait que le nombre des divorces ne cesse de croître et qu'ils surviennent dans 54 % des cas après une durée de mariage de moins de 10 ans³⁵⁵.

(b) Le mode de calcul de la rente de survivant

La rente se monte aux 80 % de la rente de vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant³⁵⁶. Actuellement, la rente de veuve complète se monte à Fr. 796 au minimum et à Fr. 1'592 au maximum³⁵⁷.

(i) L'ancien droit

Pour le calcul de la rente de veuve, les revenus du mari servaient de base de calcul ainsi que le nombre d'années de cotisation de celui-ci. Les revenus réalisés par la femme pendant les années de cotisation du mari pouvaient ensuite être ajoutés à ceux du mari³⁵⁸. Par le biais de ce calcul, la veuve mariée avec enfants ou qui avait été mariée pendant plus de 5 ans n'était pas trop désavantagée du fait qu'elle avait assumé une activité non lucrative pendant le mariage. Son travail au foyer n'était pas directement pris en compte mais indemnisé indirectement au travers des bases de cal-

³⁵⁵ L'indicateur conjoncturel de divortialité est de 38 % ce qui signifie que, dans les conditions de divortialité de l'année 1994, 38 % des mariages contractés cette année-là seront dissous par divorce. Par ailleurs, sur 15'634 divorces survenus cette année-là, 8'466 sont intervenus après une durée de mariage de moins de 10 ans, soit 54 % des divorces (Annuaire statistique de la Suisse 1996, 48).

En 1985, sur 11'415 divorces survenus durant l'année, 5'383 étaient des divorces de couples ayant été mariés pendant moins de 10 ans. Cela représente un pourcentage de 47 % (Annuaire statistique de la Suisse 1986, 58).

³⁵⁶ Art. 36 al. 1 aLAVS.

³⁵⁷ LOCHER, 242, ch. 2.1 n. 18.

³⁵⁸ Le calcul est effectué sur la même base que pour la rente pour couple, voir pages 94 ss.

cul propres au mari. La veuve qui avait exercé une activité lucrative et réalisé des revenus pendant les années de cotisation du mari était toutefois ³⁵⁹avantagée par rapport à celle qui s'était occupée de l'éducation des enfants.

Pour l'épouse divorcée qui remplissait les conditions d'octroi de la rente de veuve, la rente était calculée de la même manière, c'est-à-dire sur la base du revenu annuel moyen déterminant pour le calcul de la rente pour couple ³⁶⁰. La rente de veuve était donc calculée sur la base des revenus réalisés par les deux ex-époux jusqu'au moment du décès de l'ex-mari ³⁶¹, divisés par le nombre d'années de cotisation du mari.

(ii) *Le nouveau droit*

La rente de veuve/veuf se calcule différemment dans la nouvelle LAVS, d'une manière qui est plus proche de la perte de soutien effectivement subie. Le calcul se base sur la durée de cotisation et sur le revenu annuel moyen (non *splitté*) de la personne décédée, y compris la totalité des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance attribuables à la personne décédée ³⁶². Dans l'hypothèse où l'assuré est décédé avant d'avoir atteint l'âge de 45 ans, son revenu annuel moyen est inférieur à ce qu'il aurait été s'il avait vécu plus longtemps et bénéficié d'augmentations de salaires ³⁶³. La loi prévoit donc un *supplément de carrière* qui s'ajoute au revenu annuel moyen déterminant pour le calcul de la rente de survivant. Le pourcentage du bonus de carrière est déterminé par le Conseil

³⁵⁹ KOHLER, 147.

³⁶⁰ Art. 23 aLAVS; VALTERIO, 140.

³⁶¹ Art. 33 al. 1 aLAVS.

³⁶² Art. 33 al. 1 LAVS; BERGER, 10e révision, 229.

³⁶³ A noter que la situation économique actuelle ne nous permet plus de penser que le salaire augmentera au cours des années nécessairement et dans tous les cas.

fédéral en fonction de l'âge de l'assuré au moment du décès³⁶⁴. Le montant de la rente maximale ne peut toutefois pas être dépassé.

Comme dans l'ancien droit, rente de veuve/veuf du conjoint marié et rente de veuve/veuf du conjoint divorcé se calculent selon les mêmes principes.

(c) L'allocation unique

(i) L'ancien droit

Lorsque la veuve ne remplissait pas les conditions d'octroi de la rente de veuve, le législateur avait prévu de lui octroyer une allocation unique dont le montant variait en fonction du nombre d'années de mariage et de l'âge de la bénéficiaire mais ne pouvait pas dépasser le montant total qui pouvait être attribué sous forme de rente de veuve jusqu'à l'ouverture du droit à la rente de vieillesse simple³⁶⁵.

L'allocation unique variait entre le double et le quintuple du montant annuel de la rente de veuve, en fonction de la durée du mariage et de l'âge de l'assurée. Le législateur, en n'accordant qu'une allocation unique à ces veuves, était parti de l'idée qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles qu'elles pourvoient à leur propre entretien comme une femme célibataire³⁶⁶.

(ii) Le nouveau droit

Dans la LAVS actuelle, l'allocation unique a été supprimée³⁶⁷. La différence de traitement entre la veuve et la veuve divorcée, qui n'avait pas droit à l'allocation unique, a donc aujourd'hui disparu.

³⁶⁴ Art. 33 al. 3 LAVS et 54 RAVS. Le pourcentage varie entre 5 % (assuré avait entre 39 et 45 ans) et 100 % (assuré décédé avait moins de 23 ans). Lorsque l'assuré avait plus de 45 ans au moment du décès, il n'y a plus de bonus de carrière.

³⁶⁵ Art. 24 et 36 a LAVS.

³⁶⁶ MAURER, 93.

³⁶⁷ BERGER, 10e révision, 230.

c) Les rentes extraordinaires

(1) Les conditions d'octroi

(a) L'ancien droit

Les assurés qui ne remplissaient pas les conditions de la rente ordinaire ou qui avaient droit à une rente ordinaire d'un montant inférieur à la rente extraordinaire³⁶⁸ pouvaient recevoir cette dernière, si leur situation financière ne dépassait pas les limites de fortune et de revenus fixées par la loi³⁶⁹ et s'ils étaient domiciliés en Suisse. Les 2/3 de leurs revenus ajoutés à une part équitable de leur fortune ne devaient pas dépasser un montant maximal fixé à Fr. 14'800³⁷⁰ par année pour les bénéficiaires d'une rente de vieillesse simple ou d'une rente de veuve. La rente extraordinaire était souvent sollicitée par les femmes dont le mari n'était pas à la retraite et par les femmes divorcées. Cette rente était versée tant et aussi longtemps que les conjoints n'avaient pas droit à la rente pour couple.

Pour la rente extraordinaire de la femme mariée, le calcul de la limite maximale de revenus et fortune était effectué de la façon suivante : on prenait les 2/3 du revenu annuel des deux conjoints, y compris le revenu du conjoint ayant une activité lucrative, auquel on ajoutait le quinzième de la fortune des deux conjoints³⁷¹ qui excédait le montant de

³⁶⁸ Notamment dans l'hypothèse d'une rente ordinaire partielle qui est un pourcentage de la rente complète. En effet, la rente partielle peut être très basse, les pourcentages pouvant descendre jusqu'à 2,27 % de la rente complète !

³⁶⁹ Pour une veuve, le revenu annuel et le patrimoine de celle-ci (partiellement pris en considération) ne devaient pas dépasser le montant de Fr. 14'800 (art. 42 al. 1 aLAVS et art. 3 de l'Ordonnance 95 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI, du 26 septembre 1994, RS 831.105).

³⁷⁰ Art. 3 lit. a de l'Ordonnance 95 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI du 26 septembre 1994.

³⁷¹ Art. 62 al. 1 aRAVS.

Fr. 40'000³⁷². Le conjoint au foyer se voyait donc refuser une rente extraordinaire chaque fois que l'autre conjoint gagnait plus de Fr. 22'200 par année ou qu'il avait une fortune de plus de Fr. 222'000 ou que la combinaison des deux donnait un montant annuel de Fr. 14'800.

La femme au foyer mariée bénéficiait toutefois d'un régime spécial lorsque le mari comptait le même nombre d'années de cotisation que sa classe d'âge. Dans cette hypothèse, et si elle n'avait pas droit à une rente ordinaire ou si sa rente ordinaire était inférieure au montant de la rente extraordinaire, elle pouvait prétendre à une rente extraordinaire indépendamment du montant de ses revenus et de sa fortune³⁷³.

Pour la femme divorcée, on tenait compte de ses propres revenus (y compris d'éventuelles indemnités après divorce ou pension alimentaire qu'elle aurait reçues) ainsi que de sa propre fortune (y compris les montants qu'elle aurait reçus dans la liquidation du régime matrimonial). Comme la femme mariée, elle bénéficiait d'un régime d'exception, mais à des conditions plus strictes. En effet, seule la femme qui avait divorcé après l'accomplissement de sa 61^e année et comptait un nombre d'années d'assurance équivalent à celui des membres de la même classe d'âge, mais n'avait pas versé de cotisation pendant une année entière au moins³⁷⁴, parce qu'elle n'exerçait pas d'activité lucrative, bénéficiait du droit à une rente extraordinaire indépendamment du montant des revenus et de la fortune³⁷⁵.

On peut cependant imaginer que la majorité des femmes divorcées qui demandaient une rente extraordinaire (car le montant de leur rente ordinaire reflétait les gains limités qu'elles avaient réalisés durant la période de l'éducation des enfants ou du fait de l'interruption de la carrière) ne bénéficiaient pas de ces exceptions à la limite maximale en matière de revenus et de fortune, car elles avaient moins de 61 ans au moment du divorce !

³⁷² Art. 60 al. 1 lit. b aRAVS.

³⁷³ Art. 42 al. 2 lit. b aLAVS.

³⁷⁴ Art. 3 al. 2 lit. b et c aLAVS.

³⁷⁵ Art. 42 alinéa 2 lit. d aLAVS.

Comme on peut le constater, pour l'octroi d'une rente extraordinaire, le conjoint au foyer dépendait très largement de la situation financière de l'autre conjoint et de la situation AVS de celui-ci (nombre d'années de cotisation). Les conditions très restrictives de revenus et de fortune posées par le législateur laissent à penser que la plupart des conjoints au foyer qui étaient mariés à un conjoint qui n'avait pas le même nombre d'années de cotisation que les membres de sa classe d'âge n'avaient pas droit à la rente extraordinaire. Cela signifie que ces conjoints dépendaient exclusivement des revenus à disposition de leur conjoint, même lorsqu'ils avaient atteint l'âge de la retraite. Il n'y avait ainsi pas véritablement de retraite pour ces assurés tant que le conjoint ne recevait pas lui-même une rente de l'AVS.

Du point de vue des assurances sociales, il pouvait donc être moins avantageux pour une femme d'épouser un homme plus jeune qu'elle, ou même d'épouser un homme qui avait moins de trois ans de plus qu'elle³⁷⁶, que d'épouser un homme plus âgé qu'elle ! Une telle situation ne survenait pourtant jamais lorsque la femme était mariée à un homme d'au moins 3 ans plus âgé qu'elle. Le législateur avait, au contraire, spécifiquement tenu compte de cette hypothèse et octroyé une rente complémentaire au mari à la retraite, afin de lui permettre de subvenir à l'entretien de sa femme qui n'était pas encore à la retraite !

(b) Le nouveau droit

La rente extraordinaire a été reformulée de façon à ne plus faire de différence entre les femmes mariées et les femmes divorcées. La limite maximale pour les revenus et la fortune a également été supprimée. Désormais, la rente extraordinaire soumise à une limite de revenu est remplacée par le droit à une prestation complémentaire³⁷⁷.

Les assurés qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse peuvent prétendre à une rente extraordinaire lorsqu'ils ont le même nom-

³⁷⁶ Selon l'ancienne LAVS, l'âge différent de la retraite pour l'homme et pour la femme permettait à une femme qui épousait un homme du même âge qu'elle, ou de moins de trois ans plus âgé, d'atteindre l'âge de la retraite avant lui.

³⁷⁷ Message du Conseil fédéral concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss (99).

bre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge mais ne peuvent prétendre à une rente ordinaire car ils n'ont pas été soumis à l'obligation de cotiser pendant une année entière au moins³⁷⁸.

Cette nouvelle formulation vise notamment les femmes au foyer mariées ainsi que les veuves qui, sous l'ancien droit, étaient libérées de l'obligation de cotiser et n'avaient donc pas droit à la rente ordinaire lorsqu'elles n'avaient pas à leur actif une durée de cotisation d'au moins une année entière³⁷⁹. Ces cas devraient probablement demeurer assez rares étant donné que l'obligation de cotiser commence pour les personnes exerçant une activité lucrative déjà dès le début de la 18e année³⁸⁰ et pour celles n'exerçant pas une telle activité dès le début de la 21e année³⁸¹.

Dans le nouveau droit, les assurés qui remplissent la condition d'une année entière au moins de cotisation, mais n'ont pas le même nombre d'années de cotisation que leur classe d'âge, reçoivent une rente partielle. Ils n'ont plus la possibilité de demander une rente extraordinaire lorsque cette rente partielle est inférieure au minimum de la rente complète correspondant à leur RAM, comme c'était le cas sous l'ancien droit³⁸². Par contre, ils peuvent obtenir des prestations complémentaires³⁸³.

Avec l'introduction, dans le nouveau droit, de l'obligation pour la femme mariée de cotiser - les cotisations étant réputées versées lorsque celles du mari équivalent au moins au double de la cotisation minimale - et de l'obligation pour la veuve de cotiser, l'utilité de la rente extraordinaire telle que formulée dans le nouveau droit va peu à peu disparaître.

³⁷⁸ Art. 42 LAVS.

³⁷⁹ Art. 3 al. 2 lit. b et c LAVS.

³⁸⁰ Art. 3 al. 2 lit. a LAVS.

³⁸¹ Art. 3 al. 1 a LAVS et 3 al. 1 LAVS.

³⁸² Voir note 368 page 129.

³⁸³ Message du Conseil fédéral concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss (99).

(2) Le mode de calcul de la rente extraordinaire

Dans l'ancien droit³⁸⁴ comme dans le nouveau droit³⁸⁵, la rente extraordinaire équivalait au montant minimal de la rente ordinaire complète. Toutefois, sous l'ancien droit, la rente extraordinaire était plafonnée : la rente annuelle, ajoutée aux 2/3 des revenus déterminants et à la part de fortune équitable à prendre en considération, ne pouvait dépasser la limite du revenu déterminant. Cette restriction a disparu dans le nouveau droit.

4. LE CONJOINT AU FOYER DANS LA LAVS D'AVANT LA 10^E REVISION

La situation AVS de la femme mariée était liée aux conditions AVS de son mari. Sauf quelques cas spécifiques, la rente de vieillesse de la femme mariée, dont le conjoint était également à la retraite, dépendait du nombre d'années de cotisation du mari et du montant de ses cotisations, auxquelles s'ajoutaient les revenus de la femme réalisés pendant les années de cotisation du mari³⁸⁶. Elle n'avait pas droit à une rente propre, calculée sur la base de son travail rémunéré ou non. A la différence de la femme divorcée, la femme mariée avait cependant l'avantage de bénéficier des cotisations du mari pour le calcul de la rente vieillesse de couple.

Même s'il faut regretter que la femme mariée n'ait pas eu un droit propre à une rente de vieillesse, on doit tout de même constater que le système AVS tenait compte des intérêts de la femme mariée qui se conformait au modèle traditionnel. C'était surtout la femme divorcée qui était préférentielle.

Pour la femme mariée, la prospérité conjugale des époux était partagée par moitié entre eux dans le calcul de la rente de vieillesse. Le travail domestique de la femme qui se conformait au modèle traditionnel était ainsi compensé de manière forfaitaire. La loi lui accordait une rente

³⁸⁴ Art. 43 al. 1 et 2 aLAVS.

³⁸⁵ Art. 43 al. 1 LAVS, l'alinéa 2 ayant été abrogé.

³⁸⁶ Ce cumul des revenus trouvait ses limites à l'article 35 aLAVS qui précisait que la rente vieillesse de couple ne pouvait dépasser les 150% de la rente vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant.

équivalant à la moitié de la rente versée au mari (moitié de la rente pour couple). C'était une manière de considérer comme équivalente la contribution du mari et celle de la femme au foyer. A partir de 55 ans, son mari recevait une rente complémentaire qui lui permettait d'assurer l'entretien de la ménagère.

En ce qui concerne la veuve, l'ancienne AVS compensait avant tout la perte du droit à l'entretien et pas directement la valeur de l'activité ménagère ou éducative. L'activité éducative était cependant indirectement prise en compte dans la mesure où elle jouait le rôle de critère d'attribution de la rente de veuve. La femme mariée ayant des enfants était protégée avant tout. Ce modèle partait du principe que le travail éducatif avait une valeur sociale dont il fallait tenir compte au moment du décès du soutien de famille. Par contre, pour la veuve sans enfant, la rente avait plutôt un caractère d'assistance. Elle était uniquement octroyée à la veuve qui avait été mariée pendant au moins 5 ans et qui avait plus de 45 ans au moment du décès.

Les femmes les plus désavantagées étaient celles qui ne se conformaient pas au modèle typique AVS, c'est-à-dire celles qui divorçaient, celles qui étaient mariées à un homme plus jeune ou leur aîné de moins de trois ans ou qui avaient des conditions AVS plus avantageuses que celles de leur mari (une durée de cotisation plus importante et/ou un revenu annuel plus important lorsque le revenu du mari était inférieur au revenu maximal, c'est-à-dire inférieur à Fr. 69'840³⁸⁷).

La femme divorcée qui s'était conformée au modèle traditionnel pendant le mariage puis avait interrompu ce mode de vie au moment du divorce ne trouvait en principe aucune compensation, directe ou indirecte, de son travail domestique dans le calcul de la rente de vieillesse, à deux exceptions près : lorsque son ex-mari était décédé et lorsqu'elle avait plus de 45 ans et avait été mariée pendant plus de 5 ans, la rente étant alors calculée sur la base du RAM déterminant pour la rente pour couple. Dans

³⁸⁷

Ce montant est obtenu en multipliant le montant de la rente maximale (Fr. 1'940), déduction faite du montant fixe (4/5 du montant minimal de la rente : 4/5 de Fr. 970 = Fr. 776), par 60 (le revenu annuel moyen déterminant faisant varier la rente étant pris en compte à raison d'1/60 dans le montant de la rente complète, conformément à l'article 34 al. 1 lit. b aLAVS). Cela donne un revenu annuel maximal de Fr. 69'840.

ces cas, une indemnisation forfaitaire était effectuée. Ce système reposait sur l'idée que l'on pouvait raisonnablement attendre de la femme de moins de 45 ans qu'elle pourvoie à son propre entretien. Il ne tenait pas compte des désavantages professionnels liés à l'interruption ou à la réduction de l'activité lucrative pendant le mariage.

La veuve divorcée recevait une rente qui se limitait à la compensation de l'entretien perdu du fait du décès. En effet, la loi exigeait une durée de mariage de 10 ans et une obligation d'entretien du mari après mariage. L'activité ménagère et éducative trouvait donc une compensation dans la mesure où le juge civil avait constaté que cela avait causé un dommage à la femme et pour autant que les conditions de faute et d'innocence soient remplies. Ce modèle mettait la femme divorcée sur pied d'égalité avec la femme mariée, mais uniquement lorsqu'on avait la preuve que l'ex-mari avait l'obligation de soutenir financièrement son ex-femme. La durée de 10 ans de mariage était un critère qui discriminait la femme divorcée par rapport à la femme mariée³⁸⁸.

Dans les autres cas, la veuve recevait une allocation unique dont le montant variait entre le double et le quintuple de la rente de veuve, en fonction de l'âge de la veuve et des années de mariage. La veuve divorcée ne pouvait pas bénéficier de cette allocation. Elle était donc désavantagée par rapport à la femme mariée.

Ce système laissait de côté les femmes divorcées qui ne remplissaient pas les conditions leur permettant d'obtenir un statut équivalent à celui de la veuve, c'est-à-dire qui avaient été mariées pendant moins de 10 ans ou dont le mari n'avait pas été condamné à verser une pension alimentaire après le divorce. Le fait qu'elles aient eu des enfants à charge ne leur donnait pas droit à une rente de veuve.

5. LE CONJOINT AU FOYER DANS LE NOUVEAU DROIT

La LAVS révisée a sensiblement amélioré la position de la femme et en particulier celle de la femme divorcée. En effet, le *splitting* permet désormais un partage par moitié de la prospérité conjugale qui s'est accumulée sous forme de cotisations AVS.

388

KOHLER, 139.

La situation du conjoint au foyer qui s'occupe de l'éducation des enfants s'est également nettement améliorée. En effet, les bonifications éducatives, partagées entre les deux conjoints, viennent compenser le déficit en revenus que représente l'interruption de l'activité lucrative. Combinées au *splitting* des revenus soumis à cotisation, elles indemnisent équitablement le conjoint au foyer.

Par contre, le conjoint au foyer qui assume une activité domestique purement ménagère, qui ne permettrait d'obtenir ni une bonification pour soins, ni une bonification pour tâches éducatives, peut, par rapport à sa situation sous l'ancien droit, être désavantagé par le système du *splitting* des revenus soumis à cotisation. En effet, cela va contribuer à diminuer son RAM, sans qu'aucune bonification ne soit octroyée en compensation. Le désavantage est d'ailleurs le même pour le conjoint qui exerce l'activité lucrative. Lui aussi souffrira d'un *splitting* de ses revenus soumis à cotisation qui ne sera compensé ni par les éventuelles cotisations du conjoint au foyer (lorsque les cotisations de l'autre conjoint n'équivalent pas au double de la cotisation minimale), ni par des bonifications pour tâches éducatives ou pour soins. Les conjoints ayant un revenu assez bas ne devraient toutefois pas trop en souffrir car la nouvelle formule de calcul des rentes leur octroie un certain avantage. Les conjoints ayant un revenu suffisamment élevé pour que les effets du *splitting* des cotisations soient neutralisés (revenus suffisamment élevés pour que tous les deux puissent obtenir la rente maximale) n'en subiront pas non plus les désavantages³⁸⁹.

Le conjoint divorcé ayant assumé une activité domestique éducative pendant le mariage et après le divorce, continue lui aussi d'être un peu désavantagé. En effet, après la fin de la période éducative durant laquelle il reçoit des bonifications éducatives, ses cotisations refléteront le salaire qu'il réalise à ce moment, salaire vraisemblablement affecté par l'interruption de l'activité lucrative.

En conclusion, la 10^e révision a permis à la LAVS de faire un grand bond en avant dans la réalisation de l'égalité entre homme et femme. On constate que le législateur a surtout voulu tenir compte de l'activité non rémunérée déployée par les conjoints, mais uniquement dans la mesure où elle est socialement utile : il a donc limité les compensations apportées aux

389

Ce sont donc les assurés dont les revenus sont moyens (ni très bas, ni très hauts) qui subiront les conséquences d'un mode traditionnel de partage des tâches.

cas où une activité éducative est exercée ou des soins sont fournis aux proches parents. Les désavantages causés par le modèle traditionnel de répartition des tâches en dehors de ces hypothèses sont donc laissés à la charge des individus. Ce dommage reste privé, tandis que pour les activités socialement utiles, la collectivité prend en charge les conséquences qui en découlent en matière d'AVS.

6. COMMENTAIRES GENERAUX

a) La LAVS révisée au regard du principe de l'égalité entre homme et femme

Le postulat de l'égalité des chances, tel qu'il résulte de l'article 4 alinéa 2 phrase 2 de la Constitution fédérale, demande que le législateur supprime les barrières sociales qui frapperaient un sexe plutôt que l'autre. Il est donc nécessaire que le législateur prenne le plus rapidement possible des mesures qui apportent une solution équitable à des situations qui désavantagent un groupe en particulier, en l'espèce les femmes.

Le législateur doit non seulement tenir compte des conséquences des lois qu'il adopte mais également réévaluer les conséquences des dispositions légales existantes. Lorsqu'une disposition, conforme à l'égalité dans sa formulation, frappe plus durement un sexe que l'autre, il est du devoir du législateur d'y remédier, conformément au mandat que le constituant lui a donné³⁹⁰.

Dans le domaine des assurances sociales, il est urgent que le législateur modifie des dispositions légales qui discriminent les femmes qui assument des tâches ménagères ou éducatives et qu'il adopte des mesures dont le résultat est équitable.

Dans la 10e révision de l'AVS, les Chambres fédérales ont utilisé un doux mélange de moyens d'égalité formelle et de moyens d'égalité matérielle.

³⁹⁰ Voir ci-dessous titre VII. B., page 338.

(I) Les mesures visant à réaliser l'égalité de traitement entre homme et femme

Dans l'aLAVS la femme bénéficiait d'un traitement spécifique dans plusieurs domaines. Le Parlement a en grande partie rétabli l'égalité soit par le biais d'une extension à l'homme du traitement spécifiquement réservé jusqu'alors à la femme, soit par la suppression de la position avantagée de la femme. Ainsi la LAVS issue de la 10e révision prévoit une rente de survivant pour l'homme marié et pour l'homme divorcé³⁹¹ et supprime la rente complémentaire accordée à l'homme bénéficiaire d'une rente vieillesse lorsque son épouse a 55 ans ou plus³⁹². En matière de rente de survivant, subsiste tout de même un traitement privilégié de la femme par rapport à l'homme.

L'introduction du *splitting* des revenus réalisés par les époux pendant le mariage a permis d'octroyer à chacun des époux un droit propre à la rente de vieillesse. Il a également permis aux époux de divorcer sans que le conjoint au foyer ne subisse d'importants désavantages en matière de prévoyance AVS, car le divorce permet d'effectuer la répartition entre les époux des revenus accumulés par les deux conjoints durant le mariage³⁹³.

391

Art. 23 et 24a LAVS. Il faut remarquer que la LAVS issue de la 10e révision crée une inégalité de traitement entre veuf encore marié et veuve encore mariée. En effet, la rente de la veuve ne s'éteint pas lorsque le dernier des enfants atteint l'âge de 18 ans, contrairement à la rente de veuf (art. 24 LAVS).

De plus, la LAVS a créé une inégalité de traitement entre veuf divorcé et veuf qui était encore marié. En effet, les conditions d'octroi de la rente de survivant sont identiques pour le veuf divorcé et pour la veuve divorcée (art. 24a LAVS). Par contre, le veuf encore marié au moment du décès n'est pas mis sur pied d'égalité avec la veuve encore mariée. Contrairement au veuf, une veuve sans enfant peut tout de même bénéficier d'une rente de survivant si elle a atteint 45 ans révolus et a été mariée pendant plus de 5 ans au moins.

392

Art. 22 aLAVS abrogé. A noter que la rente complémentaire AI subsiste (art. 22 bis LAVS).

393

Ce partage introduit néanmoins une diminution du montant total des revenus de l'activité lucrative pour celui qui a réalisé les revenus les plus élevés pendant le mariage. Cela a donc pour conséquence une diminution des revenus sur la base desquels la rente est calculée, sauf dans deux hypothèses :

La bonification pour tâches éducatives a été formulée de façon neutre, ce qui permet à un père qui a l'autorité parentale sur ses enfants de bénéficier du bonus éducatif. En outre, pendant le mariage, cette bonification est attribuée pour moitié au père et pour moitié à la mère.

(2) *Les mesures visant à réaliser une égalité matérielle entre homme et femme*

La LAVS révisée a introduit des dispositions visant à tenir compte d'une situation qui touche plus particulièrement un groupe que l'autre, en l'occurrence les femmes.

Elle prévoit un mode de calcul des rentes de vieillesse favorisant les bas revenus, donc en particulier les femmes qui ont interrompu leur activité lucrative pour se consacrer à l'éducation des enfants ou à l'entretien du ménage des époux³⁹⁴. Elle introduit des bonifications pour tâches éducatives³⁹⁵ ou pour tâches d'assistance qui permettent aux couples mariés de compenser les effets du *splitting*³⁹⁶. La bonification profite également aux personnes divorcées auxquelles l'autorité parentale sur les enfants après le divorce a été confiée ou qui assument des tâches d'assistance et doivent par conséquent interrompre ou réduire leur activité professionnelle. Elle vient donc compenser - totalement ou en partie - la diminution des reve-

a. les revenus annuels sont équivalents au double du montant annuel donnant droit à la rente maximale;

b. les revenus annuels pendant le mariage sont inférieurs au montant annuel donnant droit à la rente minimale, et un partage de ces montants donnera toujours droit à la rente minimale.

³⁹⁴ Art. 34 LAVS.

³⁹⁵ Art. 29 sexies LAVS.

³⁹⁶ Art. 29 septies LAVS aux termes duquel les bonifications sont attribuées aux "assurés qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ainsi que des frères et soeurs au bénéfice d'une allocation de l'AVS ou de l'AI pour impotent de degré moyen au moins et avec lesquels ils font ménage commun". Les conjoints, beaux-parents et enfants d'un autre lit sont assimilés aux parents.

nus du parent assumant l'éducation des enfants après le divorce pendant les années consacrées à cette éducation.

b) Des améliorations pour le conjoint assumant un travail domestique ?

Que peut-on conclure de ces modifications de l'AVS pour les personnes assumant un travail ménager et/ou éducatif ? Nous comparerons ici la situation du conjoint marié et du conjoint divorcé, en matière de rente de vieillesse et de rente de survivant.

En ce qui concerne le **conjoint marié**, on peut faire les constatations suivantes. Le conjoint marié qui interrompt ou réduit son activité professionnelle pour s'occuper des enfants bénéficie, en compensation, d'une moitié des bonifications pour tâches éducatives. Avec le système du *splitting*, il bénéficie d'une moitié des cotisations versées par son conjoint durant le mariage et une moitié de ses propres cotisations sera mise au bénéfice de l'autre conjoint (elle sera très probablement inférieure aux cotisations du conjoint exerçant une activité lucrative).

Pour les conjoints qui sont les deux à la retraite, le *splitting* des revenus peut aboutir, pour des raisons qui sont liées à la formule de calcul des rentes, à deux rentes simples dont la somme serait inférieure à la rente pour couple de l'ancien droit. Cependant, le RAM des conjoints, après *splitting* des revenus, sera augmenté du montant des bonifications éducatives ou d'assistance auxquelles ils ont droit. En outre, la nouvelle formule de calcul des rentes favorise les bas revenus et devrait donc compenser la diminution du RAM pour les conjoints ayant de bas revenus. De plus, la limite maximale du montant des deux rentes de vieillesse pour un couple³⁹⁷ est nettement plus avantageuse que la limite maximale de la rente de couple sous l'ancien droit³⁹⁸.

³⁹⁷ Art. 35 al. 1 LAVS : "La somme des deux rentes pour un couple s'élève au plus à 150 pour cent du montant maximum de la rente de vieillesse ...". A noter que lorsque les époux ne vivent plus ensemble par suite d'une décision judiciaire, ils ont droit à recevoir deux rentes simples de vieillesse pleines et entières (alinéa 2).

³⁹⁸ Art. 35 aLAVS : "La rente de vieillesse pour couple s'élève à 150 pour cent de la rente de vieillesse simple correspondant au revenu annuel moyen déterminant".

Si le conjoint au foyer atteint le premier l'âge de la retraite, les règles de calcul sont les mêmes sous l'ancienne et sous la nouvelle LAVS, sous réserve de l'introduction des bonifications pour tâches éducatives et tâches d'assistance. Cependant, la nouvelle formule de calcul permet d'obtenir une rente maximale avec un revenu annuel moyen inférieur, ce qui est un avantage pour le conjoint au foyer. Il ne bénéficiera par contre plus de la rente complémentaire AVS, telle qu'elle figure dans le droit de l'aLAVS.

En cas de lacunes dans la durée de cotisation d'un assuré marié dont le conjoint bénéficie également d'une rente vieillesse, une formule de calcul détermine de manière forfaitaire le pourcentage de réduction du montant maximum des deux rentes³⁹⁹.

Globalement, la nouvelle AVS favorise l'égalité formelle dans la mesure où, lorsque les deux conjoints sont à la retraite, la rente de la femme n'est plus calculée sur la base de circonstances propres au mari, mais sur la base de ses propres circonstances déterminantes. En outre, l'activité éducative et d'assistance est spécifiquement revalorisée, ce qui est également un progrès pour les femmes. Le partage des revenus accumulés par les deux conjoints pendant le mariage est en outre conforme à l'idée de *partnership* des époux, indépendamment de la forme de la contribution de chacun à l'entretien de la famille. Le *splitting*, qui contribue à diviser par deux les revenus et donc à désavantager les couples avec un seul revenu ou des revenus modestes, est compensé par un mode de calcul plus favorable qui favorise les bas revenus et par les éventuelles bonifications éducatives ou de soins aux proches. Par ailleurs, la nouvelle réglementation a l'avantage de ne pas faire de différence de traitement entre l'homme au foyer et la femme au foyer, ce qui n'était pas le cas de l'aLAVS.

En ce qui concerne le conjoint divorcé, on peut faire les remarques suivantes. Le conjoint divorcé qui assume l'autorité parentale sur les enfants après le divorce a le bénéfice de l'entier des bonifications éducatives versées après le divorce et reçoit, pour la période de mariage, la moitié des

399

Art. 53 bis RAVS.

bonifications éducatives⁴⁰⁰. Dans le cadre du *splitting* effectué au moment du divorce, les revenus que les époux ont réalisés pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun des époux⁴⁰¹. L'amélioration de la formule de calcul des rentes permettra au conjoint divorcé s'occupant des enfants d'atteindre plus facilement une rente maximale en exerçant une activité à temps partiel après le divorce. Cette amélioration touche un grand nombre de femmes.

Comme pour le conjoint marié, le *splitting* des revenus réalisés pendant le mariage, l'amélioration de la formule de calcul des rentes et les bonifications éducatives renforcent nettement la situation du conjoint qui restreint son activité lucrative pour s'occuper de l'éducation des enfants. La nouvelle formule de calcul des rentes, doublée du système du bonus éducatif, évite que le conjoint qui a l'autorité parentale et la garde des enfants après le mariage ne subisse trop de désavantages dans le domaine de l'AVS. C'est également un progrès que l'homme au foyer divorcé soit mis sur pied d'égalité avec la femme au foyer divorcée, car cela n'était pas le cas sous l'ancien droit.

La femme divorcée, ayant accompli sa 55e année au moment du divorce et ayant pourvu de façon prépondérante à l'entretien des enfants qui lui ont été attribués, ne peut désormais plus exiger le versement d'une rente complémentaire AVS. La rente complémentaire AI est toutefois maintenue⁴⁰².

⁴⁰⁰ Cela vaut également pour le parent qui avait la garde des enfants mais pas l'autorité parentale (art. 52e RAVS). A noter qu'avec l'entrée en vigueur de la nouvelle LAVS a disparu la possibilité d'obtenir des bonifications éducatives pour des enfants recueillis, comme c'était prévu dans l'arrêté du 19 juin 1992 (art. 2 al. 2 in fine de l'arrêté et art. 53 ter al. 1 aRAVS). La suppression de l'octroi des bonifications éducatives en cas de remariage a par chance également disparu (art. 53 ter al. 3 aRAVS). En effet, l'activité éducative de la femme divorcée ne disparaît pas au moment de son remariage !

⁴⁰¹ Art. 29 quinquies al. 3 LAVS.

⁴⁰² Art. 22 bis aLAVS et art. 22 bis LAVS.

C. La loi sur l'assurance-invalidité (LAI)

1. DEVELOPPEMENT

Pour couvrir les risques résultant de l'invalidité, la LAI⁴⁰³ offre des prestations en nature, sous forme de mesures de réadaptation assorties éventuellement d'indemnités journalières, et des prestations en espèces, sous forme de rentes mensuelles et d'allocations pour impotents⁴⁰⁴. Sont assurées à titre obligatoire toutes les personnes physiques qui sont assurées à titre obligatoire ou à titre facultatif à la LAVS⁴⁰⁵. Ce sont surtout les rentes complémentaires et les rentes d'invalidité qui retiendront notre attention.

L'invalidité dans la LAI est la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident⁴⁰⁶. Pour les assurés qui n'exercent pas d'activité lucrative, comme le conjoint au foyer par exemple, il y a invalidité lorsque l'atteinte à la santé les empêche d'accomplir leurs travaux habituels⁴⁰⁷.

Malgré l'entrée en vigueur d'une nouvelle directive sur l'assurance-invalidité, le 1er janvier 1993, qui améliore l'appréciation du degré d'invalidité d'un assuré effectuant des tâches domestiques⁴⁰⁸, l'activité au foyer contribue toujours à réduire le degré d'invalidité de l'assuré qui exerce également une activité lucrative à temps partiel. En effet, l'atteinte subie dans

⁴⁰³ RS 831.20.

⁴⁰⁴ MAHON, Institutions, 54.

⁴⁰⁵ Art. 1 LAI ; Duc, 141-142 et 147.

⁴⁰⁶ Art. 4 al. 1 LAI.

⁴⁰⁷ Art. 5 al. 1 LAI. Pour l'évaluation de l'invalidité, voir art. 27 RAI pour les assurés sans activité lucrative et 27bis RAI pour les assurés exerçant à la fois une activité lucrative, à temps partiel, et une activité non lucrative.

⁴⁰⁸ AESCHBACHER ET AL., 593.

l'exercice de l'activité domestique est en règle générale moins importante que celle subie dans l'activité lucrative⁴⁰⁹ et désavantage l'assuré dans l'appréciation du taux global de son invalidité.

Le type de rentes octroyées est identique dans la LAI et dans la LAVS : les rentes sont ordinaires ou extraordinaires, simples ou de couple ; il y a des rentes complémentaires pour l'épouse et pour les enfants. Les rentes de l'AI sont calculées selon les mêmes principes que les rentes de l'AVS et leur montant correspond à celles-ci⁴¹⁰.

Lors de la 10e révision de la LAVS, la rente complémentaire de la LAI a également été modifiée⁴¹¹. Sous l'ancien droit, seul le mari recevant une rente AI pouvait obtenir une rente complémentaire pour son épouse lorsque celle-ci ne recevait pas déjà une rente AVS ou AI⁴¹². Aucune autre condition n'était posée pour obtenir la rente complémentaire, sous réserve des conditions liées à l'âge.

Avec le nouveau droit, homme et femme sont mis sur pied d'égalité : tous les deux peuvent prétendre à obtenir une rente complémentaire⁴¹³. Toutefois, seul le conjoint assuré à la LAI qui exerçait une activité lucrative immédiatement avant la survenance de l'incapacité de travail peut obtenir une telle rente. Le conjoint au foyer qui devient invalide n'y a pas droit.

De plus, pour prétendre à une rente complémentaire, il faut que l'assuré puisse justifier d'une année entière au moins de cotisation. Le conjoint au

⁴⁰⁹ AESCHBACHER ET AL., 593. A noter que le degré d'invalidité pris en considération par l'assurance-accidents et la prévoyance professionnelle est dans une telle hypothèse en règle générale plus élevé, car la LAA et la LPP prennent uniquement en considération l'atteinte à la capacité de réaliser un revenu (AESCHBACHER ET AL., 154 et 220 note 155).

⁴¹⁰ MAHON, Institutions, 57.

⁴¹¹ Voir art. 34 LAI in FF 1994 III 1784 ss (1812). Pour les conditions auxquelles la rente complémentaire était octroyée dans la LAVS avant la 10e révision, voir ci-dessus page 117.

⁴¹² Art. 34 al. 1 a LAI.

⁴¹³ Art. 34 al. 1 LAI.

foyer qui n'aurait jamais cotisé à l'AI n'y a donc pas droit. Comme déjà remarqué, ce problème deviendra progressivement moins grave, dans la mesure où, avec le nouveau droit, la femme au foyer cotise à l'AI. En outre, le modèle traditionnel du couple dont le conjoint au foyer n'a jamais exercé d'activité lucrative devient rare, les couples se mariant de plus en plus tard.

Le nouveau droit a également étendu le droit à la rente complémentaire au mari divorcé dans la mesure où il s'occupe d'une manière prépondérante des enfants qui lui ont été attribués⁴¹⁴ et s'il n'a lui-même pas droit à une rente AVS ou AI⁴¹⁵. A noter que le conjoint qui aurait pu dès l'âge de 55 ans avoir droit à une rente complémentaire en cas d'invalidité de l'autre conjoint perd une expectative de rente complémentaire AI lorsqu'il s'occupe de manière prépondérante de l'entretien des enfants après le divorce, mais que cette activité prendra fin avant la naissance d'une rente AVS ou AI pour lui-même. En effet, dès la fin de l'activité éducative exercée de manière prépondérante, le conjoint divorcé n'aura plus droit à la rente complémentaire. Si le mariage s'était poursuivi, il aurait continué d'avoir droit à cette rente jusqu'à la naissance des prestations AVS ou AI pour lui-même.

En matière de calcul des rentes, les lacunes de la LAI sont semblables à celles constatées dans la LAVS, puisque le calcul s'effectue de la même manière⁴¹⁶. Les désavantages du conjoint au foyer qui a interrompu ou réduit son activité lucrative trouvent donc une correction partielle par le biais du *splitting* des cotisations et par les bonifications éducatives et bonifications de soins. La situation n'est cependant corrigée ni pour la période de cotisation qui suit l'éducation des enfants, ni pour tous les conjoints divorcés sans enfants. Il n'y a donc pas de compensation pour les désavantages liés à l'exercice d'une activité purement ménagère. En outre, la correction est insuffisante pour la petite professionnelle subie en cas de travail éducatif et de soins. Pourtant, dans l'AI, un mécanisme de correction de ce problème existe pour les personnes qui sont devenues

⁴¹⁴ Pour la signification précise de ce critère, voir ci-dessus pages 117 ss.

⁴¹⁵ Art. 34 al. 3 LAI.

⁴¹⁶ Art. 36 al. 2 et 37 LAI ainsi que 30 et 35 LAVS.

invalides alors qu'elles étaient jeunes et avaient un salaire encore relativement peu élevé. Il s'agit d'un *bonus de carrière* qui représente un pourcentage du RAM de l'assuré, fixé par le Conseil fédéral en fonction de l'âge de l'assuré, celui-ci devant avoir moins de 45 ans au moment de la survenance de l'invalidité pour en bénéficier⁴¹⁷. Un tel bonus pourrait également être envisagé pour les désavantages liés à l'exercice d'une activité purement ménagère ou pour la perte professionnelle qui n'est pas compensée par les bonifications éducatives ou de soins.

2. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Etant donné que le calcul des rentes de la LAI s'effectue de la même manière que pour les rentes de la LAVS, les lacunes sont les mêmes dans les deux législations⁴¹⁸.

On peut relever en outre que la rente complémentaire a été remodelée de façon à respecter le principe de l'égalité entre homme et femme. Aujourd'hui, hommes et femmes peuvent donc y prétendre.

Avec le divorce, le conjoint qui s'occupe de l'éducation des enfants de manière prépondérante, et qui aurait eu droit à une rente complémentaire si le mariage s'était poursuivi, perd une expectative.

D. La loi sur les prestations complémentaires (LPC)

1. DEVELOPPEMENT

Les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivant et invalidité sont réglées dans la loi fédérale du même nom (LPC) du

⁴¹⁷ Art. 33 OAI et 36 al. 3 LAI; en outre, les assurés devenus invalides alors qu'ils n'avaient pas accompli leur 25^e année bénéficient d'une rente qui ne peut pas être inférieure au 133.33 % de la rente minimale ordinaire (art. 37 LAD). AESCHBACHER ET AL., 160 et 590.

⁴¹⁸ Pour plus de détails, voir ci-dessus titre V. B. 5., pages 135 ss.

19 mars 1965⁴¹⁹. Elles peuvent être attribuées aux ressortissants suisses domiciliés en Suisse⁴²⁰ qui peuvent prétendre à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants, à une rente ou à une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, si leur revenu annuel déterminant n'atteint pas un montant à fixer entre Fr. 15'490 au moins et Fr. 17'090 au plus⁴²¹ pour les personnes seules.

Les prestations complémentaires sont des rentes de besoin, et non des rentes de prévoyance. Elles ne sont octroyées, en principe, que si les conditions d'octroi des rentes AVS/AI sont remplies⁴²².

2. L'ANCIEN DROIT

Les prestations complémentaires n'entraient en ligne de compte que dans la mesure où l'assuré avait un droit à une rente ordinaire ou extraordinaire. Ainsi, la femme divorcée qui, au moment du décès de l'ex-mari, ne remplissait pas les conditions d'octroi d'une rente de veuve ne pouvait pas obtenir de prestations complémentaires. La femme qui, au moment du divorce, perdait le droit à une rente de veuve ou l'expectative d'une telle

⁴¹⁹ RS 831.30.

⁴²⁰ A noter que les étrangers domiciliés en Suisse sont assimilés aux ressortissants suisses s'ils ont habité en Suisse d'une manière ininterrompue pendant les quinze années précédant immédiatement la date à partir de laquelle ils font la demande de prestation complémentaire. Les réfugiés et les apatrides sont assimilés à des ressortissants suisses s'ils ont habité en Suisse de manière ininterrompue pendant 5 ans (art. 2 al. 2 LPC).

⁴²¹ Art. 2 al. 1 LPC et art. 1 de l'Ordonnance 97 concernant les adaptations dans le régime des prestations complémentaires à l'AVS/AI, du 16 septembre 1996 (RO 1996 2766) Ces limites de revenu doivent être augmentées du montant de la prime moyenne cantonale pour l'assurance obligatoire des soins, tel que fixé par le Département fédéral de l'intérieur (Ordonnance relative au relèvement des limites de revenu suite à l'introduction d'une réduction des primes dans la LAMal, du 17 juin 1996; RS 831.309; RO 1996 2140).

⁴²² ISAAK-DREYFUS, 125.

rente, perdait également son droit à des prestations complémentaires⁴²³. Le droit à de telles prestations pouvait renaître lorsque l'assurée recevait sa propre rente de vieillesse simple ou d'invalidité.

3. LE NOUVEAU DROIT

Avec la 10e révision de l'AVS, le Parlement a également modifié la loi sur les prestations complémentaires, de manière à coordonner les deux textes législatifs. Ainsi, il a été nécessaire de préciser que les assurés qui ne peuvent prétendre à aucune rente, car ils ne remplissent pas l'exigence d'une durée de cotisation d'une année au moins et ne peuvent plus prétendre à une rente extraordinaire, celle-ci ayant été supprimée lors de la 10e révision, ont tout de même droit aux prestations complémentaires⁴²⁴.

4. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Le conjoint divorcé qui ne remplit pas les conditions du droit à une rente de survivant perd au moment du divorce non seulement l'expectative de cette rente mais également l'expectative de prestations complémentaires.

E. La loi sur la prévoyance professionnelle (LPP)

1. GENERALITES

La prévoyance professionnelle assure les personnes qui exercent une activité lucrative. Une activité non rémunérée comme le travail au foyer ne donne pas la possibilité de s'assurer de manière volontaire⁴²⁵. La pré-

⁴²³ Art. 2 de l'Ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI) du 15 janvier 1971. HINDERLING/STECK, 339 et les références citées sous note 80.

⁴²⁴ Art. 2a lit. b et 2b lit. b LPC. Voir également ci-dessus page 132.

⁴²⁵ AESCHBACHER ET AL., 235 n. 351.3; le conjoint au foyer n'a pas la possibilité de se constituer son propre avoir de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité

voyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité est régie par la loi fédérale du même nom (LPP)⁴²⁶ et par les articles 331 ss CO.

La prévoyance professionnelle est obligatoire pour les personnes exerçant une activité dépendante et facultative pour les indépendants. La prévoyance obligatoire porte sur la partie de salaire située entre Fr. 23'880 et Fr. 71'640⁴²⁷.

La prévoyance professionnelle assure trois types de risque : la vieillesse, le décès et l'invalidité. Elle ne garantit aucune mesure de réadaptation⁴²⁸.

2. EFFETS DE LA LOI POUR LE CONJOINT AU FOYER

a) Le libre passage

La nouvelle loi fédérale sur le libre passage (LFLP)⁴²⁹ du 17 décembre 1993, entrée en vigueur le 1er janvier 1995, a facilité l'entrée et la sortie d'une institution de prévoyance professionnelle. Elle permet aux assurés qui entrent dans une institution de prévoyance d'acquiescer, au moyen de la

du 2e pilier. A noter que l'article 47 LPP permet à un assuré ayant été soumis à l'assurance pendant au minimum 6 mois et continuant d'être soumis à l'AVS de rester assuré à la LPP pour le montant du salaire obligatoirement couvert jusqu'à. L'entier des cotisations, y compris la part de l'employeur, est alors à la charge de l'assuré, ce qui représente souvent un obstacle insurmontable. Voir à ce sujet l'exemple chiffré de RECHSTEINER, rapporté par AESCHBACHER ET AL., et selon lequel un salaire annuel brut de Fr. 36'000 exigerait le versement de cotisations mensuelles de presque Fr. 200 (AESCHBACHER ET AL., 233 note 242).

⁴²⁶ RS 831.40.

⁴²⁷ Art. 8 LPP et 5 OPP2 (Ordonnance 97 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle, modification du 13 novembre 1996 [RO 1996 3037]).

⁴²⁸ AESCHBACHER ET AL., 215 n. 333.1; sous réserve de règlements prévoyant de telles prestations pour l'assurance extra-obligatoire.

⁴²⁹ RS 831.42.

prestation de sortie qu'ils ont apportée, une prévoyance équivalente à celle qu'ils avaient auparavant⁴³⁰.

Cette modification législative était importante surtout pour les femmes, puisqu'elles ont fréquemment un parcours professionnel interrompu, ou en tout cas une activité professionnelle réduite, pendant la période consacrée à l'éducation des enfants. La situation antérieure leur était particulièrement défavorable car le libre passage intégral n'était pas garanti⁴³¹. De plus, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LFLP, l'avoir LPP accumulé pendant le mariage par le conjoint qui exerçait une activité lucrative n'était pas partageable, au moment du divorce. La doctrine majoritaire⁴³² et la jurisprudence⁴³³ considéraient que ces expectatives ne pouvaient pas être intégrées dans le régime matrimonial des époux. Les arguments avancés étaient les suivants. Les expectatives à l'égard du 2e pilier sont des droits conditionnels dont le titulaire ne peut pas librement disposer avant la réalisation de l'événement assuré⁴³⁴. En outre, une prise en considération du droit à des prestations futures (*das Stammrecht*) dans les acquêts aurait des effets indésirables et contraires à l'article 34 quater de la Constitution fédérale. En effet, en cas de dissolution du régime par décès, les prestations versées au survivant devraient être partagées avec les autres héritiers dans la succession⁴³⁵. Cette position de la doctrine majoritaire avait pour conséquence que le dommage subi par le conjoint au foyer ou le conjoint

⁴³⁰ Art. 9 al. 1 et 2 LFLP; Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss (567-568, n. 631, et 577-579, n. 633.1); BRÄM, Auswirkungen, 3.

⁴³¹ REUSSER, Vorsorge, 1511.

⁴³² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Güterrecht, ad art. 197, n. 51; DESCHENAUX/STEINAUER, 272 ss; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 154, n. 55; GUINAND, 65 ss; NÄF-HOFMANN/NÄF, 216 ss; STETTLER/WAELTI, 201 n. 379; *contra* : PIOTET, Prévoyance professionnelle, 588 ss.

⁴³³ 118 II 382 (385-389); 116 II 101 (102-103).

⁴³⁴ Art. 39 et 331c al. 2 LPP, et 17 OLP qui réserve expressément les articles 22 LFLP, 331d CO et 30b LPP depuis le 1er janvier 1996.

⁴³⁵ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Güterrecht, ad art. 197, n. 51.

qui avait réduit son activité lucrative pour le bien de la famille trouvait compensation uniquement par le biais de l'article 151 alinéa 1, subsidiairement de l'article 152 CCS.

Cette situation était nettement insatisfaisante car une compensation équitable ne pouvait être octroyée. En effet, les moyens financiers souvent limités du débirentier, de même que les conditions d'application des dispositions du droit du divorce relatives à l'indemnité après divorce, notamment la limitation du montant maximum de l'indemnité à la somme nécessaire au maintien du niveau de vie antérieur, permettaient difficilement de compenser l'atteinte aux attentes de prévoyance de la LPP⁴³⁶. La tendance des tribunaux à favoriser un divorce *clean break* des parties contribuait également à faire obstacle à une compensation équitable, en restreignant l'indemnisation dans le temps⁴³⁷. Les conjoints divorcés ne pouvaient dès lors pas véritablement bénéficier de l'avoir accumulé pendant le mariage. Le conjoint économiquement le plus faible subissait les conséquences financières découlant du fait que les prestations vieillesse et invalidité, calculées sur la somme des bonifications vieillesse accumulées par l'assuré durant chaque année d'activité lucrative⁴³⁸, étaient fortement diminuées lorsqu'il avait interrompu ou réduit son activité lucrative pendant le mariage.

⁴³⁶ REUSSER, Vorsorge, 1511, note 22; TRIGO TRINDADE, 448.

⁴³⁷ Voir ci-dessous titre b, page 278; dans le même sens, TRIGO TRINDADE, 448.

⁴³⁸ Art. 15 LPP.

Dans la LFLP, l'article 22⁴³⁹, qui permet un partage de l'avoir LPP, a la teneur suivante :

En cas de divorce, le tribunal peut décider qu'une partie de la prestation de sortie acquise par un conjoint pendant la durée du mariage sera transférée à l'institution de prévoyance de l'autre conjoint et imputée sur les prétentions de divorce destinées à garantir la prévoyance.

Il prévoit une exception au principe de l'interdiction⁴⁴⁰ de céder ou mettre en gage les droits à l'égard de l'institution de prévoyance. Le juge du divorce peut ordonner le transfert d'une partie de l'avoir accumulé par l'assuré-débiteur auprès de son institution de prévoyance à l'institution de prévoyance du conjoint, subsidiairement à une institution supplétive⁴⁴¹, ou éventuellement le versement en espèces à l'assuré lorsque les conditions légales sont remplies⁴⁴².

Selon le Message du Conseil fédéral, il s'agit d'une modalité de règlement des conséquences du divorce en matière de prévoyance⁴⁴³. En réalité, l'article 22 LFLP introduit une nouvelle source de financement d'un dommage qui jusqu'à présent restait largement sans compensation. Selon l'expression originale de TRIGO TRINDADE, il a pour effet de "rendre visi-

⁴³⁹ Adopté dans le but d'apporter de manière transitoire une solution à la situation actuelle, avant l'adoption du nouveau droit du divorce qui devrait définitivement fixer le principe du partage de l'avoir LPP accumulé pendant le mariage. Selon le projet du Conseil fédéral, l'avoir LPP de chacun des conjoints devrait être partagé automatiquement par moitié entre les conjoints (art. 122 du projet, Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse [état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagé matrimonial], FF 1996 I 1 ss).

⁴⁴⁰ Art. 39 LPP.

⁴⁴¹ Art. 4 al. 2 LFLP et 60 LPP.

⁴⁴² Art. 5 LFLP; voir ci-dessous page 158 la suppression de la possibilité pour la femme mariée ou sur le point de se marier de retirer le capital accumulé lorsqu'elle cesse d'exercer une activité lucrative.

⁴⁴³ Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss (595-596, n. 635.3).

ble" le dommage de prévoyance⁴⁴⁴. Avec cette nouvelle disposition, le conjoint économiquement le plus faible obtient pour sa propre prévoyance une partie de l'avoir accumulé par l'autre conjoint pendant le mariage. Il devra également céder une partie de son propre avoir de prévoyance. Cela signifie que sa rente de vieillesse ou d'invalidité s'en trouvera améliorée.

Les prétentions de prévoyance couvertes par l'article 22 s'appliquent dans le cadre des règles déjà existantes dans le droit du divorce, c'est-à-dire dans le cadre des articles 151 alinéa 1 et 152 CCS. Par conséquent, les expectatives de prévoyance ne peuvent faire l'objet d'une compensation que dans la mesure où les conditions des articles 151 et 152 CCS sont remplies, c'est-à-dire notamment lorsque l'innocence du crédientier et la faute du débirentier sont établies pour l'article 151 alinéa 1 CCS, et lorsqu'il y a innocence du premier nommé pour l'article 152 CCS. Le montant du dommage de prévoyance s'apprécie sur la base des critères usuels d'application de l'article 151 CCS⁴⁴⁵ et de l'article 152 CCS⁴⁴⁶. Dans le cadre de l'évaluation de la situation financière des parties, et donc des moyens à disposition pour compenser le dommage, le juge doit désormais tenir compte du fait que l'avoir LPP peut faire l'objet d'un partage.

La nouvelle disposition ne permet pourtant pas d'effectuer un partage de l'avoir LPP indépendamment des conditions d'application des articles 151 alinéa 1 et 152 CCS, ce qui signifie que faute et innocence des conjoints jouent toujours un rôle pour le partage des expectatives du 2e pilier. Comme nous le verrons ci-dessous, le droit du divorce en préparation remédie à cette situation.

Quelles sont les expectatives de prévoyance qui peuvent bénéficier de la modalité de règlement de la créance prévue à l'article 22 LFLP ? Cet article parle de la compensation des "prétentions de divorce destinées à garantir la prévoyance". Qu'est-ce que la prévoyance ? Le terme de prévoyance est étroitement lié à la couverture des risques de vieillesse, d'invalidité ou de décès d'un conjoint (à certaines conditions d'un ex-conjoint). Le constituant, qui a donné mandat au législateur d'assurer la cou-

⁴⁴⁴ TRIGO TRINDADE, 448.

⁴⁴⁵ Voir ci-dessous pages 235 ss.

⁴⁴⁶ Voir ci-dessous page 314.

verture de ces risques⁴⁴⁷, a conçu une prévoyance vieillesse, invalidité et survivant sur la base d'un système tripartite, dit système des trois piliers. Le premier pilier est destiné à une couverture appropriée des besoins vitaux. Le deuxième pilier⁴⁴⁸ doit, "compte tenu des prestations de l'assurance de base", permettre le maintien du niveau de vie antérieur "dans une mesure appropriée"⁴⁴⁹. Le troisième pilier⁴⁵⁰ fait l'objet d'une double mesure : une incitation fiscale à constituer des épargnes sous forme privée, de façon à garantir une couverture supérieure à celle offerte par les 1er et 2e piliers⁴⁵¹, ainsi qu'un encouragement à l'accession à la propriété privée⁴⁵².

Selon le Message du Conseil fédéral et une partie de la doctrine, le terme prévoyance, tel qu'utilisé dans la LFLP, se réfère uniquement à la prévoyance professionnelle. Autrement dit, le transfert d'une partie de l'avoir LPP ne peut servir qu'à compenser un dommage de prévoyance professionnelle⁴⁵³. D'autres auteurs semblent envisager plus largement la notion de prévoyance, sans explicitement la restreindre à la prévoyance au sens de la LPP⁴⁵⁴.

⁴⁴⁷ Art. 34 quater de la Constitution fédérale.

⁴⁴⁸ Régulé par la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité et les articles 331 ss CO.

⁴⁴⁹ Art. 34 quater alinéa 3 Cst.

⁴⁵⁰ Art. 34 quater al. 6 Cst.

⁴⁵¹ Voir l'Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3) du 13 novembre 1985.

⁴⁵² Art. 3 al. 3 et 4 al. 2 OPP3.

⁴⁵³ Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss (596); TRIGO TRINDADE, 449; BRÄM, Auswirkungen, 12.

⁴⁵⁴ GEISER/LÜCHINGER, ad art. 151, n. 8; REUSSER, qui parle de prétentions du droit du divorce assurant la prévoyance en excluant uniquement les prétentions découlant du régime matrimonial ou du devoir d'entretien (REUSSER, Vorsorge,

Le nouveau droit du divorce prévoit que chacun des époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint, calculée pour la durée du mariage⁴⁵⁵. On peut se demander s'il ne serait pas plus adéquat de laisser à l'appréciation du juge la fixation de la quote-part à partager et de lui permettre de compenser des atteintes à la prévoyance qui seraient particulièrement importantes. Une telle solution aurait l'avantage de donner plus de moyens à disposition pour la compensation des atteintes aux expectatives en matière d'assurances sociales. Elle aurait cependant le désavantage de diminuer l'avoir de prévoyance du conjoint qui en est titulaire, éventuellement même en dessous des 50 % du montant accumulé pendant le mariage. Cette dernière hypothèse ne devrait toutefois intervenir que si cela apparaît comme équitable au regard de l'ensemble des circonstances, c'est-à-dire lorsque la situation financière du crédientier et/ou l'avoir de prévoyance accumulé avant le mariage ou qu'il accumulera après le mariage lui permettront de s'assurer une prévoyance adéquate.

L'article 22 LFLP n'est pas uniquement destiné à compenser le dommage de prévoyance qui est survenu pendant le mariage, mais également celui qui trouve son origine dans le partage des tâches choisi par les conjoints et qui se manifeste après le divorce. Il doit permettre notamment de compenser le fait que les revenus du débirentier ne suffisent pas pour octroyer au crédientier une indemnité après divorce lui permettant de se reconstituer une prévoyance⁴⁵⁶. Selon l'énoncé de l'article 22 LFLP, le partage de l'avoir LPP sert à assurer la prévoyance du conjoint. Il ne s'agit en aucun cas de compenser la perte de l'entretien au sens strict, c'est-à-dire des besoins quotidiens courants, abstraction faite des cotisations nécessaires à assurer une prévoyance vieillesse, invalidité et décès⁴⁵⁷, ou la perte d'expectatives successorales. Par contre, l'avoir LPP peut servir à compenser

1514); HÄBERLI, qui parle de compensation de la perte de l'expectative d'une rente de veuve pour la LPP comme pour l'AVS (HÄBERLI, 33).

⁴⁵⁵ Art. 122 al. 1 du projet, Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (211).

⁴⁵⁶ 121 III 297 ss.

⁴⁵⁷ Montants qui font partie de l'entretien au sens large, c'est-à-dire au sens de l'article 163 CCS.

les lacunes de prévoyance qui vont résulter du fait que l'intéressé ne peut pas payer les cotisations adéquates après le divorce.

A ce sujet, il y n'y a pas lieu de faire une distinction entre l'atteinte à la prévoyance qui s'est réalisée pendant le mariage, du fait du manque ou de la diminution des cotisations de prévoyance, et l'atteinte à la prévoyance qui se réalisera après le divorce, l'intéressé n'étant pas en mesure après le divorce de payer les cotisations qui lui permettront d'avoir droit à une rente compensant la diminution du niveau de vie antérieur. L'atteinte, qu'elle se manifeste pendant le mariage ou après le divorce, trouve sa cause dans le mariage, c'est-à-dire dans la décision des conjoints relative au partage des tâches. Le législateur n'a pas voulu limiter les cas de partage de l'avoir de prévoyance à des situations de compensation d'un dommage qui s'est réalisé pendant le mariage. Il a étendu l'application de l'article 22 LFLP à l'article 152 CCS⁴⁵⁸. Or cet article n'a pas pour but de compenser un dommage mais d'assurer un *minimum d'entretien après le divorce* de façon à ce que le crédientier puisse se constituer une prévoyance qui lui évitera de tomber dans le besoin au moment de l'âge de la retraite, en cas d'invalidité, ou de décès de l'ex-conjoint⁴⁵⁹. Le Tribunal fédéral a confirmé cette façon de voir les choses⁴⁶⁰.

A notre sens, l'article 22 LFLP ne sert pas uniquement à compenser les lacunes de prévoyance qui résultent d'une insuffisance de cotisation pendant le mariage mais également les lacunes de cotisation qui surviendront après le divorce et qui sont le fruit de la capacité de gain réduite de l'intéressé ou de la non-reprise d'une activité lucrative après le divorce, durant la période fixée par le juge civil⁴⁶¹. Lorsque cette insuffisance de cotisation affecte le niveau de prévoyance de l'intéressé, le juge peut y apporter

⁴⁵⁸ Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss (595-596, n. 635.3).

⁴⁵⁹ La compensation du dommage survenant en cas de décès de l'ex-conjoint entre en ligne de compte lorsque les conditions de la rente de veuve de la femme divorcée ne sont pas remplies (art. 20 OPP2 et 23 al. 2 LAVS).

⁴⁶⁰ 121 III 297 ss.

⁴⁶¹ C'est-à-dire pendant toute la durée de l'indemnité après divorce.

une compensation par le biais de l'article 22 LFLP. L'article 22 n'est pas limité à la compensation du dommage déjà réalisé mais couvre également celle du dommage qui se réalisera après le divorce. Les seuls critères sont le niveau de prévoyance du conjoint au moment de la survenance du risque ou de l'événement assuré et le lien de causalité entre le dommage de prévoyance et le divorce. Lorsque le juge estime que le niveau de prévoyance du conjoint lésé ne sera pas suffisant au moment de la réalisation du risque, il a le choix entre la compensation sous la forme du transfert d'une partie de l'avoir LPP accumulé pendant le mariage⁴⁶² et le versement d'indemnités⁴⁶³, ou une combinaison des deux.

Comment va être fixée la quote-part qui peut faire l'objet du transfert en faveur du conjoint crédirentier ? La formulation de l'alinéa 1 de l'article 22 LFLP, "le tribunal *peut décider*", indique que le juge bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation dans sa décision (art. 4 CCS). Ce pouvoir doit s'exercer dans le cadre de l'article 22 LFLP, c'est-à-dire en respectant le but de cette norme qui est de fournir une modalité nouvelle de règlement de la créance de prévoyance définie à l'article 151 alinéa 1 CCS. Le juge devra évaluer la nécessité du partage de l'avoir LPP. Son pouvoir d'appréciation va être limité par la situation financière des parties et les compensations déjà apportées au crédirentier (assurance-vie dont il est le bénéficiaire, clause de partage des biens d'acquêts qui l'avantage, partage d'un 3e pilier dans la liquidation du régime matrimonial). Dans la mesure où les revenus du débirentier sont suffisants, le juge pourra pleinement choisir entre le transfert de la prestation de libre passage et l'octroi d'une indemnité ou d'une pension alimentaire. Si les revenus sont insuffisants, le juge n'aura quasiment pas de liberté d'appréciation et le dommage sera indemnisé au moyen du transfert de la prestation de libre passage.

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le juge tiendra compte de l'intérêt du crédirentier à pouvoir effectuer un rachat auprès d'une institution de prévoyance, subsidiairement de la volonté du débirentier. La préférence devrait en règle générale être donnée au transfert de l'avoir LPP qui garantit le maintien de la prévoyance telle que réglée dans la loi (pas de versement en espèces, sauf exceptions). Dans des cas exceptionnels,

⁴⁶² Art. 22 LFLP.

⁴⁶³ Art. 151 al. 1 ou 152 CCS.

notamment lorsqu'une indemnité viagère est octroyée et que les droits à des prestations de survivant sont garantis, on peut renoncer au partage de l'avoir LPP. Les exceptions devront être d'autant plus rares que le projet de révision du droit du divorce prévoit un partage systématique de l'avoir LPP et que cette disposition n'a pas suscité de grandes critiques lors de la procédure de consultation⁴⁶⁴. Il faut éviter que le conjoint qui a subi une atteinte à sa prévoyance et qui divorce sous le droit actuel ne se trouve dans une situation plus défavorable que celui qui divorcera après l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce.

Il est erroné d'appliquer à la détermination de la fraction sujette à transfert les critères déjà applicables à la fixation du montant de la créance de prévoyance, comme par exemple la faute, la durée du mariage, etc.⁴⁶⁵. Cela entraîne une double application des mêmes critères (dans le cadre de la fixation de la créance de l'article 151 alinéa 1 CCS puis dans la fixation de la quote-part). On aura donc un conjoint doublement avantageé ou doublement désavantageé selon que les critères lui sont favorables ou non. Une fois la créance déterminée, y compris le montant de la compensation auquel le conjoint a droit au regard de l'ensemble des circonstances, notamment de sa situation financière, le montant soumis à transfert doit être fixé uniquement en fonction des autres sources de financement à disposition.

La révision de la LPP a supprimé la possibilité pour la femme mariée ou sur le point de se marier d'exiger le versement en espèces du capital prévoyance accumulé, lorsque celle-ci cesse d'exercer une activité lucrative⁴⁶⁶. Cette possibilité était contraire au principe de l'égalité de traitement de la femme et de l'homme⁴⁶⁷. Elle contribuait à désavantager les femmes qui, après avoir utilisé la possibilité de versement en espèces et après avoir utilisé le capital, pouvaient se retrouver dans une situation

⁴⁶⁴ Office fédéral de la justice, Evaluation, 298 ss.

⁴⁶⁵ *Contra* : TRIGO TRINDADE, 464 ss.

⁴⁶⁶ Voir art. 331c al. 4 lit. b chiffre 3 aCO et 30 al. 2 aLPP.

⁴⁶⁷ Message du Conseil fédéral concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss (573).

délicate, notamment en cas de divorce, lorsqu'elles n'avaient plus de capital de prévoyance, ou lors d'un éventuel retour ultérieur à la vie active⁴⁶⁸.

b) Les différents types de rentes

La révision de la loi sur l'assurance-chômage du 23 juin 1995 a introduit le principe de l'assurance obligatoire à la LPP pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage pour les risques décès et invalidité, mais n'a pas prévu d'affiliation obligatoire pour le risque de vieillesse⁴⁶⁹. Ceci est particulièrement désavantageux pour le conjoint divorcé qui doit reprendre une activité lucrative mais est au chômage, car il ne peut pas cotiser à la LPP pour assurer sa prévoyance vieillesse. Il en subira les conséquences sur le montant de la prestation vieillesse à laquelle il pourra prétendre.

Par ailleurs, le conjoint divorcé qui n'exerce pas d'activité lucrative, parce qu'il s'occupe des enfants ou doit se former, ne peut en principe pas non plus s'assurer auprès d'une institution de prévoyance professionnelle. Il a toutefois la possibilité de maintenir l'assurance qu'il avait précédemment, lorsqu'il a été assujéti à l'assurance obligatoire pendant au moins six mois⁴⁷⁰. Par conséquent, le conjoint divorcé qui n'exerçait pas d'activité lucrative pendant le mariage et qui n'a pas maintenu l'assurance obligatoire à laquelle il était précédemment assujéti, de même que le conjoint divorcé exerçant une activité indépendante et qui est par conséquent non assujéti à l'assurance obligatoire, subissent un préjudice. Pour remédier à ce désavantage, la doctrine propose que l'on permette au conjoint divorcé qui n'exerce pas d'activité lucrative de s'assurer auprès d'une institution de

⁴⁶⁸ SCHULZ, Effets, 1316; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163 ss (1176). Rapport final du groupe de travail «Egalité des salaires» institué par le Département fédéral de justice et police, Berne 1988, 196 ss.

⁴⁶⁹ Art. 22a al. 3 LACI et 2 al. 1 bis LPP (RO 1996 292); voir ci-dessous page 168.

⁴⁷⁰ Art. 47 LPP. L'assurance peut être maintenue soit auprès de la même institution de prévoyance, si les dispositions réglementaires de celle-ci le permettent, soit auprès de l'institution supplétive.

prévoyance lorsqu'il a reçu, dans le cadre du divorce, une partie de l'avoir LPP de son conjoint et lorsque ce dernier remplit les conditions de cotisation d'une durée d'au minimum six mois⁴⁷¹.

Qu'en est-il de la rente d'invalidité ? Le conjoint au foyer, marié ou divorcé, n'est pas assuré auprès de la LPP et n'a donc pas droit à une rente d'invalidité de cette assurance. Le conjoint divorcé qui s'occupe d'enfants en bas âge à plein temps est particulièrement visé par cette situation, s'il n'exerce pas d'activité lucrative. Par contre, dès qu'il exerce une activité lucrative assurable ou se trouve au chômage, il peut prétendre recevoir une rente s'il était assuré au moment de la survenance de l'incapacité de travail ayant causé l'invalidité⁴⁷². Comme pour la rente de vieillesse simple, la rente d'invalidité dépend du montant des cotisations accumulées. Les années d'interruption de l'activité lucrative en réduiront donc le montant.

Seul le conjoint au foyer qui divorce, mais non le conjoint marié, pourra bénéficier d'un éventuel partage de l'avoir LPP. Cela signifie que le conjoint marié, qui était conjoint au foyer pendant quelques années et qui a repris une activité lucrative par la suite, aura une rente invalidité d'un montant en règle générale inférieur à celui auquel il aurait pu prétendre s'il avait divorcé.

Les rentes de survivant sont influencées par le divorce. En effet, le conjoint divorcé - uniquement la femme - bénéficie d'une rente de survivant à la condition que le mariage ait duré 10 ans et qu'il ait reçu une rente ou une indemnité en capital dans le cadre du divorce⁴⁷³. La rente de veuve ne

⁴⁷¹ GEISER, Versorgungsausgleich, 416.

⁴⁷² AESCHBACHER ET AL., 220 n. 333.13. Ce principe est également valable lorsque le degré d'invalidité s'accroît par la suite (LOCHER, Grundriss, 258 n. 5).

⁴⁷³ Art. 20 OPP2. L'Ordonnance parle clairement d'une rente. Si la rente après divorce est assurée sous la forme d'un versement en capital, il faut que ce versement soit la compensation d'une rente viagère au conjoint (LOCHER, Grundriss, 252 n. 10).

Par ailleurs, jusqu'au moment du versement de la rente de vieillesse de l'AVS, la rente de survivant du 2e pilier peut être réduite de tout montant qui, cumulé avec les prestations de l'assurance AVS/AI, dépasse le montant de l'indemnité

pourra pas être plus élevée ou être octroyée pour une plus longue durée que la rente après divorce.

Si le conjoint divorcé remplit les conditions susmentionnées, il a le droit de recevoir une rente de survivant calculée selon les mêmes principes que la rente de survivant du conjoint encore marié au moment du décès. La rente de veuve se monte à 60 % de la rente invalidité ou rente de vieillesse simple entière de l'assuré décédé. Si l'assuré s'était consacré au foyer pendant quelques années et avait ainsi interrompu son activité lucrative, le montant de la rente de veuve reflétera nécessairement cette circonstance.

Il est à noter qu'à la différence de la nouvelle LAVS, la LPP ne prévoit aucune rente de veuf pour le mari, qu'il soit marié ou divorcé⁴⁷⁴. Depuis la dernière révision de la LPP, le droit à une rente de veuve existe même si le conjoint était au chômage au moment du décès⁴⁷⁵.

3. CONCLUSIONS INTERMEDIAIRES

1. Tout le système de la LPP repose sur l'idée d'une prévoyance dont l'étendue varie en fonction des revenus de l'assuré. Ce système est bien entendu peu favorable à celui qui interrompt ou réduit son activité lucra-

octroyée dans le cadre de la procédure du divorce (LOCHER, Grundriss, 252-253 n. 12).

⁴⁷⁴ Les caisses de pension ont cependant la possibilité d'en prévoir une dans leurs statuts. Les caisses de droit public qui introduisent une rente de veuf doivent par ailleurs respecter le principe de l'égalité de traitement entre homme et femme et l'accorder aux mêmes conditions que la rente de veuve (116 V 198 ss [209]). Les caisses de droit privé doivent aussi respecter l'égalité de traitement dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire (120 V 312 ss [315-317]).

⁴⁷⁵ L'article 2 al. 1 bis LPP a corrigé une injustice qui existait pour les chômeurs. Ceux-ci n'étaient assurés obligatoirement auprès de leur ancienne caisse que pendant encore 30 jours après la fin des rapports de travail. Ensuite, ils pouvaient s'assurer facultativement, en prenant l'entier des cotisations à leur charge. A défaut, ils n'étaient plus assurés et n'avaient plus droit à une rente invalidité ou décès et subissaient tous les désavantages liés au fait d'avoir interrompu l'activité lucrative pendant un certain temps (AESCHBACHER ET AL., 234 et GERHARDS, sécurité sociale, 12 et 14).

tive. Il reflète également les possibilités de promotion plus réduites de celui-ci. En tant qu'assurance sociale destinée à assurer le maintien du niveau de vie antérieur de l'assuré dans une mesure appropriée, en cas de décès, d'invalidité ou de vieillesse, elle défavorise une catégorie de la population : ceux qui assument un rôle traditionnel dans le mariage et/ou se consacrent à l'éducation des enfants ou à des tâches de soins aux parents, rôles pourtant utiles à la société.

2. La LPP n'a pas encore réservé au conjoint au foyer un statut comparable en tous points à celui du conjoint exerçant une activité lucrative. En effet, dans l'hypothèse d'un divorce, le conjoint au foyer continue d'être désavantagé quant aux possibilités qu'il a d'accroître son avoir LPP après le divorce. En outre, s'il n'exerce pas d'activité lucrative, il ne peut pas s'assurer facultativement à la LPP⁴⁷⁶. S'il est au chômage, son statut de chômeur ne lui permet pas de s'assurer contre le risque vieillesse. Par ailleurs, comme déjà indiqué, ses cotisations refléteront les désavantages professionnels qu'il a subis pendant l'interruption de l'activité lucrative.

En matière de rente de survivant, les statuts de l'homme et de la femme sont encore formellement inégaux. Il n'y a pas de rente de veuf pour le mari dont l'épouse exercerait une activité lucrative, alors que l'hypothèse inverse donne droit à la rente de veuve. En outre, le conjoint au foyer ne pouvant pas s'assurer, même facultativement, à la LPP, il n'y a pas de rente de survivant en cas de décès d'un conjoint au foyer.

F. Le 3e pilier lié et non lié

1. DEVELOPPEMENT

Le troisième pilier est constitué de l'épargne libre (3e pilier b) et de l'épargne dite liée (3e pilier a). Le 3e pilier a, fiscalement privilégié, englobe les conventions de prévoyance conclues auprès de fondations bancaires ainsi que les contrats d'assurance conclus auprès d'institutions d'as-

⁴⁷⁶

A noter toutefois qu'au moment où il a cessé d'être assujéti à l'assurance obligatoire, après l'avoir été pendant au moins 6 mois, il a pu maintenir son assurance dans la même mesure que précédemment (art. 47 LPP).

surance⁴⁷⁷. Lorsqu'il a la forme d'un contrat d'assurance, le conjoint survivant est désigné comme bénéficiaire irrévocable par l'Ordonnance fédérale OPP3⁴⁷⁸. Le conjoint divorcé n'est par contre pas bénéficiaire.

Le 3e pilier b entre entièrement dans la liquidation du régime matrimonial en cas de divorce, selon les règles ordinaires de subrogation patrimoniale. Le 3e pilier a, par contre, donne lieu à un conflit de doctrine, non encore tranché par le Tribunal fédéral, sur la question de la manière dont ces valeurs doivent être prises en considération au moment du divorce. Les commentateurs bernois⁴⁷⁹ distinguent le sort juridique du 3e pilier a selon qu'il a été conclu sous la forme d'une convention de prévoyance auprès d'une fondation bancaire ou d'un contrat d'assurance auprès d'un institut d'assurance. Dans le premier cas, c'est-à-dire pour les conventions de prévoyance, le 3e pilier lié est intégré à la liquidation du régime matrimonial, selon le principe de la subrogation patrimoniale : les prestations de prévoyance suivent le sort de la masse matrimoniale qui a principalement contribué à la formation du capital. Ils ne sont pas automatiquement des acquêts et ne tombent donc pas sous le coup de l'article 197 alinéa 2 ch. 2 CCS. Selon HAUSHEER/REUSSER/GEISER, les droits du titulaire d'une convention de prévoyance doivent être intégrés à la liquidation du régime matrimonial pour deux raisons : le droit de l'assuré à l'égard de la fondation bancaire n'est pas soustrait à une éventuelle procédure d'exécution forcée et la loi n'exclut pas la cessibilité du droit de l'assuré⁴⁸⁰. Au moment du divorce, lorsque l'événement assuré n'est pas encore survenu,

477 Art. 1 OPP3.

478 Voir le contenu de l'article 2 OPP3, plus particulièrement l'alinéa 3 qui permet au preneur de prévoyance de modifier l'ordre des bénéficiaires établis dans l'Ordonnance à l'exception du premier bénéficiaire sur la liste (le conjoint survivant) et des seconds (les descendants directs ainsi que d'autres personnes à l'entretien desquelles le défunt subvenait de façon substantielle).

479 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Güterrecht*, ad art. 197, n. 65; GEISER, *Güterrechtliche Behandlung*, 1394 ss; REUSSER, *Vorsorge*, 1512-1513.

480 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Güterrecht*, ad art. 197, n. 66. Le fait que contractuellement la cessibilité est nécessairement exclue (condition pour pouvoir bénéficier du traitement fiscal préférentiel) n'est pas un élément suffisant pour admettre que le droit est soustrait à la liquidation du régime matrimonial.

l'assuré a un droit inconditionnel à l'égard de la fondation bancaire⁴⁸¹, contrairement aux droits que l'assuré détient en vertu du 2^e pilier et d'un 3^e pilier conclu sous la forme d'un contrat d'assurance, qui sont toujours soumis à la réalisation de l'événement assuré. Le titulaire d'un 3^e pilier conclu sous forme d'épargne liée a la certitude que le montant sera versé, à lui ou à ses bénéficiaires, au moment de la réalisation de l'événement assuré. Le droit est donc certain, seul le moment de son exigibilité est incertain. La valeur de ce droit doit par conséquent être intégrée dans la liquidation du régime matrimonial.

Par contre, selon les commentateurs bernois, le 3^e pilier a conclu sous la forme de contrat d'assurance ne fait pas partie de la liquidation du régime matrimonial⁴⁸². En effet, il n'a pas de valeur de rachat⁴⁸³. Il s'agit d'une prétention qui ne peut être ni cédée⁴⁸⁴, ni soumise à une procédure d'exécution forcée⁴⁸⁵. Le titulaire ne peut pas en disposer avant la réalisation de l'événement assuré. En cas de divorce, seul l'article 151 alinéa 1 CCS permet de dédommager le conjoint non titulaire du contrat de la perte d'expectative subie, avec toutes les limites liées à l'application de cette disposition⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ L'obligation de fournir la prestation n'est pas soumise à condition. Seul le moment de l'exigibilité est incertain. Il ne s'agit donc pas d'une expectative (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Güterrecht*, ad art. 197, n. 66; GEISER, *Güterrechtliche Behandlung*, 1399).

⁴⁸² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Güterrecht*, ad art. 197, n. 66; GEISER, *Güterrechtliche Behandlung*, 1394 ss.

⁴⁸³ GEISER, *Güterrechtliche Behandlung*, 1399.

⁴⁸⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, *Güterrecht*, ad art. 197, n. 66. A noter qu'à partir du 1^{er} janvier 1997, le 3^e pilier a pourra être cédé au conjoint au moment du divorce (voir ci-dessous page 167). Selon GEISER, cette modification permettra désormais d'intégrer l'ensemble de l'épargne liée dans la liquidation du régime matrimonial (GEISER, *Säule 3 a*, 144).

⁴⁸⁵ Art. 80 LCA.

⁴⁸⁶ Les conditions de faute du débirentier et d'innocence du crédientier ainsi que les moyens financiers suffisants à disposition du débirentier.

D'autres auteurs soumettent le 3e pilier a au même statut que le 2e pilier⁴⁸⁷, c'est-à-dire qu'il s'agirait d'une expectative dont on ne tiendrait pas compte dans la liquidation du régime matrimonial tant que l'événement assuré ne s'est pas réalisé. Après le versement du capital, le 3e pilier a serait soumis au principe de la subrogation patrimoniale pour la valeur accumulée pendant la durée du régime matrimonial⁴⁸⁸. D'autres auteurs encore appliquent à tout le 3e pilier le principe de la subrogation patrimoniale⁴⁸⁹.

A notre avis, dans la qualification matrimoniale du 3e pilier a, il faut tenir compte du fait que le 3e pilier a été envisagé comme une forme d'épargne et que cette épargne, si elle est évaluable par un actuairé, doit être considérée comme un bien qui entre dans la liquidation du régime matrimonial, dans la masse des acquêts ou des biens propres en application du principe de la subrogation patrimoniale. Seule une impossibilité technique d'évaluer la valeur d'un contrat d'assurance, à l'exclusion de toute qualification juridique de la nature du 3e pilier a, pourrait empêcher l'intégration de cette valeur dans le régime matrimonial.

Le conjoint qui n'exerce pas d'activité lucrative ne peut pas bénéficier du traitement fiscal privilégié réservé au 3e pilier a⁴⁹⁰. Il ne lui est donc pas possible de se constituer un 3e pilier fiscalement avantage⁴⁹¹. Cette interdiction prend toute son importance lorsqu'au moment du divorce, le partage du 3e pilier a constitué par le conjoint exerçant une activité lucrative

⁴⁸⁷ Cette opinion a été exprimée avant l'adoption de la LFLP. Depuis qu'il existe un libre passage de l'avoir LPP et que le divorce constitue un cas de libre passage de l'avoir accumulé pendant le mariage, l'assimilation du 3e pilier au 2e pilier ne peut plus être effectuée de la même manière.

⁴⁸⁸ DESCHENAUX/STEINAUER, 278 ss.

⁴⁸⁹ STETTLER, Sécurité sociale, 310.

⁴⁹⁰ Art. 82 LPP et 7 OPP3.

⁴⁹¹ 119 Ia 241 (248-250).

A noter toutefois qu'il existe la possibilité d'acquérir des prestations de prévoyance par le versement d'une prime unique et que dans un tel cas ces prestations peuvent jouir de certains avantages fiscaux (voir art. 20 al. 1a LIFD).

ne peut pas être effectué dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, que cette impossibilité résulte du type de prévoyance liée adoptée (comme les contrats de prévoyance liée conclus sous forme d'assurance) ou du régime matrimonial des parties qui exclut le partage des biens des conjoints (séparation de biens). En effet, comme examiné ci-dessous⁴⁹², l'article 151 alinéa 1 CCS ne peut pas être considéré comme assurant une compensation adéquate de la perte subie.

Le Tribunal fédéral a estimé que cette situation n'était pas contraire à l'article 4 alinéa 2 Cst.⁴⁹³. Le fait que ce soit plus fréquemment les femmes que les hommes qui se trouvent dans cette situation ne constitue pas pour le Tribunal fédéral une inégalité juridique que le juge peut corriger. Il s'agit bien plutôt d'une inégalité de fait que le législateur devrait éliminer en tenant compte de la valeur économique que représente le travail domestique et en libéralisant l'accès au 3e pilier a.

Pourtant, le fait que le conjoint au foyer - le plus souvent la femme - ne puisse pas se constituer un 3e pilier a devrait être considéré comme une discrimination indirecte⁴⁹⁴, tombant sous le coup de la phrase 1 de l'article 4 alinéa 2 Cst.⁴⁹⁵

⁴⁹² Voir ci-dessous titre VI. B. 9., page 294.

⁴⁹³ 119 Ia 241 ss (249).

⁴⁹⁴ Pour une définition de la notion de discrimination indirecte, voir ci-dessous page 294.

En l'espèce, le fait qu'une ménagère n'a pas la possibilité de se constituer une prévoyance individuelle fiscalement favorisée est un désavantage, formulé de manière neutre dans la loi - touche tous les non-salariés hommes et femmes -, qui touche dans une plus grande mesure les femmes puisque ce sont elles qui assument le plus souvent ce rôle traditionnel.

⁴⁹⁵ Voir ci-dessous titre VII. B. page 338.

Lors d'un divorce, le conjoint non titulaire du 3e pilier a, en particulier le conjoint au foyer, perd l'expectative de pouvoir bénéficier des prestations en cas de décès du preneur d'assurance, dans deux hypothèses⁴⁹⁶ :

- lorsque le preneur d'assurance avait constitué son 3e pilier a au moyen de biens propres;
- lorsque le 3e pilier a est constitué sous la forme d'un contrat d'assurance.

Le dommage subi est alors comparable à une atteinte aux expectatives successorales. On peut donc en tenir compte dans le cadre de l'indemnité après divorce de l'article 151 alinéa 1 CCS.

Il faut ici relever que, dès le 1er janvier 1997, le titulaire du 3e pilier a ou le juge pourra, au moment du divorce, transférer l'épargne liée constituée à des fins de prévoyance vieillesse sur le compte du conjoint qui n'en n'est pas titulaire. Par contre, l'épargne liée constituée pour les risques d'invalidité ou de décès ne pourra toujours pas faire l'objet d'une cession au moment du divorce⁴⁹⁷. Une modification de l'OPP3, intervenue le 9 décembre 1996, permet donc d'utiliser l'épargne liée comme moyen d'indemnisation d'un éventuel dommage subi par le conjoint non titulaire du 3e pilier a⁴⁹⁸. L'utilisation de l'épargne liée pourra permettre de compenser tous les types de dommage issus du divorce, y compris ceux qui n'ont pas la nature de dommage de prévoyance⁴⁹⁹. L'épargne doit en principe conserver sa nature d'épargne liée, de sorte que le montant devra faire l'objet d'un transfert sur un compte de prévoyance dont le bénéficiaire est titulaire ou qu'il ouvrira à ce moment-là. Il sera possible de transférer non pas une partie seulement de l'épargne liée consacrée à la prévoyance vieillesse, mais l'entier du montant. Si le cédant remplit les conditions posées par la loi fédérale sur le libre passage pour obtenir un

⁴⁹⁶ Art. 2 al. 1 lit. b chiffre 1 OPP3.

⁴⁹⁷ GEISER, Säule 3 a, 144-145

⁴⁹⁸ Art. 4 al. 3 OPP3

⁴⁹⁹ GEISER, Säule 3 a, 145

versement en espèces⁵⁰⁰, le bénéficiaire pourra également recevoir l'épargne sous cette forme⁵⁰¹.

2. CONCLUSIONS INTERMEDIAIRES

En matière de 3e pilier a, le conjoint au foyer est désavantagé de deux manières. Tout d'abord, il n'a pas la possibilité de s'en constituer un lui-même. Ensuite, le 3e pilier conclu par son conjoint sous la forme d'une assurance liée sans valeur de rachat est particulièrement désavantageux car il n'est, pour l'instant, pas intégré à la liquidation du régime matrimonial⁵⁰². C'est donc sur la base des dispositions de l'article 151 alinéa 1 CCS et de l'article 22 LFLP⁵⁰³ qu'une compensation peut intervenir, avec toutefois les obstacles inhérents à ces dispositions (conditions de faute du débirentier et d'innocence du crédirentier, moyens financiers à disposition du débirentier et limite maximale du montant pouvant être octroyé mensuellement)⁵⁰⁴.

L'entrée en vigueur d'une modification de l'OPP3, le 1er janvier 1997, supprimera une partie des désavantages susmentionnés. En effet désormais, l'épargne liée, constituée à des fins de prévoyance uniquement, pourra faire l'objet d'un partage au moment du divorce.

⁵⁰⁰ Art. 5 LFLP par renvoi de l'art. 3 al. 2 lit. d OPP3

⁵⁰¹ GEISER, Säule 3 a, 145

⁵⁰² Avec la modification de l'OPP3, l'épargne liée pourra être intégrée dans la liquidation du régime matrimonial (voir ci-dessus note 484).

⁵⁰³ Voir pages 152 ss.

⁵⁰⁴ Voir ci-dessous titre VI. B. 3., pages 214 ss.

G. La loi sur l'assurance-chômage (LACI)

1. DEVELOPPEMENT

La loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité date du 25 juin 1982⁵⁰⁵. Elle organise une assurance qui apporte, par l'allocation d'indemnités journalières, une compensation convenable au manque à gagner causé par le chômage, la réduction de l'horaire de travail, l'insolvabilité de l'employeur et les intempéries⁵⁰⁶. Les prestations sont octroyées à l'assuré qui remplit, entre autres, les conditions relatives à la période de cotisation, c'est-à-dire qui a payé des cotisations pendant six mois, ou qui en a été libéré⁵⁰⁷. Une révision de la loi sur l'assurance-chômage est intervenue le 23 juin 1995. La majeure partie de la nouvelle loi est entrée en vigueur le 1er janvier 1996, les dispositions restantes ayant pris effet au 1er janvier 1997. Cette nouvelle loi a délibérément voulu favoriser les mesures de réinsertion du chômeur par rapport aux indemnités de compensation du revenu disparu⁵⁰⁸. Jusqu'à la révision de 1995 de la LACI⁵⁰⁹, les femmes qui n'avaient plus exercé d'activité lucrative pendant une durée de plus de six mois, par exemple en raison d'une activité éducative, devaient d'abord trouver un travail rémunéré et verser des cotisations pendant au minimum six mois pour pouvoir ultérieurement bénéficier de l'assurance-chômage.

Cette situation, qui ne facilitait pas la réintégration économique du conjoint au foyer, a été modifiée lors de la révision de 1995 de la LACI.

⁵⁰⁵ RS 837.0.

⁵⁰⁶ Art. 1 LACI.

⁵⁰⁷ Art. 8 alinéa 1 lit. e LACI.

⁵⁰⁸ GERHARDS, Grundriss, 35.

⁵⁰⁹ Voir les modifications de la LF sur l'assurance-chômage du 23 juin 1995, entrées en vigueur le 1er janvier 1996 (RO 1996 273 ss) et les modifications de l'Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI) du 11 décembre 1995, entrées en vigueur le 1er janvier 1996 également (RO 1996 295 ss).

Actuellement, "les périodes durant lesquelles l'assuré s'est consacré à l'éducation d'enfants de moins de 16 ans, et n'a, de ce fait, pas exercé d'activité soumise à cotisation, comptent comme période de cotisation, lorsque l'assuré est contraint par nécessité économique de reprendre une activité salariée à l'issue d'une période éducative."⁵¹⁰ Le droit aux prestations est donc ouvert à la personne qui n'a pas cotisé dans les six derniers mois, pour autant que l'absence d'activité soumise à cotisation résulte de l'activité éducative qu'elle a exercée⁵¹¹. Elle ne peut prétendre à cet avantage qu'une seule fois et peut le requérir tant que ses enfants ont moins de 16 ans. Lorsque le cadet des enfants a plus de 16 ans, renaît l'obligation d'une période de cotisation d'au minimum 6 mois.

Le bénéfice de l'article 13 alinéa 2 bis n'est octroyé qu'à l'assuré qui se trouve dans une situation de *nécessité économique* qui le contraint à reprendre une activité lucrative. Peu importe que l'activité éducative ait été effectuée auprès des propres enfants de l'assuré, d'enfants dont il avait le soin, des enfants de son conjoint ou d'enfants adoptifs ; c'est l'exercice d'une telle activité qui est déterminant⁵¹².

Par "nécessité économique"⁵¹³, on entend une situation économique dans laquelle le revenu total brut annuel de l'intéressé, additionné au revenu brut de son conjoint, ainsi que les 10 % de sa fortune et de la fortune de son conjoint représentent moins de 35 % du gain maximum assuré (Fr. 97'200⁵¹⁴) majoré de 10 % lorsque l'assuré est marié (Fr. 106'920),

⁵¹⁰ Art. 13 alinéa 2bis LACI.

⁵¹¹ A noter que dans certains cantons, les caisses exigent la preuve que la garde des enfants est organisée, pour l'octroi des indemnités de chômage (AESCHBACHER ET AL., 368-369).

⁵¹² Une même idée sous-tend l'institution du bonus éducatif dans l'AVS qui est attribué indépendamment de la question de savoir si l'activité éducative portait sur les propres enfants de l'assuré ou sur ceux du conjoint.

⁵¹³ Définie à l'article 11b de l'OACI.

⁵¹⁴ Le gain maximum assuré résulte de l'application conjointe des articles 23 al. 1 LACI, 15 al. 3 LAA et 22 al. 1 OLAA.

c'est-à-dire totalisent moins de Fr. 43'740, soit moins de Fr. 3'364.60 par mois⁵¹⁵.

Lorsque l'assuré a des enfants, ce montant maximum est majoré de Fr. 9'720 pour le premier enfant, puis Fr. 4'860 par enfant pour les 2e et 3e enfants, la majoration totale pour les enfants ne pouvant dépasser 30 % au total. Dans une famille avec deux enfants, le conjoint qui a assumé l'éducation des enfants peut donc prétendre à une indemnité chômage, même sans avoir cotisé pendant au moins six mois durant le délai-cadre, lorsque les ressources annuelles de la famille sont inférieures à Fr. 58'320.

Cette disposition de la LACI établit la situation du conjoint au foyer sur la base de données relatives à la situation de l'autre conjoint. En tenant compte du fait que, dans une très grande majorité des cas, ce sont les femmes qui assument l'éducation au foyer des enfants, cela signifie que pour la femme mariée une prise en considération de l'activité éducative comme période de cotisation dépend des ressources financières de son mari ! A notre avis, non seulement le principe de l'égalité entre homme et femme, mais aussi l'idée de *splitting* des intérêts des conjoints dans les assurances sociales, exigent que l'on ne se réfère plus aux revenus du conjoint pour définir la situation économique d'un assuré. En outre, la condition des ressources de l'assuré est prévue dans la LACI dans un autre cas également, en matière d'exemption du délai d'attente général. Or, dans cette hypothèse, les ressources prises en considération sont uniquement celles de l'assuré et non celles de son conjoint. On voit donc mal pourquoi l'article 13 alinéa 2 bis LACI a étendu ce critères aux ressources du conjoint également.

Comme cela a été remarqué lors des délibérations du Conseil national, cet aspect de la loi s'écarte du domaine de l'assurance pour adopter un modèle propre à l'assistance⁵¹⁶. Il est dommage que les Chambres fédérales n'aient pas jugé bon d'appliquer le principe de l'équivalence du travail éducatif et du travail rémunéré, tel qu'il ressort du nouveau droit matrimonial. Il aurait été souhaitable de libérer les femmes ayant effectué une activité

⁵¹⁵ Le calcul du revenu mensuel a été effectué sur 13 salaires par année.

⁵¹⁶ Intervention GONSETH, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1994, 1565.

éducative de l'exigence de cotiser pendant au moins 6 mois dans le délai-cadre, indépendamment de la situation économique de l'intéressé. Au Conseil national, deux propositions, l'une de Mme Ursula HAFNER, l'autre de Mme Ruth GONSETH allaient dans ce sens⁵¹⁷. De cette manière, l'activité éducative aurait bénéficié d'une reconnaissance équivalente au service militaire ou au service de protection civile, ce qui semble tout à fait légitime au regard de l'utilité sociale des enfants ! Ce sont des considérations d'ordre financier qui ont fait pencher la balance en faveur d'une disposition qui avantage uniquement les assurés ayant de faibles ressources.

Par ailleurs, l'article 14 alinéa 2 LACI améliore la protection déjà offerte par l'article 13 alinéa 2bis LACI. En effet, il permet à l'assuré qui, ensuite de divorce ou de séparation de corps, d'invalidité ou de mort du conjoint ou pour des raisons semblables⁵¹⁸, est contraint d'exercer une activité lucrative salariée ou de l'étendre, d'être libéré des conditions relatives à la période de cotisation.

L'expression "est contraint d'exercer une activité salariée" doit être différenciée de l'expression de "nécessité économique" utilisée à l'article 13 alinéa 2bis⁵¹⁹. Selon le Message du Conseil fédéral, une personne est contrainte d'exercer une activité salariée seulement lorsqu'elle se trouve en situation de besoin parce que le soutien financier qu'elle avait jusqu'alors a disparu⁵²⁰. L'idée du législateur est ici de libérer des conditions relatives à la période de gain les personnes qui ont perdu un soutien financier, notamment celui du conjoint.

⁵¹⁷ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1994, 1564.

⁵¹⁸ A noter que la dissolution d'un concubinage qui contraint un des concubins à reprendre une activité lucrative n'est pas considérée comme une raison semblable (DTA 1980, n. 21, cité par AESCHBACHER ET AL.).

⁵¹⁹ La seconde est une notion plus étroite car elle limite l'état de nécessité économique à un montant maximum de ressources, tandis que la première est, dans la LACI, indépendante d'une limite de ressources.

⁵²⁰ Message du Conseil fédéral concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, FF 1980 III 485 ss (542-543 et 566).

Cette notion de "contraint d'exercer une activité salariée" doit être mise en parallèle avec la notion d'activité lucrative que l'on peut raisonnablement attendre d'un conjoint après le divorce, telle qu'elle est appréciée par le juge civil. En effet, dans le cadre de la procédure de divorce ou de séparation de corps, le juge civil doit apprécier la nécessité d'exercer une activité salariée en fonction des ressources des parties au moment du divorce et du niveau de vie des époux pendant le mariage. Quand il estime qu'un des conjoints doit reprendre une activité lucrative après le divorce et qu'il lui impute par anticipation le montant que ce dernier devrait raisonnablement être apte à réaliser, l'assurance-chômage devrait couvrir le manque à gagner subi par le conjoint qui ne trouve pas d'emploi.

La libération des conditions relatives à la période de cotisation n'existe cependant que lorsque l'événement (divorce, etc.) est survenu moins d'une année avant la prétention aux prestations. Concrètement, cela signifie que tous les conjoints divorcés qui bénéficient, pendant au moins une année, d'une indemnité couvrant leur entretien et qui ne reprennent pas une activité lucrative dans ce délai ne bénéficient plus de la libération des conditions relatives à la période de cotisation, sauf dans l'hypothèse de l'article 13 alinéa 2bis LACI.

Cette situation est une aberration. En effet, dans le cadre du règlement des effets patrimoniaux du divorce, le juge aura, dans certains cas, considéré que l'intéressé peut reprendre une activité salariée après l'écoulement d'un laps de temps qui souvent s'étend au-delà d'un an après le divorce et qui tient compte notamment de l'activité éducative que l'intéressé doit fournir. Lorsque celui-ci ne peut trouver l'emploi en question, il est nécessaire que l'assurance-chômage apporte une compensation à ce manque à gagner⁵²¹. A défaut, la convention sur les effets accessoires du divorce devrait prévoir un maintien de l'indemnité versée par l'ex-conjoint jusqu'à ce que le créancier retrouve une activité lucrative.

521

Il est étonnant de constater que la femme mariée ou divorcée qui n'exerce pas d'activité lucrative ne peut pas être assurée auprès de la LACI alors que le concubin a l'obligation de cotiser et est assuré ! Comme le font remarquer AESCHBACHER ET AL., la situation de ce dernier ne s'en trouve que peu améliorée car le gain assuré sur lequel l'indemnité-chômage est calculée est maigre (AESCHBACHER ET AL., 366-367 et les références citées).

Le taux d'indemnisation de l'assurance-chômage est de 80 % du gain assuré lorsque l'ayant droit a un ou plusieurs enfants pour lesquels il a droit aux allocations familiales en vertu du droit cantonal ou de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture, ou encore lorsque l'autre parent touche de telles indemnités⁵²². Il est par contre de 70 % lorsque les parents ne reçoivent pas de telles indemnités.

Le gain assuré est un montant forfaitaire pour les personnes libérées de l'obligation de cotisation⁵²³. Il se monte à Fr. 153 par jour pour les personnes qui ont suivi une formation complète au sein d'une haute école, d'une école technique supérieure (ETS), d'une école normale, d'une école supérieure de cadres pour l'économie et l'administration (ESCA) ou qui disposent d'une formation équivalente. Cela représente un montant mensuel de Fr. 3'060 (calculé sur 28 jours, c'est-à-dire 20 jours ouvrables). Lorsque l'assuré a des enfants et qu'il aurait droit à des allocations familiales s'il exerçait une activité lucrative et que le canton ne verse pas les allocations familiales aux chômeurs, la caisse de chômage verse en plus de l'indemnité journalière une quote-part journalière des allocations familiales auxquelles il aurait droit⁵²⁴.

Pour les personnes qui ont terminé leur apprentissage ou qui ont acquis une formation équivalente dans une école professionnelle ou un établis-

⁵²² Art. 22 alinéa 1 et alinéa 2 lit. a *a contrario* LACI; art. 33 alinéa 1 OACI.

⁵²³ Art. 41 OACI. L'ordonnance prévoit que l'on applique également ce montant forfaitaire pour les personnes dont l'activité éducative compte comme activité soumise à cotisation. Pourtant la loi n'a rien prévu à ce sujet. Le législateur n'a pas délégué au Conseil fédéral le pouvoir de réglementer la question. On peut donc se demander si un assuré remplissant les conditions de l'article 13 al. 2bis pourrait réclamer une indemnité plus importante que l'indemnité forfaitaire, argumentant que la méthode de fixation de l'indemnité prévue dans l'ordonnance n'a pas de base légale. On peut imaginer que cela serait soutenable dans l'hypothèse où l'assuré réalisait, avant la période éducative, des gains lui permettant d'obtenir une indemnité supérieure aux montants forfaitaires prévus.

⁵²⁴ Art. 22 alinéa 1 LACI; GERHARDS, Grundriss, 117 n. 105. Cette situation devrait être corrigée par la nouvelle loi fédérale sur les allocations familiales, actuellement encore en projet, qui unifie les conditions auxquelles les allocations familiales sont versées et prévoit un droit aux allocations également lorsque le parent est au chômage. Pour plus de détails, voir ci-dessous titre K, pages 186 ss.

sement similaire, l'indemnité journalière est de Fr. 127, soit Fr. 2'540 par mois.

Pour toutes les autres personnes de plus de 20 ans, l'indemnité est de Fr. 102 par jour, soit Fr. 2'040 par mois, et pour celles de moins de 20 ans, de Fr. 40, soit Fr. 800 par mois.

En résumé, l'indemnité calculée sur un mois se montera à Fr. 2'448 (80%) respectivement Fr. 2'142 (70 %) pour un gain assuré de Fr. 3'060, à Fr. 2'032 respectivement Fr. 1'778 pour un gain assuré de Fr. 2'540, de Fr. 1'632 respectivement Fr. 1'428 pour un gain assuré de Fr. 2'040 et de Fr. 640 respectivement Fr. 560 pour un gain assuré de Fr. 800. Les indemnités journalières versées sont augmentées d'un supplément qui correspond au montant des allocations légales pour enfant et de formation professionnelle auxquelles l'assuré aurait droit s'il n'était pas au chômage⁵²⁵. Par contre, si l'assuré n'a pas d'obligation d'entretien envers des enfants, le montant forfaitaire est réduit de 50 %⁵²⁶.

La durée du versement des indemnités est la même pour tous les assurés et varie en fonction de l'âge de ceux-ci⁵²⁷. L'assuré qui remplit les conditions du droit à l'indemnité cotise également à l'AVS⁵²⁸ et depuis le 1er janvier 1997 à la LPP pour les risques d'invalidité et de décès uniquement⁵²⁹. A partir de cette date, l'assuré qui remplit les conditions d'octroi d'une indemnité de chômage est également assuré à titre obligatoire contre les risques d'accident, et la part de cotisations due par le travailleur à l'institution supplétive de prévoyance professionnelle est déduite de l'indemnité de chômage⁵³⁰. L'assurance-chômage verse égale-

⁵²⁵ OFAS, Aperçu, 54.

⁵²⁶ Art. 41 al. 2 lit. c OACL.

⁵²⁷ Art. 27 al. 2 LACL.

⁵²⁸ Art. 22a al. 1 et 2 LACL.

⁵²⁹ Art. 22a al. 3 LACL.

⁵³⁰ Art. 22a al. 4 LACL et art. 2 et 5 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents des personnes au chômage du 24 janvier 1996 (RO 1996 698 ss). A noter que selon

ment la part patronale pour le 1er pilier et pour le 2e pilier. La prévoyance AVS/AI et la prévoyance LPP (pour les risques décès et invalidité uniquement) de l'intéressé ne peuvent que s'en trouver améliorées.

Un délai général d'attente de 5 jours, auquel s'ajoute un délai spécial de 5 jours, en principe pour les assurés qui ont été libérés des conditions relatives à la période de cotisation⁵³¹, doivent être observés⁵³².

2. CONCLUSIONS INTERMEDIARES

Au regard de l'actuelle loi sur le chômage, le conjoint qui a interrompu son activité lucrative pendant le mariage - et de ce fait réduit sa capacité de gain - subit un dommage en matière d'assurance-chômage. Il ne pourra pas bénéficier d'une indemnité calculée sur la capacité de gain qui aurait été la sienne sans l'interruption du travail, ni d'une indemnité calculée sur un revenu moyen réalisé par lui et son conjoint pendant la durée du mariage. L'indemnité sera fixée soit sur la base d'une appréciation forfaitaire prenant en considération sa formation mais non l'absence de développement de la carrière, soit sur la base des revenus de l'activité lucrative qu'il aura exercée durant le délai-cadre de deux ans avant le chômage, l'indemnité reflétant alors la diminution de la capacité de gain.

Pour remédier à ce problème, la solution la plus équitable serait d'intégrer dans le calcul de l'indemnité journalière un bonus éducatif comparable au bonus éducatif que l'on a en matière d'AVS/AI. Cela aurait l'avantage d'assurer une prise en considération du travail éducatif dans l'évaluation de la capacité de gain de l'assuré. Pour les conjoints divorcés, une autre méthode serait d'intégrer dans le salaire déterminant de l'assuré qui a assumé des tâches éducatives une partie du salaire déterminant de son conjoint avant le divorce, diminuant dans la même mesure le salaire déterminant de ce dernier. Cette solution permettrait de "compenser" la

la nouvelle mouture des articles 23 al. 1 et 24 al. 1 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents, le gain assuré est celui que l'assuré aurait reçu sans le chômage.

⁵³¹ Les assurés pour lesquels la période éducative compte comme période de cotisation ne sont pas libérés des conditions relatives à la période de cotisation et ne sont donc pas soumis au délai spécial de 5 jours.

⁵³² Art. 18 al. 1 LACI, 6a al. 3 et 41 al. 2 OACI ainsi que 6 al. 2 et 6 OACI.

perte de la capacité de gain de l'assuré au moyen des revenus réalisés par le conjoint pendant le mariage. Elle aurait également l'avantage de pouvoir être financée en partie par les cotisations payées par le conjoint sur ses revenus.

Dans le nouveau droit, l'exercice d'une activité éducative permet d'être libéré de l'obligation d'avoir cotisé pendant une durée de 6 mois, mais uniquement si l'assuré est dans une situation de nécessité économique. L'activité éducative n'a donc pas été mise tout à fait sur pied d'égalité avec l'activité lucrative sur ce point. De plus, le conjoint divorcé est libéré de la même obligation d'avoir cotisé pendant 6 mois à l'assurance-chômage, mais uniquement lorsqu'il est contraint d'exercer une activité lucrative dans l'année qui suit le divorce. La règle a donc peu de portée, car aucun des conjoints divorcés qui reçoivent une indemnité d'entretien d'une durée de plus d'une année ne peut bénéficier de cet allègement des conditions du droit à l'allocation chômage.

H. La loi sur l'assurance-accidents (LAA)

1. DEVELOPPEMENT

La loi fédérale sur l'assurance-accidents⁵³³ du 20 mars 1981 assure, à titre obligatoire, tous les travailleurs occupés en Suisse⁵³⁴ et, à titre facultatif, les personnes exerçant une activité lucrative indépendante domiciliées en Suisse, ainsi que les membres de leur famille qui collaborent dans l'entreprise s'ils ne sont pas assurés à titre obligatoire⁵³⁵. L'affiliation à l'assurance-accidents est réservée aux personnes exerçant une activité lucrative.

⁵³³ RS 832.20.

⁵³⁴ Art. 1 al. 1 LAA.

⁵³⁵ Art. 4 al. 1 LAA.

Le conjoint au foyer n'y est donc pas affilié, pas plus que le conjoint divorcé qui n'exerce pas d'activité lucrative⁵³⁶.

L'assurance-accidents protège l'assuré contre les conséquences économiques d'un accident, professionnel ou non professionnel, ou d'une maladie professionnelle⁵³⁷. Elle prévoit deux types de prestations : d'une part, les prestations pour soins ainsi que le remboursement des frais, d'autre part, les prestations en espèces. Les prestations en espèces sont accordées sous la forme d'indemnités journalières, de rentes mensuelles ou d'indemnités en capital, destinées à compenser en partie les conséquences économiques de l'accident⁵³⁸.

Quels sont les effets de l'interruption ou de la réduction de l'activité lucrative pendant le mariage sur la situation de conjoint divorcé exerçant une activité lucrative ?

Tant l'indemnité journalière que la rente d'invalidité sont calculées sur la base du gain assuré. Le calcul s'effectue, pour la première, sur la base du dernier salaire que l'assuré a reçu avant l'accident. Pour la seconde, le calcul s'effectue sur le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident⁵³⁹. Lorsque la capacité de gain de l'assuré a été diminuée pendant le mariage, l'indemnité journalière ou la rente d'invalidité à laquelle il pourra prétendre reflétera cette diminution. Lorsque l'accident intervient alors que l'assuré est au chômage, la caisse verse une indemnité équivalant au montant de l'indemnité chômage, laquelle est également négativement influencée par l'atteinte à la capacité de gain qui s'est réali-

⁵³⁶ Ils peuvent alors, auprès de certaines caisses-maladie, s'assurer facultativement pour la compensation de la perte de gain par une indemnité journalière pour conjoint au foyer (AESCHBACHER ET AL., 278-280). Ils sont par contre obligatoirement assurés, dans le cadre de la LAMal, contre les accidents, mais uniquement en ce qui concerne les soins médicaux et pharmaceutiques (art. 1 al. 2 lit. b LAMal).

⁵³⁷ Art. 6 al. 1 LAA.

⁵³⁸ MAHON, Institutions, 130.

⁵³⁹ Art. 15 al. 2 LAA.

sée pendant le mariage⁵⁴⁰. L'assuré subit donc une atteinte aux attentes qu'il aurait pu avoir en matière d'assurances sociales.

Quels sont les effets du divorce sur les droits à une rente de survivant ? En cas de décès par accident, le conjoint survivant divorcé - veuve ou veuf - a droit à une rente ou à une indemnité en capital si l'ex-conjoint était tenu de lui verser des aliments⁵⁴¹ et si l'une des conditions suivantes est remplie⁵⁴² :

- le veuf ou la veuve a des enfants ayant droit à la rente d'orphelin;
- le veuf ou la veuve vit en ménage commun avec d'autres enfants ayant droit à une rente d'orphelin;
- le veuf ou la veuve est invalide aux 2/3 au moins ou le devient dans les deux ans qui suivent le décès du conjoint
- la veuve, au décès du mari ou de l'ex-mari, a des enfants qui n'ont plus droit à une rente d'orphelin
- la veuve a accompli sa 45e année au décès du conjoint ou de l'ex-conjoint.

⁵⁴⁰ Voir ci-dessus page 168.

⁵⁴¹ Art. 29 al. 4 LAA et 39 OLAA. Contrairement à la rente de veuve de la LAVS, il s'agit ici uniquement d'une indemnité au sens de l'article 151 alinéa 1 CCS qui peut donner droit à une rente de survivants de la LAA, à l'exception des indemnités basées sur l'article 152 CCS. Comme le constate LOCHER, il serait bon d'harmoniser la LAA à la LAVS sur ce point (LOCHER, Grundriss, 153 n. 15). L'indemnité doit en outre être versée sous forme de rente. Une indemnité en capital n'ouvre pas le droit à la rente de survivants (PAUCHARD, 150-151). Le but de cette disposition est d'éviter que l'indemnisation ne dépasse le montant de la perte de soutien. Il n'est cependant pas justifiable qu'une compensation de la perte de soutien apportée sous la forme d'un capital ne puisse pas donner lieu à une rente de survivant lorsque le versement du capital n'a pas été effectué ou pas totalement par exemple.

Par ailleurs, si l'indemnité civile octroyée était limitée dans le temps ou progressivement réduite, la rente de survivant suivra la même évolution et s'éteindra au moment où l'indemnité civile aurait dû prendre fin (PAUCHARD, 150).

⁵⁴² Art. 29 al. 3 LAA.

Par ailleurs, la veuve, divorcée ou non, qui n'aurait pas droit à une rente, mais non le veuf, a droit à une indemnité en capital dont le montant varie selon le nombre d'années de mariage⁵⁴³. Comme nous pouvons le constater, la veuve se trouve dans une situation plus avantageuse que le veuf pour l'obtention d'une rente de survivant ou d'une indemnité en capital, ce qui est critiquable⁵⁴⁴.

On constatera également que le montant de la rente est nettement moins important pour le conjoint divorcé que pour le conjoint marié. Les veuves et les veufs ont droit à une rente qui se monte aux 40 % du gain assuré⁵⁴⁵. Les conjoints divorcés, au contraire, ne peuvent recevoir que l'équivalent de la contribution d'entretien due, mais au maximum les 20 % du gain assuré⁵⁴⁶. La rente complémentaire à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité est également limitée au montant reçu comme aliments⁵⁴⁷. Le législateur a voulu limiter la compensation à la perte de soutien constatée par le juge civil. Comme actuellement la tendance est de limiter dans le temps l'indemnité civile versée après divorce⁵⁴⁸, cela a pour effet de réduire la rente de survivant à laquelle le conjoint divorcé peut prétendre.

On peut se demander s'il est légitime que la LAA fasse une différence entre le montant de la rente de survivant octroyé au conjoint divorcé et le montant octroyé au conjoint qui était encore marié avant le décès, alors que ni la LAVS, ni la LPP ne font une telle distinction.

⁵⁴³ Art. 29 al. 3 in fine et 32 LAA.

⁵⁴⁴ MAURER, 429 note 1108; RIEMER-KAFKA, 304; *contra* : AESCHBACHER ET AL., 335, qui considèrent cette différence de traitement comme une compensation de la situation plus défavorable des femmes dans le monde du travail.

⁵⁴⁵ Art. 31 al. 1 LAA. En cas de concours entre le conjoint survivant et les enfants, la rente totale ne peut dépasser les 70 % du gain assuré.

⁵⁴⁶ Art. 31 al. 2 LAA. En cas de concours entre le conjoint survivant, le conjoint survivant divorcé et les enfants, la rente totale ne peut dépasser les 90 % du gain assuré.

⁵⁴⁷ Art. 31 al. 4 LAA.

⁵⁴⁸ Voir ci-dessous pages 280.

Par contre, élément en faveur du conjoint divorcé, on ne retrouve pas dans la LAA l'exigence d'une durée minimale de mariage de 10 ans comme cela est le cas dans la LAVS et la LPP. Le conjoint divorcé ne perd donc en général pas d'expectative d'un droit à une rente de survivant du fait qu'il n'a été marié que pendant une durée relativement courte.

2. CONCLUSIONS INTERMEDIAIRES

Tant l'indemnité journalière que la rente d'invalidité refléteront les désavantages professionnels subis par l'assuré qui a interrompu son activité lucrative pendant le mariage, ou a réduit celle-ci. En effet, le salaire sur lequel sont calculées l'indemnité journalière et la rente d'invalidité sera marqué par ces désavantages. Cela vaut tant pour le conjoint marié que pour le conjoint divorcé.

Le conjoint divorcé - homme ou femme - subit également une atteinte à ses expectatives en matière de rente de survivant. En effet, la rente de survivant du conjoint divorcé se monte au maximum au montant de la contribution d'entretien qui était versée par le défunt, mais avec un plafonnement qui se situe aux 20 % du gain assuré du défunt, limite qui est la moitié de ce que recevrait le conjoint s'il n'y avait pas eu divorce (40 % du gain assuré). L'atteinte sera bien sûr d'autant plus conséquente que l'assuré avait un revenu important, car la rente est calculée sur la base du gain assuré du défunt.

I. La loi sur l'assurance-maladie (LAMal)

1. DEVELOPPEMENT

La loi fédérale sur l'assurance-maladie date du 18 mars 1994⁵⁴⁹. Elle met sur pied une assurance qui a pour but d'assurer les conséquences économiques de la maladie. Outre les frais liés aux soins médicaux et pharmaceutiques, couverts à titre obligatoire, elle couvre à titre facultatif la perte

⁵⁴⁹

RS 832.10.

de gain liée à la maladie sous la forme d'indemnités journalières. Nous nous intéresserons à l'assurance d'indemnités journalières en particulier.

L'assurance peut être individuelle ou collective. Elle alloue des prestations en cas de maladie, de maternité mais aussi en cas d'accident dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge⁵⁵⁰. Les indemnités journalières sont versées pendant une durée de 720 jours au moins dans une période de 900 jours, que l'incapacité de gain résulte d'une ou de plusieurs maladies⁵⁵¹. Peut s'assurer à titre facultatif toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de 15 ans révolus mais de moins de 65 ans⁵⁵².

Le montant de l'indemnité assuré est fixé d'entente entre les parties⁵⁵³. Toutefois, le montant assuré ne doit pas conduire à une surindemnisation, ce qui serait le cas si les prestations excédaient la perte de gain présumée subie par l'assuré ou la valeur des tâches qu'il ne peut pas accomplir⁵⁵⁴. En cas de surindemnisation, l'assureur réduira le montant de ses prestations jusqu'au montant du dommage subi. Ainsi, pour les risques maladie et accident, le conjoint au foyer, divorcé ou non, ne peut donc pas assurer plus que la valeur de ses services domestiques⁵⁵⁵.

Lors de la conclusion d'une assurance facultative d'indemnités journalières, l'assureur peut formuler une réserve pour les maladies existant au moment de l'admission et pour les maladies antérieures si une rechute est

⁵⁵⁰ Art. 1 al. 2 LAMal.

⁵⁵¹ Art. 72 al. 3 LAMal.

⁵⁵² Art. 67 al. 1 LAMal.

⁵⁵³ Art. 72 al. 1 LAMal.

⁵⁵⁴ Art. 109 et 122 al. 1 et 2 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) du 27 juin 1995 (RO 1995 3867 ss).

⁵⁵⁵ Actuellement les caisses prévoient des indemnités journalières qui se situent entre Fr. 30 et Fr. 40 par jour pour la compensation de l'atteinte à la capacité d'effectuer le travail au foyer (AESCHBACHER et al., 279).

possible⁵⁵⁶. Le conjoint divorcé qui ne bénéficiait pas d'une telle assurance pendant le mariage et qui souhaite en conclure une peut donc se voir opposer des réserves qui l'empêcheront de toucher des indemnités journalières en cas de survenance de l'événement en question. Cette remarque vaut également pour le conjoint au foyer qui conclut une assurance pendant le mariage, de même que pour le conjoint divorcé qui est au chômage. A noter que les réserves tombent après un délai de 5 ans.

2. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Le conjoint au foyer n'est pas au bénéfice d'une assurance-accidents obligatoire. Il peut facultativement s'assurer contre les accidents, mais uniquement pour l'indemnité journalière. Pour les soins médicaux et pharmaceutiques, par contre, il est obligatoirement assuré contre les accidents, dans le cadre de la LAMal.

Lors de la conclusion de l'assurance-accidents auprès des assureurs maladie, l'assureur peut formuler des réserves pour une période de 5 ans. Cela n'est, par contre, pas le cas dans l'assurance-accidents obligatoire à laquelle est soumis le conjoint qui exerce une activité lucrative. Le conjoint au foyer est donc sur ce point désavantagé par rapport à l'autre conjoint.

J. La loi sur l'assurance-militaire (LAM)

1. DEVELOPPEMENT

La loi fédérale sur l'assurance-militaire date du 19 juin 1992⁵⁵⁷. Elle organise un système d'assurance qui couvre toutes les affections physiques ou psychiques de l'assuré ainsi que leurs conséquences pécuniaires direc-

⁵⁵⁶ Art. 69 al. 1 LAMal.

⁵⁵⁷ RS 833.1.

tes⁵⁵⁸, lorsque l'affection se manifeste et est annoncée ou constatée de toute autre façon en relation avec le service⁵⁵⁹. L'assurance militaire offre différents types de prestations, dont des prestations pécuniaires. Nous nous limiterons à ces dernières, en examinant la rente d'invalidité, l'indemnité journalière et la rente de survivant.

Le militaire qui devient invalide durant son service militaire bénéficie d'une rente d'invalidité. Celle-ci se monte aux 95 % du salaire assuré⁵⁶⁰, c'est-à-dire du salaire annuel qui, pendant la durée de l'invalidité, aurait vraisemblablement été réalisé sans l'atteinte à la santé⁵⁶¹. Le salaire assuré est limité à un montant annuel maximal de Fr. 118'491⁵⁶². Le montant octroyé n'est pas modifié, sous réserve des adaptations à l'évolution des prix et des salaires⁵⁶³. Depuis le 1er janvier 1994, le militaire ayant une activité de conjoint au foyer au civil recevra une rente calculée sur la base du salaire d'un employé externe à la famille, ayant les mêmes qualifications et effectuant une activité semblable dans la même région⁵⁶⁴.

En cas d'incapacité temporaire de travailler pour cause de maladie ou d'accident, une indemnité journalière est versée au militaire. Le montant de l'indemnité est fixé selon les mêmes principes que ceux utilisés pour le calcul de la rente d'invalidité (95 % du gain assuré, celui-ci étant plafonné à un montant maximal de Fr. 118'491⁵⁶⁵). Le militaire qui est conjoint au foyer dans le civil a également droit à une indemnité journalière calculée

558 Art. 4 al. 1 LAM.

559 Art. 5 al. 1 LAM.

560 Art. 28 al. 2 LAM.

561 Art. 40 al. 2 LAM et 15 ss OAM.

562 Art. 15 al. 1 OAM.

563 Art. 43 LAM et 24 OAM; LOCHER, Grundriss, 266.

564 Art. 40 al. 5 LAM, art. 16 al. 4 et 17 OAM.

565 Le montant journalier maximal se monte donc à Fr. 299 (LOCHER, Grundriss, 211).

selon les principes décrits ci-dessus pour la rente d'invalidité⁵⁶⁶. Des cotisations sont payées sur l'indemnité journalière à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité, au régime des allocations pour perte de gain et à l'assurance-chômage⁵⁶⁷. L'assurance prend à sa charge la part patronale des cotisations aux assurances susmentionnées. Les cotisations sont également versées pour les militaires exerçant une activité domestique au civil⁵⁶⁸.

Lors du décès de l'assuré, ses survivants ont droit à une rente de survivant. Celle-ci est octroyée indépendamment du sexe, de sorte que les hommes bénéficient d'une rente de survivant aux mêmes conditions que les femmes en cas de décès du conjoint ou ex-conjoint à l'armée. Cette rente se monte à 40 % du gain annuel assuré du défunt⁵⁶⁹.

La rente de survivant du conjoint divorcé doit venir se substituer aux obligations légales du défunt à l'égard de son conjoint, telles qu'elles ont été fixées dans le jugement de divorce. Le conjoint divorcé ne bénéficiera de prestations que dans la mesure où l'autre conjoint avait l'obligation de verser une indemnité après divorce. La rente est limitée au montant de la contribution fixée et à la durée pendant laquelle celle-ci avait été octroyée. En outre, la rente de survivant ne pourra pas dépasser un montant maximal fixé aux 20 % du gain annuel assuré du défunt⁵⁷⁰.

2. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

La LAM ne traite pas inégalement les hommes et les femmes dans l'octroi des prestations pécuniaires. Elle prévoit en effet une indemnisation du conjoint au foyer en cas d'invalidité et en cas d'incapacité temporaire de travailler, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une femme.

⁵⁶⁶ Art. 28 al. 5 LAM et 16 al. 4 OAM.

⁵⁶⁷ Art. 29 LAM et 19 OAM.

⁵⁶⁸ Art. 20 OAM.

⁵⁶⁹ Art. 52 al. 3 LAM.

⁵⁷⁰ Art. 52 al. 4 LAM; LOCHER, Grundriss, 254 n. 18.

De plus, la rente de survivant du conjoint divorcé est attribuée au survivant, homme ou femme, à des conditions identiques : le défunt devait être tenu de verser au survivant une indemnité après divorce. En outre, la rente ne dépassera pas le montant de cette indemnité et en tout cas pas les 20 % du gain annuel assuré du défunt.

K. Le régime des allocations familiales

1. DEVELOPPEMENT

Les enfants engendrent des coûts directs et indirects pour les parents. Les coûts directs⁵⁷¹, c'est-à-dire les frais d'entretien de l'enfant, font l'objet d'une indemnisation forfaitaire partielle⁵⁷² par le biais d'allocations familiales et de déductions fiscales à l'avantage des familles. Les coûts indirects⁵⁷³, c'est-à-dire la diminution du revenu des adultes qui s'occupent entièrement ou en partie de l'enfant, restent par contre à la charge des parents.

Dans le but de soutenir et de promouvoir l'institution de la famille, l'article 34 quinquies alinéa 2 de la Constitution fédérale donne à la Confédération la compétence de créer des caisses de compensation et d'en rendre l'affiliation obligatoire pour la population ou une partie de celle-ci.

⁵⁷¹ Une étude du Fonds national suisse pour l'encouragement de la recherche scientifique, réalisée dans le cadre du programme PNR 29, montre qu'en 1994, le coût d'un premier enfant qui vit avec ses deux parents atteignait Fr. 1'450 par mois en moyenne, toutes classes de revenus confondues (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 21; HAFNER/SPYCHER/MEIER-SCHATZ/WELTI/JAGGI, 41).

⁵⁷² Dans le canton de Zurich par exemple, ces coûts sont compensés à raison d'un pourcentage variant, en fonction du revenu imposable et du nombre d'enfants, entre 13 % et 29 % (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 23).

⁵⁷³ Les coûts indirects moyens sont estimés à Fr. 3'354 par mois pour le premier enfant, Fr. 5'070 pour deux enfants, Fr. 5'928 pour trois enfants, Fr. 7'722 pour 4 enfants et plus (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 22).

Le législateur fédéral a adopté le 20 juin 1952 la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)⁵⁷⁴. Pour les travailleurs agricoles, cette loi prévoit, outre une allocation de ménage lorsqu'ils vivent en commun avec leur conjoint ou avec leurs enfants, une allocation pour chacun de leurs enfants⁵⁷⁵. Pour les indépendants, exploitants d'alpage et petits paysans, dont le revenu ne dépasse pas Fr. 30'000, limite qui est augmentée de Fr. 5'000 par enfant⁵⁷⁶, la loi prévoit une allocation pour enfant.

L'octroi des prestations est lié à l'exercice d'une activité lucrative agricole. Le parent qui n'exerce pas une telle activité ne peut prétendre recevoir des prestations. Lorsque les deux parents mariés et vivant en ménage commun ont droit à l'allocation familiale, celle-ci est versée par moitié à chacun d'eux⁵⁷⁷. Si les parents sont divorcés et que les deux peuvent prétendre à l'allocation pour enfant, celle-ci est attribuée à la personne qui a la garde de l'enfant, respectivement à celle qui a l'autorité parentale, à défaut à celle qui subvient en majeure partie à l'entretien de l'enfant⁵⁷⁸.

Le législateur fédéral n'ayant utilisé sa compétence que dans le domaine de l'agriculture, les cantons ont tous adopté leur propre législation⁵⁷⁹. Cela entraîne un panachage de 26 systèmes en partie différents⁵⁸⁰. Le type de

⁵⁷⁴ RS 836.1.

⁵⁷⁵ Art. 2 et 3 LFA.

⁵⁷⁶ Art. 5 al. 2 LFA.

⁵⁷⁷ Art. 9 al. 5 LFA.

⁵⁷⁸ Art. 9 al. 4 LFA.

⁵⁷⁹ LOCHER, Grundriss, 128 n. 6.

⁵⁸⁰ Pour une présentation plus détaillée des différents systèmes, voir la publication de l'Office fédéral des assurances sociales, *Aperçu des régimes cantonaux d'allocations familiales*, état au 1er avril 1996, Berne 1996.

prestations⁵⁸¹, l'âge limite pour obtenir des prestations⁵⁸² et le montant de celles-ci⁵⁸³ sont les principales différences existant entre les législations cantonales.

Dans tous les cantons, des allocations familiales sont prévues pour les salariés. Par contre, seuls neuf cantons ont prévu le versement d'allocations familiales⁵⁸⁴ pour les indépendants ayant des charges familiales⁵⁸⁵. Certains cantons ouvrent le droit aux allocations même aux parents sans activité lucrative⁵⁸⁶, tandis que d'autres fixent des limites de salaire maximales, au-dessus desquelles aucune allocation n'est versée⁵⁸⁷.

Dans la plupart des cantons, les allocations familiales sont versées en cas de divorce au conjoint auquel les enfants sont confiés. De plus, le montant des allocations dépend du taux de l'activité lucrative de l'ayant droit, de sorte que si le parent n'exerce qu'une activité lucrative à temps partiel, il ne recevra dans la plupart des cas qu'une indemnité partielle. Cette règle-

⁵⁸¹ Outre l'allocation pour enfants, certains cantons offrent également une indemnité de formation professionnelle et une indemnité au moment de la naissance (Office fédéral des assurances sociales, mémento sur les allocations familiales en faveur des salariés en Suisse, état au 1er avril 1996).

⁵⁸² Dans la majorité des cas, la limite d'âge est fixée à 16 ans, 25 ans si l'enfant est en formation (Office fédéral des assurances sociales, mémento sur les allocations familiales en faveur des salariés en Suisse, état au 1er avril 1996).

⁵⁸³ Le montant des allocations familiales varie entre Fr. 130 (cantons de Berne et des Grisons) et Fr. 280 (canton du Valais) (AESCHBACHER ET AL., 415 ss).

⁵⁸⁴ LOCHER, Grundriss, 129 n. 7; AESCHBACHER ET AL., 417; OFAS, Aperçu, 18; il s'agit des cantons de Lucerne, Uri, Schwyz, Zoug, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures et Rhodes-Extérieures, Saint-Gall, et les Grisons.

⁵⁸⁵ Le plus souvent, l'octroi de l'allocation familiale à un indépendant est soumise à une limite maximale de revenus. Le montant de l'allocation sera cependant en principe identique à celui octroyé aux salariés (OFAS, Aperçu, 19 [voir ci-dessus note 580]).

⁵⁸⁶ Notamment dans le canton du Jura (HERZIG, 8-9).

⁵⁸⁷ Notamment dans les cantons du Valais et de Fribourg. Fribourg exige en outre une fortune de moins de Fr. 150'000 (AESCHBACHER ET AL., 418).

mentation ne va pas sans problème. En effet, un grand nombre de conjoints divorcés reprennent une activité à temps partiel après le divorce et ne reçoivent donc qu'une allocation partielle. Il arrive même que le parent travaillant à temps partiel reçoive une indemnité partielle alors que, s'il n'exerçait aucune activité lucrative, l'ex-conjoint qui travaille à plein temps recevrait une pleine indemnité⁵⁸⁸. Seuls quelques cantons ont une législation spécifique pour ce problème qui prévoit qu'un parent exerçant seul la garde et travaillant à temps partiel peut recevoir une pleine indemnité⁵⁸⁹.

Le titulaire de l'allocation familiale est en principe celui qui exerce l'activité lucrative. Lorsque dans un couple marié les deux parents exercent une telle activité, la plupart des législations cantonales prévoient, en violation du principe de l'égalité entre homme et femme, que c'est le mari qui a droit à l'allocation⁵⁹⁰.

Pour les conjoints divorcés les solutions divergent beaucoup d'un canton à l'autre sur la question du droit à l'allocation familiale. En principe, le parent divorcé qui exerce une activité lucrative est lui-même titulaire du droit aux allocations familiales lorsqu'il a la garde, respectivement l'autorité parentale sur les enfants⁵⁹¹. Dans certains cantons, l'ex-conjoint du parent ayant la garde de l'enfant et travaillant à temps partiel peut prétendre recevoir la partie des allocations familiales qui n'est pas couverte par l'allocation reçue par le parent assumant une activité lucrative⁵⁹². Dans

⁵⁸⁸ OFAS, Aperçu (voir ci-dessus note 580), 36 ss.

⁵⁸⁹ AESCHBACHER ET AL., 420; c'est notamment le cas du canton de Neuchâtel qui octroie une indemnité entière dès que le parent travaille à 50 % au moins. A Schwyz, la limite inférieure a été fixée à 60 %. D'autres cantons encore exigent un minimum d'heures de travail (pour plus de détail, voir la brochure de l'OFAS, Aperçu [voir ci-dessus note 580], 11).

⁵⁹⁰ OFAS, Aperçu (voir ci-dessus note 580), 9; AESCHBACHER ET AL., 418.

⁵⁹¹ AESCHBACHER ET AL., 418.

⁵⁹² Notamment dans le canton de Berne (AESCHBACHER ET AL., 418 ainsi que la note 69).

d'autres cantons, c'est le parent divorcé pouvant revendiquer l'allocation la plus élevée qui y a droit⁵⁹³.

Dans certains cantons, le droit aux allocations familiales subsiste même lorsque le travailleur est empêché sans sa faute, c'est-à-dire en cas d'accident, de maladie, de chômage ou de service militaire⁵⁹⁴. Par contre, le parent qui interrompt son activité lucrative pour se consacrer entièrement à l'éducation de l'enfant n'y a pas droit. A notre avis, il serait justifié d'étendre le versement des allocations familiales à de telles situations. L'interruption de l'activité lucrative obéit à un motif que la société approuve. Les tâches éducatives doivent absolument être socialement reconnues et ne pas être pénalisées dans la législation d'assurance sociale.

Le système actuel est critiqué⁵⁹⁵. Outre le fait de varier d'un canton à l'autre, il ne prévoit aucune solidarité entre les cantons, dépend de l'exercice d'une activité lucrative, et n'englobe souvent pas les activités indépendantes, défauts qui ne sont plus admissibles⁵⁹⁶. Mme FANKHAUSER, membre du Conseil national, a déposé une initiative parlementaire. Elle réclame une allocation indexée d'au minimum Fr. 200 pour chaque enfant. En outre, des prestations liées à l'existence d'un besoin, analogues aux prestations complémentaires de l'AVS/AI, seraient également versées aux parents aussi longtemps que les enfants n'ont pas atteint l'âge où ils n'ont plus besoin de soins de la part de leurs géniteurs⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Dans les cantons de Saint-Gall, Thurgovie et Zurich (OFAS, Aperçu [voir ci-dessus note 580], 10).

⁵⁹⁴ Voir par exemple l'article 11 de la loi neuchâteloise sur les allocations familiales du 25 juin 1986.

⁵⁹⁵ HERZIG, 6 ss.

⁵⁹⁶ Pour une présentation des critiques du système actuel, voir le rapport explicatif de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS) du Conseil national sur le projet de loi fédérale sur les allocations familiales, 4.

⁵⁹⁷ Voir initiative FANKHAUSER du 13 mars 1991; par une décision du 2 mars 1992 le Conseil national a décidé d'y donner suite. Voir également les propositions de réforme formulées par SPYCHER/BAUER/BAUMANN pour accroître le volume des prestations familiales, ainsi que des propositions de financement de ces réformes (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 21 ss). Pro Familia et la «Schule und Elternhaus

Un projet de loi fédérale sur les allocations familiales, réalisé par la commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS) du Conseil national, a été mis en consultation par le Département fédéral de l'intérieur jusqu'au 31 octobre 1995. Les points forts de ce projet sont les suivants. Les allocations seront distribuées selon le principe un enfant = une allocation, indépendamment tant de l'exercice d'une activité lucrative ou non, que du fait que cette activité est dépendante ou indépendante⁵⁹⁸. Le parent qui exerce une activité à temps partiel recevra une allocation entière⁵⁹⁹. Le montant des allocations sera plus important et adapté régulièrement selon l'indice des prix à la consommation. L'allocation s'élèvera à Fr. 200 par mois au minimum⁶⁰⁰. Outre des allocations pour enfant, des allocations professionnelles, de naissance et d'accueil (pour les enfants adoptés) sont également prévues⁶⁰¹.

Il est en outre prévu que plusieurs personnes peuvent prétendre aux allocations familiales pour le même enfant. Ainsi, lorsque les parents sont séparés ou divorcés, l'allocation est attribuée dans l'ordre suivant : en premier lieu à la personne qui a la garde de l'enfant, puis à celle que les allocataires désignent conjointement lorsqu'ils en assument la garde en commun, puis à la personne qui subvient en majeure partie à l'entretien de l'enfant⁶⁰². Cette solution, déjà prévue dans certains droits cantonaux, est à l'avantage du parent divorcé qui a la garde des enfants et qui aura ainsi la possibilité de percevoir directement les allocations pour enfant. Elle élimine les solutions inégalitaires, prévues dans certains droits cantonaux, qui attribuent l'allocation pour enfant au père en cas de concours de droits des parents.

CH» réclament une prestation de Fr. 400 par enfant (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 29; FURER, 51). Dans son programme économique, le Parti socialiste suisse propose un relèvement de l'allocation familiale à Fr. 500 (SPYCHER/BAUER/BAUMANN, 29).

⁵⁹⁸ Art. 2 du projet.

⁵⁹⁹ Rapport explicatif du Conseil national, 5.

⁶⁰⁰ Art. 5 al. 1 du projet.

⁶⁰¹ An. 3 du projet.

⁶⁰² Art. 6 du projet.

Suite à la procédure de consultation, la commission du Conseil national a chargé son groupe de travail d'actualiser le projet et de proposer d'éventuelles solutions de remplacement⁶⁰³. Le délai de remise du projet a été prorogé de 2 ans, soit d'ici à la session d'hiver 1998 des Chambres fédérales⁶⁰⁴.

2. CONCLUSIONS INTERMEDIAIRES

La loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture ne contient pas de discrimination quant à la titularité du droit à l'allocation familiale. Lorsque les deux parents exercent une activité lucrative agricole, l'allocation revient à chacun d'eux pour moitié. Lorsqu'ils sont divorcés, le parent assumant l'activité éducative reçoit l'allocation.

Le conjoint divorcé est cependant désavantagé lorsqu'il n'exerce pas d'activité lucrative agricole. Dans une telle hypothèse, il ne reçoit pas d'allocation familiale, c'est l'ex-conjoint exerçant l'activité lucrative agricole qui y aura droit.

En dehors du champ d'application de la LFA, les législations cantonales contiennent des dispositions très différentes les unes des autres et pas toujours favorables au conjoint divorcé. En règle générale, le conjoint divorcé exerçant une activité lucrative à temps partiel ne peut prétendre qu'à une allocation partielle. Le fait que l'autre parent de l'enfant travaille à plein temps ne justifie pas l'octroi d'une allocation entière. Si le conjoint divorcé assumant l'éducation des enfants n'exerce pas d'activité lucrative, il n'a droit à aucune allocation familiale, c'est l'ex-conjoint exerçant une activité lucrative qui la recevra.

Il est à relever que certaines législations cantonales prévoient que, dans l'hypothèse où les deux parents mariés auraient droit à l'allocation familiale, c'est le mari qui la reçoit, ce qui est contraire au principe de l'égalité entre homme et femme.

⁶⁰³ Fritz STALDER, 262.

⁶⁰⁴ Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1996, 2141.

L. Conclusion

La plupart des désavantages et discriminations indirectes que nous avons mentionnés ne font l'objet d'aucune compensation, sous réserve de certaines atteintes aux expectatives de prévoyance qui sont prises en compte dans le cadre de l'article 151 alinéa 1 CCS.

Cette situation contribue à cristalliser le partage des tâches traditionnel tel qu'on le trouve aujourd'hui. En effet, tant que la situation du conjoint au foyer sera nettement plus défavorable et plus précaire que celle du conjoint assumant une activité lucrative, les hommes ne seront pas incités à assumer une plus grande part de tâches domestiques. De leur côté les femmes, qui pourraient également être incitées à éviter d'assumer un tel rôle, éprouvent une certaine difficulté à imposer un partage égalitaire, la tradition et l'éducation jouant en leur défaveur. Il n'y a donc pas véritablement de libre choix.

1349

VI. LES COMPENSATIONS APPORTEES PAR LE DROIT DE LA FAMILLE

A. Introduction : analyse économique

1. GENERALITES SUR L'ANALYSE ECONOMIQUE DU DROIT DU DIVORCE

L'analyse économique du droit peut avoir trois fonctions différentes⁶⁰⁵. Elle peut tout d'abord permettre de prévoir les effets de règles de droit, c'est-à-dire de prévoir l'évolution des comportements des individus en fonction du contenu des règles de droit⁶⁰⁶. La deuxième fonction de l'ana-

⁶⁰⁵ Voir pour plus de détails l'article de David FRIEDMAN, "Law and Economics" in *The New Palgrave*, vol. 3, 144 ss.

⁶⁰⁶ Afin de concrétiser cette fonction de l'analyse économique du droit, nous citerons un exemple utilisé par David FRIEDMAN. Dans les domaines où il n'y a pas nécessairement un contrat et un prix, la contribution de l'analyse économique du droit a été d'intégrer explicitement la notion de choix rationnel des individus comme élément ayant une influence sur des résultats que l'on considère à tort comme irrationnels ou non voulus. L'exemple relève du domaine des accidents automobiles :

"Consider automobile accidents. While a driver does not choose to have an accident, he does make many choices which affect the probability that an accident will occur. In deciding how fast to drive, how frequently to have his brakes checked, or how much attention to devote to the road and how much to his conversation with the passenger next to him, he is implicitly trading off the cost of an increased risk of accident against the benefit of getting home sooner, saving money, or enjoying a pleasant conversation. The amount of «safety» the driver chooses to «buy» will then be determined by the associated cost and benefit functions. Thus, for example, PELTZMAN (1975) demonstrated that safer autos tend to result in more dangerous driving, with the reduction in death rates per accident being at least partly balanced by more accidents as drivers choose to drive faster and less carefully in the knowledge that the cost of doing so has been lowered.

This way at looking at accidents is important in analyzing both laws designed to prevent accidents, such as speed limits, and liability laws designed to determine

lyse économique est d'évaluer les règles qui sont efficaces et par conséquent de déterminer le contenu souhaitable de ces règles. La troisième permet de prévoir les règles qui seront adoptées par une analyse des groupes d'intérêts en présence et de leur importance respective⁶⁰⁷. Dans le domaine du droit du divorce, l'analyse économique est utilisée dans sa première fonction, c'est-à-dire pour prévoir les effets du droit du divorce sur le comportement des individus et notamment sur la répartition des tâches au sein de la famille.

Les domaines naturels de l'analyse économique du droit sont ceux ayant un rapport étroit avec le marché et les échanges de ressources entre les individus (les contrats, la responsabilité civile, le droit de la propriété, etc.). C'est dans ces secteurs que la doctrine économique a commencé à concentrer ses efforts.

Les théories économiques en droit de la famille sont récentes. Elles se sont développées aux Etats-Unis dans le domaine des conséquences économiques du divorce au moment où le droit du divorce a radicalement changé dans tous les Etats, passant d'un divorce possible seulement sur la base d'une rupture fautive de l'union conjugale à une dissolution qui peut

who must pay for accidents when they occur. From the economic perspective, the two sorts of laws are alternative tools for the same purpose - controlling the level of accidents.

A driver who knows he will be liable for the costs of any accidents he causes will take that fact into account in deciding how safely he should drive. (...)

The advantage of liability over direct regulation is that the knowledge that if he causes an accident he must pay for it gives the driver an incentive to modify his behaviour in any way that will reduce the chance of an accident, whether or not others can observe it. Regulations such as speed limits control only those elements of driver behaviour which can be easily observed from the outside - speed but not attention, for example. The disadvantage of liability is that it forces drivers, who may well be risk averse, to participate in a lottery - one chance in two thousands, say, of causing an accident and having to pay all of its cost" (FRIEDMAN [voir ci-dessus note 605], 144).

607

Selon cette troisième fonction, les règles adoptées auront tendance à favoriser les groupes d'intérêts concentrés plutôt que ceux qui sont dispersés, les premiers ayant plus de facilité à réunir les fonds nécessaires pour faire du *lobbying* en leur faveur (FRIEDMAN [voir ci-dessus note 605], 147).

être obtenue en cas de rupture du lien conjugal⁶⁰⁸. Cette petite révolution est intervenue à partir de la fin des années 60, sous l'impulsion de l'Etat de Californie qui a modifié sa législation sur le divorce en 1969⁶⁰⁹. Dans l'Etat de Californie, depuis 1969, le divorce peut être librement obtenu sur allégation d'un conjoint que des différences inconciliables (*irreconcilable differences*) ont causé la rupture irrémédiable du mariage. Il s'agit d'un divorce obtenu sur requête unilatérale d'un conjoint (*no-consent rule*). Les autres Etats américains n'ont pas tous suivi le modèle californien. Un certain nombre ont introduit le divorce sans faute à côté d'autres causes de divorce, basées sur la faute⁶¹⁰.

Avant l'introduction du divorce sans faute, les parties qui souhaitaient divorcer recouraient à des témoignages factices établissant la faute de l'un des conjoints dans la rupture de l'union conjugale. Il était difficile pour un conjoint de divorcer sans la coopération de l'autre. Lorsque l'époux qui souhaitait divorcer ne pouvait établir à la charge de l'autre les motifs permettant le divorce, il devait nécessairement négocier l'accord de son conjoint. En règle générale, le divorce était obtenu moyennant indemnité accordée au conjoint qui ne sollicitait pas le divorce⁶¹¹.

608 Tous les Etats américains ont adopté une forme ou l'autre de dissolution du lien conjugal indépendamment de la faute de l'un ou de l'autre conjoint (FINEMAN, *Illusion* (voir ci-dessous note 1071), note 8, chapitre 2, 192; Doris Jonas FREED/Henry H. FOSTER Jr., "Divorce Revolution in the Fifty States : An Overview", *Family Law Quarterly* 14/1981, 229). Aussi étonnant que cela puisse paraître à nous Suisses qui avons la rupture irrémédiable du lien conjugal comme cause de divorce dans notre code depuis 1907, les Etats américains ne connaissaient que le divorce pour faute avant le mouvement *no-fault* des années 70 !

609 Le modèle de législation sur le droit du divorce (Uniform Marriage and Divorce Act) qui a été promulgué en 1970 contenait le principe de la rupture irrémédiable de l'union conjugale comme seule cause de dissolution (FINEMAN, *Illusion* (voir ci-dessous note 1071), note 8, chapitre 2, 192).

610 WEITZMAN (voir ci-dessus note 176), 15-51.

611 PARKMAN, *No-Fault* (voir ci-dessus note 185), 22.

C'est à partir des années 80 que les effets économiques de la modification du droit du divorce se sont fait sentir et que les théories économiques du droit du divorce se sont développées.

2. DEVELOPPEMENT

a) Généralités

Les économistes nous apportent des éléments nouveaux dans la problématique des effets du mariage et les conséquences du divorce.

Tout d'abord ils nous permettent de considérer le système du règlement des conséquences du divorce d'une manière plus conforme aux véritables enjeux d'un divorce. Les économistes examinent l'intérêt d'un conjoint à rompre le mariage et donc les bénéfices retirés du divorce, en tenant compte de ce qu'ils appellent le **capital humain**, soit le stock de capacités humaines économiquement productives. Le plus souvent, le capital humain n'est pas pris en compte par les juristes lorsque s'effectue la répartition des acquêts du mariage. Comme il ne s'agit pas d'un bien au sens traditionnel du terme, il échappe au partage des biens. Pourtant, la "réussite" d'un divorce, autrement dit la réalisation d'un divorce véritablement équitable pour les deux parties, ne peut s'effectuer sans une prise en considération de tous les coûts du divorce y compris les atteintes au capital humain.

Ensuite, les économistes du droit de la famille mettent en évidence l'équilibre sur lequel repose le modèle traditionnel, autrement dit les intérêts des deux parties à conclure un accord de partage traditionnel des tâches. L'analyse coût/bénéfice d'une décision de spécialisation dans le travail domestique montre que ce travail est partiellement dépendant de la protection que le droit apporte à l'investissement fourni⁶¹². Meilleure est la protection, plus importante sera la spécialisation et, inversement, plus la décision de spécialisation comporte des risques, moins le conjoint concerné sera incité à se spécialiser. Les règles sur le divorce et notamment

⁶¹² PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 37.

celles sur les causes de divorce et les compensations fournies au moment du divorce jouent un rôle important⁶¹³.

b) Différences dans la nature et le moment où interviennent les contributions traditionnelles

Les contributions des conjoints à l'entretien de la famille n'interviennent pas en même temps et n'ont pas la même valeur marchande. Elles sont diversement influencées par un divorce.

Dans le modèle traditionnel, le conjoint au foyer fournit dès le mariage une contribution typique, telle l'éducation des enfants, la préparation des repas, l'entretien du ménage, etc. Les économistes, en particulier BECKER, parlent ici de *commodities*⁶¹⁴ propres au ménage, c'est-à-dire de biens et/ou services qui ont une valeur déterminée pour le ménage. Les *commodities* domestiques fournies par la femme n'ont en principe pas de valeur marchande⁶¹⁵. Sur le marché du travail, les aptitudes éducatives et ménagères de la femme ne sont pas reconnues comme productrices de revenus. Par contre, les *commodities* domestiques ont une valeur pour la famille. Cette valeur est importante dès lors que des enfants font partie du ménage. Elle va progressivement décroître à mesure que les enfants grandissent et quittent le foyer. Avec l'écoulement du temps, la valeur de la contribution domestique diminue.

⁶¹³ PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 37.

⁶¹⁴ En utilisant la notion de *commodities*, les économistes se réfèrent aux biens et services produits en combinaison avec le temps nécessaire pour produire de telles *commodities* (BECKER, Theory [voir ci-dessus note 134], 493-517). La satisfaction que procure la *commodity* ne dépend pas uniquement du bien lui-même mais au contraire de la combinaison entre le bien et le temps utilisé pour produire une telle *commodity* (PARKMAN, No-Fault [voir ci-dessus note 185], 27-28).

⁶¹⁵ Ira Mark ELLMAN, "The Theory of Alimony", *California Law Review* 77/1989, 42.

Par contre, la valeur des contributions fournies par le conjoint spécialisé dans les activités marchandes va au contraire augmenter⁶¹⁶ avec l'écoulement du temps. Le conjoint "marchand" va pouvoir se spécialiser dans son activité professionnelle et en retirer des profits supplémentaires. Etant donné qu'il n'a pas la charge des tâches domestiques, il va pouvoir effectuer des investissements supplémentaires dans son activité professionnelle. Il va également bénéficier de l'accroissement de son expérience professionnelle acquise au fil des années. Globalement, son capital humain professionnel va augmenter, cette augmentation étant bien sûr plus marquée en période de bonne conjoncture économique.

Ce décalage dans le temps qui existe entre les moments auxquels interviennent les contributions de chacune des parties est au désavantage de la partie qui s'exécute la première. Dès l'instant où elle s'exécute, sa situation est plus précaire. Dans un couple traditionnel, lorsque la capacité de gain du mari atteint son maximum, la contribution de la femme a déjà été en grande partie fournie. Elle a déjà donné naissance aux enfants, les a éduqués et a fourni à son conjoint l'environnement familial qui lui a permis de développer sa capacité de gain. La contribution du conjoint au foyer survient principalement au début du mariage et a tendance à décroître lorsque les enfants sont élevés et quittent le domicile des parents. Si un divorce survient entre les parties, le conjoint au foyer est dans une situation désavantageuse dès l'instant où il a commencé l'exécution de sa prestation, car, à ce moment, il a effectué un investissement plus important que la partie de la contre-prestation déjà fournie par l'autre conjoint. Il perd ainsi la compensation intégrale de son investissement, compensation qui aurait dû survenir ultérieurement, au moment où la valeur de sa propre prestation aurait diminué et celle de l'autre conjoint aurait eu tendance à augmenter.

Dans tout contrat bilatéral dont les prestations sont fournies à des moments différents, la partie qui s'exécute la première exigera une protection à long terme de sa prestation. Sans une telle protection, elle n'aura pas d'incitation à conclure un accord avec l'autre partie. Ce raisonnement typique du droit des contrats vaut *mutatis mutandis* en matière de relations conjugales. Aux yeux des analystes économiques de la famille, les époux s'unissent dans le but de maximiser les profits pour les deux, tout

616

PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 31, 37.

comme des contractants concluent un contrat lorsque l'accord permettra à chacun d'eux de faire un profit⁶¹⁷. Dans un contrat de durée, la partie qui fait au départ un investissement plus important que l'autre, dans l'espoir de continuer à bénéficier ultérieurement de la contre-prestation promise, hésitera longuement avant de conclure le contrat si elle n'obtient pas de garantie quant à sa durée et donc quant à l'exécution de l'entier de la contre-prestation.

Ces différences entre le moment auquel les conjoints fournissent leur prestation peuvent avoir plusieurs conséquences :

- incitation pour le conjoint qui a reçu les prestations en premier à rompre le contrat avant d'avoir fourni sa propre prestation à moins que le système légal ne fournisse des garde-fous et ne protège le conjoint qui s'est exécuté le premier⁶¹⁸ ;
- l'investissement spécifique du conjoint "domestique" pouvant être périlleux, il y sera plus facilement renoncé;
- appauvrissement du conjoint "domestique" qui a fourni sa contribution mais ne bénéficiera pas de la contre-prestation promise.

La différence dans la valeur marchande des contributions typiques fournies par les deux conjoints est une circonstance défavorable au conjoint "domestique" lorsque survient un divorce. La contribution traditionnelle de l'épouse n'a de valeur que pour le ménage et en particulier pour l'autre conjoint. Qu'elle soutienne son mari pendant que celui-ci finit ses études, sa formation post-graduée ou lui apporte un soutien émotionnel et des services domestiques qui lui permettront d'accroître sa capacité de gain, la contribution de l'épouse n'a de valeur que pour le ménage. Cela vaut également pour les services fournis en faveur des enfants. Sur le marché du travail, cette activité éducative n'a en principe pas de valeur marchande. Si le droit du divorce ne tient pas compte de la valeur que représente la contribution du conjoint "domestique" pour l'autre conjoint, une des par-

⁶¹⁷ Selon Lloyd COHEN, cela explique pourquoi les femmes ont tendance à épouser des hommes plus âgés qu'elles. De la sorte, les contributions des époux à l'entretien du ménage interviennent à des moments mieux coordonnés (COHEN, "Mariage, Divorce, and Quasi Rents; or I Gave Him the Best Years of My Life", *The Journal of Legal Studies* 16/1987, 293).

⁶¹⁸ ELLMAN (voir ci-dessus note 615), 42-43.

ties fait un bénéfice au moment du divorce tandis que l'autre subit une perte.

Selon les partisans de l'analyse économique du droit, le droit du divorce désavantage particulièrement le conjoint qui se spécialise dans le travail domestique dans la mesure où il ignore le capital humain accumulé par chacun des conjoints pendant le mariage. Cette situation est particulièrement inéquitable lorsque les conjoints décident ensemble d'un partage traditionnel des tâches de façon à accroître les profits globaux du ménage. En effet, une telle décision réduit le capital humain professionnel du conjoint spécialisé dans les tâches domestiques et favorise le développement du capital humain professionnel de l'autre conjoint⁶¹⁹.

Lorsque le couple décide que les chacun tirera des bénéfices supplémentaires du fait qu'un des conjoints réduit son activité professionnelle et se spécialise dans le travail domestique, le conjoint en question va sacrifier des possibilités de maintenir et même d'accroître sa capacité de gain. Ce conjoint verra donc son capital humain diminuer du fait de la décision prise en commun par les époux⁶²⁰. Du fait de l'activité éducative, les possibilités de remariage en cas de divorce se trouvent également réduites⁶²¹.

Ainsi, tandis que la contribution de la femme est fortement affectée par un divorce, celle de l'homme reste peu touchée par une telle situation⁶²².

c) Protection offerte par le droit

Le droit du divorce offre deux types de protection. Les indemnités après divorce et les causes de divorce. La première protection est efficace lorsqu'elle tient compte des véritables coûts du divorce pour le conjoint "domestique" et offre une compensation équitable. La seconde réalise un

⁶¹⁹ PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 6-7.

⁶²⁰ PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 42.

⁶²¹ Voir ci-dessous note 625

⁶²² ELLMAN (voir ci-dessus note 615), 42.

divorce efficient lorsqu'elle a pour effet de favoriser la négociation des coûts susmentionnés entre les conjoints de façon à ce que le divorce n'intervienne que lorsqu'un accord équitable a été obtenu.

(1) Les indemnités après divorce

Les indemnités allouées au conjoint qui subit des dommages du fait du divorce constituent un moyen efficace de redistribuer les biens acquis pendant le mariage. Elles permettent d'indemniser/dédommager la femme des coûts d'opportunité qu'elle subit en contractant un mariage et en effectuant un investissement spécifique dans le mariage (spécialisation). Elles ont pour effet d'encourager la conclusion du mariage, de même que sa productivité et sa stabilité⁶²³.

Les coûts du divorce sont principalement la perte de l'aptitude à réaliser des revenus⁶²⁴ ainsi que la perte des chances de remariage⁶²⁵. Les gains existants au moment du divorce sont liés à la capacité de gain accrue d'un des conjoints du fait de l'investissement de l'autre dans le foyer.

⁶²³ Dans le même sens, voir ELLMAN (voir ci-dessus note 615) qui définit les conditions auxquelles l'indemnité après divorce est attribuée.

⁶²⁴ Cela inclut la perte de revenus courants, la perte de la capacité de gain due à la dépréciation des aptitudes professionnelles acquises auparavant et la perte d'opportunités d'investissement dans les aptitudes professionnelles (Jacob MINCER/Salomon POLACHEK, "Family Investments in Human Capital", *Economics of the Family*, 397 note 5).

⁶²⁵ ELLMAN (voir ci-dessus note 615), 43-44. Les chances de remariage de la femme diminuent avec l'âge en partie du fait de l'attrait sexuel qui diminue, conformément à des moeurs relativement immuables. En outre, les femmes plus âgées n'épousent en général pas des hommes plus jeunes qu'elles, ce qui réduit les chances de remariage. De plus, les femmes qui se remarient ont souvent la responsabilité d'enfants nés d'un précédent mariage, ce qui a pour effet de rendre plus difficile la recherche d'un compagnon.

Les hommes ont de meilleures perspectives de remariage. Tout d'abord, leur situation financière s'améliore avec l'âge, ce qui facilite le remariage. Ensuite, la possibilité d'épouser des femmes plus jeunes qu'eux atténue les effets d'un attrait sexuel qui diminue avec l'âge.

Pour que le couple choisisse un degré optimal de spécialisation, il faut que celui qui se spécialise et qui supportera l'entier des risques en cas de divorce reçoive une compensation de son conjoint. Dans la mesure où les revenus des investissements de la femme dans le ménage sont constitués de l'augmentation de la capacité de gain du mari⁶²⁶ (qui est libéré des tâches domestiques et peut ainsi investir uniquement dans sa capacité professionnelle), la femme n'investira dans la capacité de gain du mari que si elle est directement dédommée pendant la période d'investissement ou si elle acquiert des droits sur les revenus futurs générés par son investissement⁶²⁷.

Si les indemnités allouées au moment du divorce sont efficaces, c'est-à-dire si elles dédommagent adéquatement l'épouse de la perte de ses opportunités professionnelles du fait du mariage, elles permettront au conjoint "domestique" d'allouer efficacement ses ressources pendant le mariage et de se spécialiser sans courir le risque de perdre tous les profits de son investissement. Dans cette mesure, l'indemnité après divorce et le partage des biens accumulés pendant le mariage apparaissent comme une compensation du dommage survenu du fait du divorce⁶²⁸.

(2) *Les causes de divorce*

Le divorce octroyé sur la base de la faute d'un des conjoints pouvait constituer aux Etats-Unis une incitation pour les époux à recourir à la négociation. Avec la faute, les véritables coûts du divorce étaient en partie pris en considération dans le cadre de la négociation entre les conjoints. La suppression de la faute comme cause de divorce et comme critère de partage des biens et d'attribution d'une indemnité a rendu le divorce plus objectif et la négociation comme moyen de résolution des conflits a perdu

⁶²⁶ Cette augmentation s'observe dans les salaires plus élevés des hommes mariés, leur durée de vie plus longue et une meilleure santé que les hommes non mariés (LANDES [voir ci-dessus note 145], 40).

⁶²⁷ LANDES (voir ci-dessus note 138), 44-45.

⁶²⁸ COHEN (voir ci-dessus note 617), 275; LANDES (voir ci-dessus note 138), 35, qui estime que l'indemnité après divorce dédomme la femme des coûts d'opportunité qu'elle subit en contractant un mariage et en investissant dans le mariage.

de l'importance. La position du conjoint "domestique" s'est trouvée affaiblie⁶²⁹. Alors que le divorce sur faute lui permettait de "négocier" son accord, le divorce sans faute lui a supprimé tout *bargaining chip* dans la discussion avec l'autre conjoint.

Le divorce sur faute offrait une certaine protection au conjoint "domestique" mais uniquement à celui qui avait fidèlement rempli ses obligations pendant le mariage et qui pouvait négocier son consentement au divorce contre une indemnité financière plus importante que ce que le juge aurait accordé. Toutefois, si le divorce sur faute assurait une certaine protection du conjoint "domestique" non fautif il n'offrait aucun soutien au conjoint fautif. Celui-ci ne pouvait souvent rien obtenir dans le cadre de la négociation et se voyait assez souvent refuser toute indemnité après divorce par le juge. Cette situation n'était pas satisfaisante dans la mesure où elle renforçait les rôles traditionnels. La femme au foyer avait d'une certaine manière le couteau sous la gorge pour se comporter conformément à ses devoirs pendant le mariage. Le mari avait de son côté la possibilité de s'offrir financièrement une conduite non conforme à ses obligations matrimoniales.

En outre, le système du divorce sur faute ne correspond plus aux conceptions actuelles du mariage⁶³⁰.

(3) *Autres solutions ?*

Actuellement, les divorces ne sont pas efficaces car ils ne tiennent pas adéquatement compte des pertes effectives subies par certaines parties. Une des solutions est de définir adéquatement les biens qui doivent être soumis à distribution⁶³¹ ou compensation au moment du divorce.

⁶²⁹ Toutefois, lorsque le conjoint "non domestique" n'était pas fautif dans la désunion, la position du conjoint "domestique" n'était pas meilleure dans un système de divorce sur faute. Cette remarque vaut également dans l'hypothèse où le conjoint "domestique" était lui-même fautif.

⁶³⁰ Voir ci-dessous page 210.

⁶³¹ PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 129.

Selon PARKMAN, une prise en considération des atteintes au capital humain des conjoints ne serait pas suffisante, car d'autres coûts du divorce devraient être englobés, tels le coût du divorce pour les enfants ou la perte de chances de se remarier pour un des conjoints. Ces coûts sont cependant difficiles à évaluer. Pour PARKMAN, le seul moyen d'avoir une prise en compte totale des coûts du divorce pour les conjoints est d'autoriser le divorce uniquement sur la base du consentement mutuel des deux conjoints⁶³². Seul ce moyen permet de garantir des divorces qui surviennent lorsque globalement tous les coûts du divorce apparaissent aux deux conjoints comme inférieurs aux gains qu'ils vont en retirer.

Pour des raisons évidentes de politique juridique, il est cependant difficile d'imaginer de restreindre le divorce au seul cas du consentement mutuel. Il est bien plus probable que les législations nationales évoluent dans le sens d'une modification de la définition des biens susceptibles de partage, de manière à inclure la notion de capital humain⁶³³.

3. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Le mariage a énormément évolué jusqu'à nos jours. D'une union jouant un rôle économique important pour la société et pour les conjoints, il est passé à une union basée sur l'amour et l'affection. Le rôle de lieu de domination sur les membres de la famille s'est peu à peu effacé. Le mariage est également moins souvent un lieu de production des ressources économiques de la famille⁶³⁴.

⁶³² PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 137-140; PARKMAN propose comme solution intermédiaire d'imposer le divorce par consentement mutuel uniquement dans les cas où les coûts sont importants, et d'autoriser le divorce sans faute dans les autres cas, à savoir lorsque le couple n'a pas d'enfants ou durant la première année de mariage (sauf si la femme est enceinte).

⁶³³ PARKMAN, No-Fault (voir ci-dessus note 185), 140.

⁶³⁴ Wolfram MÜLLER-FREIENFELS (voir ci-dessus note 4), 39-40.

"The chief concern over the family nowadays is not how strong it may be as an economic organization, but how well it will perform services for the personalities of its members"⁶³⁵.

Le mariage a également évolué d'une conception d'unité institutionnelle⁶³⁶ à celle d'une communauté privée⁶³⁷ (*Intimgruppe*). Les révolutions intel-

⁶³⁵ OGBURN, *Selected Essays on Family Law*, 1959 20, cité par MÜLLER-FREIENFELS (voir ci-dessus note 4), 40.

⁶³⁶ La famille institutionnelle est contrôlée principalement par la morale, l'opinion publique et le droit. Dans la famille patriarcale, type idéal de la famille institutionnelle et modèle d'organisation familiale dans les sociétés anciennes, le pouvoir était concentré dans la personne du chef de famille, la femme, les enfants, les conjoints et enfants de ceux-ci ainsi que les filles non mariées lui étant subordonnés. Les parents arrangeaient les mariages sur la base de considérations économiques et de statut social. Le mariage procurait un statut social tant à l'homme qu'à la femme. L'homme acquérait autorité sur les biens de la famille; il obtenait l'assurance que ses descendants bénéficieraient du statut d'enfants légitimes et il pouvait transmettre les biens de la famille par succession (Ernest W. BURGESS/Harvey J. LOCKE, *The Family : From Institution to Companionship*, 2e éd., New York 1960, 22-24). La femme se voyait légitimée dans le rôle de femme et de mère, seul rôle socialement acceptable qu'elle puisse exercer, hormis entrer au couvent (Margaret F. BRINIG/June CARBONE, "Reliance Interest", *Tulane Law Review*, 62/1988, 859-860). La famille institutionnelle était également guidée par le respect des devoirs et de la tradition. Elle avait en outre des fonctions étendues : récréatives, économiques, éducatives, religieuses, protectrices et de soins (BURGESS/LOCKE [voir ci-dessus note 636], 22-24).

⁶³⁷ Dans la famille moderne au contraire, les décisions sont prises par accord entre ses membres placés sur pied d'égalité; les enfants participent au processus décisionnel à mesure qu'ils grandissent. Le mariage est devenu plus démocratique. Il a passé d'une union patriarcale, dominée par le chef de famille, à une union de deux partenaires égaux. A partir du moment où les enfants ont pu obtenir librement des terres (non plus uniquement par le biais de la succession) ou un travail dans une usine, l'autorité des parents s'est amoindrie: les enfants ont commencé à arranger librement leur mariage et à créer leur propre foyer. Les unions conjugales ont pu alors se former sur la base du choix du compagnon, selon des critères tels que les sentiments amoureux, les intérêts communs, la compatibilité respective, etc. La réalisation du bonheur personnel des membres de la famille est devenue le but recherché (BURGESS/LOCKE [voir ci-dessus note 636], 18).

lectuelles intervenues aux XVIII^e et XIX^e siècles (le siècle des Lumières, l'idéalisme, le libéralisme, le socialisme, l'émancipation des femmes, etc.) qui ont libéré l'être humain d'une organisation patriarcale ont, en conjonction avec l'évolution de la société, fait évoluer la famille d'une institution objective et supra-personnelle à un groupe intime, subjectif et personnel⁶³⁸.

Les fonctions historiques de la famille se sont considérablement amoindries. Nombreuses sont les anciennes fonctions du mariage institutionnel auprès de l'Eglise, de l'Etat, de diverses organisations sociales qui ont disparu. De nouvelles sont apparues. La famille ne joue plus un rôle exclusif ou en tout cas prépondérant que ce soit dans l'éducation des enfants ou en tant que lieu de divertissement. Son rôle d'unité de production économique s'est également considérablement amoindri, à mesure que l'économie agricole a perdu de l'importance. Par contre, aujourd'hui, le mariage joue un rôle important en tant que havre de paix et de tranquillité dans lequel l'Homme retrouve compréhension et compagnonnage avec son conjoint. Auparavant, l'Homme vivait dans une plus grande proximité avec la nature et avait des relations sociales plus étroites au sein de la communauté dans laquelle il vivait. Le rôle affectif et réparateur de la famille était alors moins important⁶³⁹.

Cette évolution de la famille s'est accompagnée de l'évolution du mode de production économique. L'économie a passé d'un mode de production principalement agricole à un mode de production en grande partie industriel. Dans l'économie agricole, le mariage permettait d'avoir accès aux revenus de la terre, seules ressources économiques disponibles. Le travail conjoint des deux époux ainsi que l'aide fournie par les enfants étaient nécessaires pour l'obtention des ressources économiques. Le couple trouvait un équilibre dans le fait que le mari bénéficiait de l'aide de sa femme dans l'exploitation agricole et la femme bénéficiait du soutien économique de son conjoint.

Avec la Révolution industrielle et la rationalisation de la production économique, la famille a perdu son importance économique et a trouvé une

⁶³⁸ MÜLLER-FREIENFELS (voir ci-dessus note 4), 39-40.

⁶³⁹ Max RHEINSTEIN, "Marriage Stability and Laws on Divorce", *Revista del Instituto de Derecho Comparado* 8-9/1957, 474 ss, 495.

nouvelle fonction en tant que havre de paix et de sérénité. Une conception romantique du mariage s'est peu à peu mise en place, avec un repli de la famille sur elle-même, et une accentuation de l'importance du développement personnel de chacun des conjoints, de l'aspect personnel et émotionnel des relations conjugales. Le mariage a alors joué le rôle de refuge face aux contraintes du monde extérieur moderne⁶⁴⁰. Peu à peu, le mariage a passé d'une union largement imposée par la société à une union qui repose sur les liens précaires de l'affection mutuelle, de la compatibilité des conjoints et des intérêts mutuels⁶⁴¹.

L'évolution du mariage a également suivi l'évolution des relations humaines qui sont devenues plus émotionnelles (psychiques). Les éléments psychiques comme la personnalité de chacun et la solidarité ont pris une plus grande importance⁶⁴². L'Homme est devenu plus conscient de ses besoins psychiques et ceux-ci se sont en outre intensifiés. Il est devenu plus difficile de rencontrer le compagnon auprès duquel ces besoins seront satisfaits⁶⁴³, comme l'illustre cet extrait de Max RHEINSTEIN :

"It is easier to find a wife who is a good housekeeper, an efficient helper on the farm, and a good mother to a flock of children, or a husband who is a good provider, than a mate who is an ever ready congenial companion, who shares not only our sorrows and troubles, but also our tastes and interests, and our circle of acquaintances and who remains congenial in all these respects and many more not only in the youthful years of early love and bliss but through all the vicissitudes and transformations of a lifetime with its continuous growth in body, mind and soul. In all these more subtle aspects of marriage we need more, we expect more, and we are more easily disappointed"⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ MÜLLER-FREIENFELS (voir ci-dessus note 4), 41-42; BRINIG/CARBONE (voir ci-dessus note 636), 866-867.

⁶⁴¹ BURGESS/LOCKE (voir ci-dessus note 636), 24.

⁶⁴² MÜLLER-FREIENFELS (voir ci-dessus note 4), 40.

⁶⁴³ RHEINSTEIN (voir ci-dessus note 639), 495.

⁶⁴⁴ RHEINSTEIN (voir ci-dessus note 639), 495.

Le mariage, élément stabilisateur dans la société, a longtemps été protégé en tant qu'institution nécessaire au bon fonctionnement de la vie en communauté. Le divorce était, à l'origine, non reconnu. A partir du moment où il a été reconnu, il était limité aux situations dans lesquelles un conjoint avait violé ses obligations conjugales, ce qui libérait l'autre de l'obligation de continuer à exécuter les siennes. Si la faute n'était pas établie ou si les deux conjoints avaient commis des fautes, le divorce n'était pas toléré. La femme était donc assurée du soutien économique de son mari tant qu'elle ne violait pas ses devoirs conjugaux.

Le mode de production économique a évolué, de sorte que le caractère indissoluble du lien conjugal, autrefois nécessaire pour assurer les perspectives de sécurité financière des membres de la famille, a perdu de son importance⁶⁴⁵. Le travail et les relations contractuelles avec le donneur de travail ainsi que les relations avec l'Etat (assurances sociales) ont progressivement pris de l'importance au détriment de la famille qui n'a alors plus dominé la majeure source de revenus de ses membres.

Etant donné que selon la conception actuelle du mariage, l'union des époux repose sur l'affection mutuelle, il semble normal que, lorsque l'amour disparaît, il soit possible de se séparer⁶⁴⁶. Auparavant, la dissolution du lien conjugal ne pouvait être obtenue que sur la base de la preuve de la faute, ce qui assurait à chacun des conjoints des perspectives de stabilité du mariage et de soutien économique, tant qu'ils respectaient leurs devoirs conjugaux. Actuellement la plupart des législations européennes et de l'Amérique du Nord reconnaissent que le divorce est un choix individuel, résultant de la disparition de l'affection mutuelle. Dans le cadre de cette perspective, la faute n'a plus de véritable signification. Dans la mesure où l'affection a disparu, le divorce doit être accessible, peu importe à qui incombe la responsabilité de la désunion⁶⁴⁷.

Selon la conception traditionnelle du mariage et du divorce, l'épouse au foyer obtenait la garantie du soutien financier de son conjoint tant qu'elle respectait ses obligations conjugales. Dans l'hypothèse où le mari violait

⁶⁴⁵ BRINIG/CARBONE (voir ci-dessus note 636), 865-866.

⁶⁴⁶ BRINIG/CARBONE (voir ci-dessus note 636), 867.

⁶⁴⁷ BRINIG/CARBONE (voir ci-dessus note 636), 867.

ses devoirs conjugaux, elle pouvait se libérer des liens du mariage tout en conservant le soutien financier de son ex-conjoint. Cette réglementation assurait donc le bon fonctionnement du modèle traditionnel⁶⁴⁸. La femme avait toujours un statut inférieur à celui de l'homme mais elle était considérée comme moralement supérieure à celui-ci⁶⁴⁹.

B. L'article 151 alinéa 1 CCS

1. GENERALITES

L'article 151 alinéa 1 CCS est formulé de la façon suivante :

"L'époux innocent dont les intérêts pécuniaires, même éventuels, sont compromis par le divorce a droit à une équitable indemnité de la part du conjoint coupable."

Le contenu de cet article a été largement développé par la jurisprudence. Il s'agit d'un domaine qui fait une large place au *case law*⁶⁵⁰. Cette manière de poser des règles présente l'avantage de la flexibilité et d'une adaptation à l'évolution de la société qui peut s'effectuer de façon moins formelle que le processus législatif. Elle a cependant le désavantage d'être élaborée au cas par cas et donc de se préciser ou de s'affiner très progressivement⁶⁵¹ et pas toujours sans contradiction⁶⁵².

⁶⁴⁸ A noter toutefois que ce système est inéquitable pour le conjoint "non vertueux", ou un peu plus fautif que l'autre conjoint, qui ne reçoit alors aucune indemnité, même s'il subit un dommage important.

⁶⁴⁹ Winnie HAZOU (voir ci-dessus note 139), 57.

⁶⁵⁰ VETTERLI, 930.

⁶⁵¹ C'est sur une période de presque 6 ans que les critères permettant une limitation de la rente dans le temps lorsque le crédientier a des enfants ont été posés. Le 24 février 1983, le Tribunal fédéral a, par un changement de jurisprudence, posé le principe d'une limitation possible de la rente dans le temps, même lorsque des enfants sont issus du mariage et que les conditions d'existence de la femme divorcée s'en trouvent durablement modifiées (109 II 184 [186-187]). Le 28 avril 1983, il a précisé que la rente devait être allouée à tout le moins aussi longtemps que les enfants attribués à la mère ont besoin d'une éducation et de soins étendus

Il est étonnant de constater que le nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral sur la question de l'indemnité de l'article 151 alinéa I CCS est très faible par rapport à la diversité des situations qui se présentent en pratique et au caractère essentiellement jurisprudentiel de la matière. Le nombre limité des décisions du Tribunal fédéral ainsi qu'un droit jurisprudentiel

(soit dans le cours ordinaire des choses, jusqu'à la seizième année du plus jeune des enfants) et pour la durée présumable de la réinsertion professionnelle (109 II 286 [289]). Le 22 décembre 1988, le Tribunal fédéral a précisé qu'un enfant de 11 ans n'était plus en bas âge et que dans ces circonstances on pouvait exiger de l'épouse qu'elle exerce une activité lucrative (114 II 301 [303]). Le 4 juin 1991, il a encore une fois précisé que lorsque le plus jeune des enfants avait atteint l'âge de 10 ans, une activité à temps partiel pouvait raisonnablement être prise en considération pour la mère (115 II 6 [10]).

Il en va de même pour la question de l'influence de la rente AVS du crédentier, affinée sur une période de 8 ans. La jurisprudence publiée du Tribunal fédéral a été la suivante : le 5 avril 1983, le Tribunal fédéral a estimé que le début de l'octroi d'une rente AVS ne permettait pas de limiter la rente dans le temps (109 II 87 [91]). Le 29 mars 1988, il a constaté que la rente AVS de la femme divorcée ne constituait pas un avantage patrimonial futur résultant du divorce et qu'en conséquence il ne s'agissait pas d'un élément dont il fallait tenir compte dans le cadre de la rente de 151 al. I CCS (114 II 117 [121-122]). Le 12 septembre 1991, le Tribunal fédéral a précisé que lors de la fixation d'une rente d'indemnité pour compenser la perte du droit à l'entretien de l'épouse divorcée, il y a lieu, selon le nouveau droit, de tenir compte également du fait que la femme touchera un jour une rente AVS, dans la mesure où cette dernière constitue un revenu supplémentaire et n'est pas destinée à remplacer un revenu professionnel (117 II 519).

652

Au moment du revirement de jurisprudence en matière de limitation de l'indemnité dans le temps, le Tribunal fédéral a d'abord considéré qu'il s'agissait de replacer le crédentier dans la situation qui aurait été la sienne sans le mariage. Autrement dit, il s'est référé au concept des dommages-intérêts négatifs en estimant qu'un tel principe trouvait application notamment "lorsque l'épouse est encore jeune et que les enfants ne sont plus petits", c'est-à-dire également dans l'hypothèse d'un mariage d'une certaine durée (109 II 184, 186-187). Par la suite, il est revenu en arrière et a considéré qu'il s'agissait de marquer une différence entre les mariages de longue durée et ceux de courte durée. Dans la première hypothèse, on essaiera de replacer le conjoint dans la situation qui aurait été la sienne sans la dissolution du mariage, en se référant au concept des dommages-intérêts positifs (115 II 11). Dans la seconde hypothèse, le juge se référera à la situation qui serait celle du débiteur sans le mariage, soit à des dommages-intérêts négatifs (ATF 115 II 9; HINDERLING/STECK, 289-290; HAUSHEER, Tendenzen, 57; GESSLER, 65).

largement dépendant de facteurs sujets à appréciation donnent lieu à des décisions qui dépendent assez étroitement de la sensibilité politico-juridique du juge et qui ne sont donc pas toujours prévisibles.

Cet élément d'imprévisibilité de même que la tendance générale de la jurisprudence à limiter autant que possible les liens économiques entre les parties après le divorce⁶⁵³ ont en règle générale un effet plutôt défavorable sur la position des femmes, qui seront plus facilement poussées à conclure un arrangement qui ne les indemnise pas équitablement, de peur qu'un tribunal ne tienne pas équitablement compte de leur situation⁶⁵⁴.

2. BUT DE L'ARTICLE 151 ALINEA 1 CCS

Selon son énoncé, l'article 151 alinéa 1 du Code civil suisse vise à compenser équitablement les intérêts pécuniaires mis en péril du fait du divorce.

L'article 151 alinéa 1 CCS ne couvre pas uniquement l'atteinte à des droits existants au moment du divorce mais également l'atteinte à des droits conditionnels, c'est-à-dire à des droits dont l'existence dépend de la réalisation d'une circonstance future. On parle ici d'expectatives. La perspective de la réalisation de la condition doit être suffisamment vraisemblable pour permettre au juge de tenir compte de l'atteinte à cette expectativa. Seules les expectatives de nature successorale et d'assurances sociales sont actuellement prises en compte par la jurisprudence⁶⁵⁵.

L'article 151 alinéa 1 CCS est la seule norme permettant de réclamer la réparation du dommage issu du divorce (principe d'exclusivité d'une

⁶⁵³ Voir ci-dessous titre VI. B. 7. b, page 278.

⁶⁵⁴ Mary Ann GLENDON, *Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law*, 60 *Tulane Law Review*, 1165 (1170); Marti E. THURMAN, *Maintenance: A Recognition of the Need for Guidelines*, *University of Louisville Journal of Family Law* 1994-95, 971 (972).

⁶⁵⁵ Voir ci-dessous pages 222 ss.

norme de responsabilité)⁶⁵⁶. Aucun élément du dommage dû au divorce qui ne serait pas couvert par l'article 151 alinéa 1 CCS ne peut être réparé sur la base des dispositions générales concernant la responsabilité du fait d'un dommage⁶⁵⁷.

3. CONDITIONS D'OCTROI DE L'INDEMNITE

Une indemnité peut être octroyée par le juge si quatre conditions sont remplies :

- une faute du défendeur
- l'innocence du demandeur
- un dommage⁶⁵⁸
- un lien de causalité entre le dommage et le divorce

Nous allons successivement les reprendre.

a) La faute du défendeur

Le défendeur doit avoir violé les obligations qui lui incombent du fait du mariage et cette faute doit avoir contribué à la désunion⁶⁵⁹. Il n'est pas nécessaire que la faute soit grave, prépondérante ou exclusive⁶⁶⁰. Il doit être clair que la faute du défendeur est plus importante que l'éventuelle faute retenue à l'encontre du demandeur⁶⁶¹. Une faute non causale du

⁶⁵⁶ TERCIER, cité par DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 140 n. 696.

⁶⁵⁷ Par contre tout autre type de dommage causé par un des conjoints à l'autre peut être réparé sur la base des règles générales de responsabilité du fait d'un dommage.

⁶⁵⁸ Voir ci-dessous page 217.

⁶⁵⁹ 98 II 163; 79 II 133.

⁶⁶⁰ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 141 n. 700; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 15.

⁶⁶¹ SPYCHER, 46; JERMANN, 56.

défendeur, même grave, ne permet pas d'octroyer une indemnité sur la base de l'article 151 alinéa 1 CCS⁶⁶².

L'exigence d'une faute pour obtenir la compensation des dommages issus du divorce est largement remise en cause. Elle se heurte en effet au principe de la solidarité entre les conjoints après le divorce, solidarité qui est justifiée par la communauté de vie et d'intérêts qui a existé entre les conjoints pendant le mariage, ainsi que par les décisions communes qui ont été prises durant cette période, décisions qui déploient des effets bien au-delà du mariage. Même si l'exigence de la faute est une condition traditionnelle d'une action en dommages-intérêts, elle n'a plus sa place dans les relations conjugales. Une Recommandation du Conseil de l'Europe invite d'ailleurs les Etats membres à modifier leur législation sur ce point⁶⁶³.

Par ailleurs, SPYCHER fait remarquer avec raison que la manière dont la faute est prise en considération n'est pas la même suivant qu'il s'agit du défendeur ou du demandeur. Dans le premier cas, seule une faute causale permet l'octroi d'une indemnité. Dans le second, une faute non causale mais grave ne permet plus d'octroyer une indemnité sur la base de l'article 151 alinéa 1. Cette situation a pour effet de restreindre les cas dans lesquels une indemnité peut être accordée.

b) L'innocence du demandeur

Selon le texte de l'article 151 alinéa 1, le demandeur doit être innocent. Cette condition est cependant interprétée sagement en ce sens que dans certains cas une faute du demandeur ne constitue pas un obstacle à l'octroi d'une indemnité. Ainsi sera considéré comme innocent le conjoint qui a commis une faute causale dans la désunion, mais qui apparaît comme légère au regard de l'ensemble des circonstances et au regard de la faute

⁶⁶² 79 II 134-135; SPYCHER, 47; une telle faute n'empêchera pas le juge d'octroyer une pension alimentaire sur la base de l'article 152 puisque la faute du défendeur n'est jamais un obstacle à l'octroi d'une pension alimentaire (pour autant que les autres conditions d'octroi de la pension alimentaire soient remplies).

⁶⁶³ Recommandation R (89)1 sur les prestations après divorce.

de l'autre conjoint⁶⁶⁴. Est également innocent l'époux qui a commis une faute non causale dans la désunion, à moins que cette faute ne soit d'une gravité particulière⁶⁶⁵.

La jurisprudence a progressivement évolué. Elle a cherché à adoucir les conséquences assez strictes de l'exigence de l'innocence du demandeur. En effet, il n'est pas juste que le conjoint économiquement le plus faible du fait du mariage qui commet une faute, même causale dans la désunion, supporte seul les conséquences économiques de la désunion. Ceci serait contraire au principe de la solidarité des conjoints, même après le divorce, et ne tiendrait pas compte du fait que le dommage issu du divorce est la conséquence d'une décision commune des conjoints. L'idée de partenariat entre les conjoints exige que les désavantages économiques soient partagés équitablement entre eux, même lorsque la confiance est rompue.

c) Un dommage

L'octroi d'une indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS est subordonné à l'existence d'un dommage pécuniaire. En théorie, tout dommage, en rapport de causalité avec le divorce, peut donner droit à une indemnité compensatoire. La jurisprudence a toutefois en grande partie limité le dommage compensé à la perte du droit à l'entretien⁶⁶⁶.

d) Le lien de causalité entre le dommage et le divorce

Contrairement aux règles du droit de la responsabilité pour des actes illicites, l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 suppose un lien de causalité non pas entre le dommage et la faute mais entre le dommage et le divorce. Le dommage à compenser doit trouver son origine dans le divorce. Tout dommage qui ne résulterait pas du divorce mais par exemple du comportement fautif du conjoint ou d'un tiers ne tombe pas sous le coup de l'arti-

⁶⁶⁴ 99 II 129; 99 II 356; 103 II 168.

⁶⁶⁵ 95 II 290; 98 II 163; 99 II 353.

⁶⁶⁶ Pour les types de dommage couverts par l'article 151 alinéa 1 CCS, voir ci-dessous page 217.

cle 151 alinéa 1 mais peut trouver compensation par application des règles générales sur la responsabilité pour actes illicites⁶⁶⁷.

e) **Commentaire**

La compensation des désavantages économiques subis par le conjoint économiquement le plus faible est limitée par les conditions prévues à l'article 151 alinéa 1 CCS, à savoir la double preuve de la faute du conjoint défendeur et de l'innocence du demandeur. En l'absence de cette double preuve, le dommage n'est pas compensé. En outre, le conjoint divorcé n'a pas un droit au maintien du niveau de vie que le couple avait pendant le mariage⁶⁶⁸. Cela représente cependant la limite maximale de ce qui peut être exigé par le crédientier. Par ailleurs, le crédientier ne peut prétendre à une participation à l'amélioration future de la situation financière du débirentier⁶⁶⁹.

4. **TYPES DE DOMMAGES COUVERTS PAR L'ARTICLE 151 ALINEA 1 CCS**

a) **Généralités**

Le dommage envisagé par l'article 151 alinéa 1 comprend deux types d'atteinte : celle touchant des droits pécuniaires du conjoint qui se prévaut du dommage (perte du droit à l'entretien), et celle touchant des expectatives de ce conjoint (aux expectatives en matière d'assurances sociales et en matière successorale).

Les expectatives, ou droits pécuniaires éventuels, sont des droits soumis à une ou plusieurs conditions suspensives. Au moment du divorce, ils ne constituent qu'un dommage conditionnel dont il faut apprécier le montant,

⁶⁶⁷ Art. 41 ss CO.

⁶⁶⁸ 79 II 131; 87 IV 87; 95 II 597; 98 II 165 c. 2; HINDERLING/STECK, 284; HAUSHEER, Auswirkungen, 213; BRÄM, Renten, 58 et 60; JERMANN, 105; GESSLER, 68.

⁶⁶⁹ 100 II 249; 117 II 359 c. 5a.

au regard des circonstances du cas d'espèce, en tenant compte du degré d'incertitude lié à l'expectative. L'atteinte aux droits pécuniaires se réalise directement. Elle fait cependant également l'objet d'une appréciation. Le montant de la perte de l'entretien doit en effet être évalué sur la base de critères liés à l'évolution prévisible des circonstances après le divorce, ce qui lui donne évidemment une part d'incertitude. L'atteinte aux droits pécuniaires et celle touchant les expectatives se différencient donc en fait principalement par le degré de certitude quant au dommage à compenser⁶⁷⁰. En outre, la partie de l'indemnité couvrant l'atteinte aux expectatives n'est pas soumise à l'action en réduction prévue à l'article 153 alinéa 1 CCS⁶⁷¹. Lorsque les circonstances économiques du crédientier s'améliorent ou lorsque celles du débirentier se détériorent, cette partie de l'indemnité ne peut pas être modifiée.

Au contraire de l'atteinte au droit à l'entretien, l'atteinte aux expectatives et aux autres droits patrimoniaux dont le montant a été fixé dans le jugement de divorce, est passivement transmissible⁶⁷² et peut donc être invoquée par le crédientier à l'égard des héritiers du débirentier. Sa transmissibilité active est en revanche contestée en doctrine⁶⁷³.

Le montant de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 est limité au montant nécessaire au conjoint pour maintenir le niveau de vie du couple pendant le mariage. Il s'agit d'une limite maximale. Même lorsque les revenus du débirentier dépassent largement le montant de l'entretien, il est exclu que l'indemnité puisse servir à effectuer un partage des économies réalisées

⁶⁷⁰ SPYCHER, 38.

⁶⁷¹ SPYCHER, 38-39; HINDERLING/STECK, 348 note 5; GEISER, *Worin?*, 360 ss; 115 II 309 (316); 110 II 113 (114); 104 II 237 (245); 100 II 245 (249); 71 II 7 (11-14).

⁶⁷² 100 II 1 ss (2); HINDERLING/STECK, 346-347; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 153, n. 30; KELLER, 226; SCHWARZENBACH, 43.

⁶⁷³ Pour une transmissibilité active: KELLER, 226; *contra*: BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 153, n. 30; SCHWARZENBACH, 55; HINDERLING/STECK qui semblent être plutôt convaincus du caractère intransmissible de l'atteinte aux expectatives et autres droits patrimoniaux (HINDERLING/STECK, 347 note 20).

par le débirentier sur ses revenus⁶⁷⁴. Il est également exclu, selon la jurisprudence actuelle, que le crédirentier participe à un accroissement des revenus du débirentier survenu après le divorce⁶⁷⁵. L'indemnité de l'article 151 alinéa 1 ne doit pas non plus servir à compenser une partie de l'entretien dont le conjoint aurait dû bénéficier pendant le mariage mais dont il a été privé. Et elle ne permet pas de compenser des inégalités économiques qui existaient entre les conjoints pendant le mariage⁶⁷⁶.

b) Perte du droit à l'entretien

Le dommage le plus fréquemment couvert par l'article 151 alinéa 1 jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial était la perte du *droit légal à l'entretien* prévu dans la loi. L'ancien droit matrimonial fixait en effet le contenu des contributions de chacun des conjoints à l'entretien de la famille en fonction du sexe du conjoint⁶⁷⁷. La femme avait la responsabilité des tâches domestiques, tandis que le mari devait pourvoir à l'entretien pécuniaire de la famille. Lorsque l'union conjugale prenait fin par la faute du mari, l'article 151 alinéa 1 permettait d'accorder à l'épouse innocente la compensation de l'entretien dont elle aurait bénéficié si le mariage n'avait pas pris fin. Les indemnités accordées étaient en principe viagères, sauf circonstances justifiant une limitation de la rente dans le temps.

Le nouveau droit matrimonial a modifié la répartition des tâches dans la famille. Actuellement, chacun des conjoints contribue à l'entretien de la famille selon ses facultés⁶⁷⁸, sur la base d'un accord intervenu entre eux.

⁶⁷⁴ HAUSHEER, Nacheheücher Unterhalt, 658.

⁶⁷⁵ 117 II 366.

⁶⁷⁶ 121 III 201 (203).

⁶⁷⁷ Voir l'article 160 al. 2 aCCS selon lequel "Il (le mari) choisit la demeure commune et pourvoit convenablement à l'entretien de la femme et des enfants."

⁶⁷⁸ "L'apport de chacun est à la mesure de ses forces (...). Les «facultés» d'un époux ne se ramènent pas à ce qu'il apporte en fait, mais à ce qu'il pourrait faire en y mettant de la bonne volonté." (DESCHENAUX/STEINAUER, 56).

La loi ne fixe plus les rôles des époux dans le mariage. Ceci reflète une idéologie nouvelle du droit matrimonial, le partenariat des conjoints, qui nous vient de l'Angleterre⁶⁷⁹. Selon cette nouvelle conception du mariage, l'homme et la femme sont placés sur pied d'égalité dans le mariage. Ils forment un partenariat dans lequel les contributions qu'ils fournissent, tout en étant de nature différente, sont de valeur équivalente. Le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts a d'ailleurs intégré cette nouvelle idéologie en prévoyant qu'au moment de la dissolution de l'union conjugale, la valeur des biens acquis par les conjoints à titre onéreux pendant le mariage est partagée par moitié entre eux, déduction faite des dettes grevant ces biens-là⁶⁸⁰.

Le nouveau droit matrimonial a voulu mettre sur pied d'égalité les conjoints qui contribuaient à l'entretien de la famille par le biais de contributions de nature différente. Il a renforcé la communauté d'intérêts des conjoints pendant le mariage. Cette évolution du nouveau droit matrimonial a entraîné une redéfinition du dommage lié à l'entretien. Pour la femme, il n'y a ainsi plus automatiquement une perte du droit légal à l'entretien. Il y a dommage en matière d'entretien seulement dans les cas où le partage des tâches prévu par les conjoints avait créé, pendant le mariage, un devoir d'un des conjoints de fournir une contribution pécuniaire à l'autre conjoint, et le dommage existe uniquement dans l'hypothèse où, pour un certain nombre de raisons, le conjoint ayant bénéficié de cette contribution pécuniaire n'est pas à même de contribuer lui-même à son entretien convenable. La source du droit à l'entretien n'est donc plus la loi mais l'accord des conjoints.

Au titre des avantages économiques, le juge prend en considération les revenus réalisés⁶⁸¹ par le débirentier⁶⁸², subsidiairement ses revenus réali-

⁶⁷⁹ A été introduit en 1984 dans le *Matrimonial Causes Act* (voir Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse [état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagé matrimonial], FF 1996 I 1 ss [46]).

⁶⁸⁰ Il s'agit d'un partage comptable uniquement, chacun restant propriétaire de ses biens.

⁶⁸¹ Il est à noter que la prise en considération des revenus à disposition au moment du divorce, couplée avec une interdiction d'accroître ultérieurement le montant

sables⁶⁸³ lorsque les revenus à disposition ne suffisent pas à maintenir le niveau de vie antérieur⁶⁸⁴. Pour le crédientier, on se base non seulement sur les revenus qu'il réalise (pour autant que cela soit le cas) mais aussi sur les revenus qu'il pourrait réaliser, notamment en utilisant le temps libre dont il bénéficiera suite au divorce. Il y a donc un principe de subsidiarité de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS par rapport aux gains réalisables par le crédientier⁶⁸⁵.

Le crédientier doit en outre se laisser imputer les revenus réalisables⁶⁸⁶ sur son patrimoine, dont font partie les biens obtenus dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial⁶⁸⁷.

de l'indemnité, est inéquitable pour le conjoint dont l'indemnité est fixée durant une période de récession. En effet, l'indemnité fixée au moment du divorce ne pourra pas être réajustée au moment où la conjoncture est à nouveau favorable.

682 Sans mettre en évidence la différence entre les revenus réalisés avant le mariage et ceux réalisés au moment du divorce.

683 Pour apprécier la capacité de gain du débientier, le juge doit se baser sur les revenus que l'on peut raisonnablement attendre de sa part, même lorsque les revenus qu'il réalise effectivement sont inférieurs. Ainsi, selon les circonstances, on peut attendre d'un conjoint qu'il réalise un gain supplémentaire, même lorsqu'il exerce déjà une activité lucrative à plein temps (GESSLER, 68; ENGLER, Praxis, 173). Ce sera notamment le cas lorsque l'autre conjoint travaille également à plein temps et assume en parallèle l'éducation des enfants et l'entier des tâches ménagères. En effet, dans une telle situation, le conjoint ayant une double charge travaille largement plus que 40 ou 42 heures par semaine. On peut attendre un effort comparable de la part de son conjoint.

Lorsque le débientier a volontairement et de mauvaise foi réduit ses revenus effectifs avec pour conséquence qu'il ne lui est plus possible d'accroître à nouveau ses gains, le juge se basera sur ses revenus effectifs (117 II 17; GEISER, Herabsetzung, 529-533). Seule une sanction pénale permet de répondre à un tel comportement.

684 117 II 17; GEISER, Worin ?, 530; DESCHENAUX/TERCIER, 127 n. 662.

685 GEISER, Worin ?, 348 n. 12; l'idée de la subsidiarité de l'article 151 alinéa 1 CCS par rapport à la propre capacité de gain du crédientier avait déjà été posée par le Tribunal fédéral dans l'ATF 109 II 88 c. 3a.

686 GEISER, Worin ?, 349 note 32 et les références mentionnées.

Au titre de désavantages économiques qui se sont créés pendant le mariage, on retient la perte du droit de bénéficier de la contribution de l'autre conjoint à l'entretien de la famille ainsi que l'influence négative sur la capacité de gain du conjoint "domestique" de certaines circonstances dont l'éloignement de la vie active, les enfants à charge, l'âge, la santé du crédientier, et la situation économique en général.

Dans le calcul de l'entretien, on inclut également un montant équitable, au sens de l'article 164 CCS, dont chacun des conjoints peut disposer librement pour ses loisirs. L'indemnité de 164 CCS ne sera pourtant prise en considération que dans la mesure où les revenus propres du crédientier ne lui assurent pas une indépendance financière équivalente à celle de son conjoint⁶⁸⁸.

c) Perte des expectatives d'assurances sociales

L'article 151 alinéa 1 compense également la perte d'expectatives décaissant des assurances sociales (Voir à ce sujet le titre V développé ci-dessus⁶⁸⁹).

d) Perte des expectatives successorales

L'article 151 alinéa 1 compense la perte des intérêts pécuniaires éventuels de nature successorale, lorsque ces intérêts sont suffisamment vraisemblables.

Les expectatives de nature successorale auxquelles le divorce peut porter atteinte sont la part successorale légale⁶⁹⁰, les droits successoraux prévus

⁶⁸⁷ GEISER, Worin ?, 349 n. 13.

⁶⁸⁸ 114 II 301 (305-306); SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 26a; SPYCHER, 28.

⁶⁸⁹ Pages 86 ss.

⁶⁹⁰ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 135 n. 672, qui pourtant parlent plus loin de la perte du droit réservataire; *contra* : TERCIER, L'indemnisation, 567. Selon le Tribunal fédéral, pour qu'un capital puisse être octroyé en plus de l'indemnité de compensation de la perte du droit à l'entretien, des conditions spéciales doivent être remplies, entre autres que "l'épouse établit que, sans le divorce, elle aurait

dans une disposition à cause de mort en faveur du conjoint survivant et, enfin, le bénéfice d'une assurance-vie risque pur, réglée par la LCA, conclue sans que la clause bénéficiaire prévue dans la loi en faveur du conjoint survivant⁶⁹¹ n'ait été modifiée. Par contre, le 3e pilier constitué sous la forme de contrats d'assurance-vie, pour lequel l'OPP3 prévoit une clause bénéficiaire irrévocable en faveur du conjoint survivant, doit plutôt être considéré comme une expectative relevant du domaine des assurances sociales. En effet, le fait que l'OPP3, au contraire de la LCA, fixe de manière irrévocable dans la liste des bénéficiaires successifs la veuve puis les descendants directs montre que le versement du capital a pour but de compenser une aide financière qui était apportée par le défunt⁶⁹². Cette qualification différente des expectatives découlant des contrats d'assurance-vie est importante car, comme nous le verrons, de son résultat dépend l'application de l'article 151 alinéa 1 CCS.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la compensation de la perte de l'expectative successorale a un caractère subsidiaire, voire extraordinaire. Lorsque le crédientier établit avec une certaine vraisemblance qu'il aurait bénéficié de la succession en cas de prédécès du conjoint, le juge peut accroître le montant ou la durée de l'indemnité versée au crédientier de façon à tenir compte de la perte subie. La perte de ces droits joue alors un

effectivement bénéficié de droits dans la succession de son mari. Il en est ainsi sans aucun doute pour la part réservataire." [116 II 103 (107)]. Cette jurisprudence nous semble discutable. Il est vrai que le testateur conserve la liberté de réduire la part du conjoint à la réserve. Toutefois, cette liberté du de cujus ne constitue qu'un élément d'incertitude supplémentaire dont on peut tenir compte dans la fixation du montant du dommage. Il nous apparaît comme inéquitable de réduire a priori le montant compensable à la part réservataire. Cette remarque vaut également pour la compensation apportée sous la forme non pas d'un capital mais d'une indemnité. Dans un sens apparemment comparable, voir SPYCHER, 30-31 et note 148.

⁶⁹¹ Voir l'art. 77 al. 2 LCA ainsi que l'art. 83 al. 2 et 3 LCA; les assurances-vie avec valeur de rachat sont prises en considération dans la liquidation du régime matrimonial (SPYCHER, 36).

⁶⁹² Les 3e piliers constitués sous la forme de contrats d'assurance-vie sont des assurances-vie risque pur, qui n'ont par conséquent pas de valeur de rachat et ne font donc pas partie de la liquidation du régime matrimonial. Ce sont donc des expectatives qui doivent être compensées par le biais de l'article 151 alinéa 1 CCS. Voir ci-dessus page 162.

rôle complémentaire dans la fixation de l'indemnité⁶⁹³. A des conditions plus strictes, il peut également accorder un capital en plus de l'indemnité compensant la perte des autres intérêts pécuniaires⁶⁹⁴. Pour cela, il faut que des circonstances exceptionnelles, liées à la situation personnelle des conjoints et aux conditions dans lesquelles intervient le divorce, le justifient⁶⁹⁵. Trois conditions doivent être remplies :

1. Le conjoint doit prouver que sans le divorce il aurait effectivement participé à la succession de l'autre conjoint (ce qui est en règle générale le cas pour la part réservataire);
2. La concrétisation du droit doit être vraisemblable, c'est-à-dire que, selon le cours ordinaire des choses, il y a des raisons sérieuses de penser que le conjoint demandeur aurait pu effectivement bénéficier de ce droit (tel sera le cas selon le Tribunal fédéral lorsque les âges respectifs des époux permettent de l'admettre et que le décès n'apparaît pas trop lointain);
3. Le dédommagement doit apparaître comme justifié au regard de l'ensemble des circonstances, notamment des autres prestations dont le conjoint bénéficie (liquidation du régime matrimonial et indemnité d'entretien) et en outre une circonstance particulière doit justifier un tel dédommagement. Ce sera notamment le cas lorsqu'il y a faute prépondérante du débirentier.

Les expectatives successorales sont donc indemnisées à des conditions moins strictes si la compensation intervient sous la forme d'un complément dans la rente d'entretien que si elle a lieu sous la forme d'un capital. On peut se demander si une telle différence est justifiée. En effet, la rente et le capital ne sont que des modalités d'exécution de l'obligation de compenser. L'obligation de compenser le dommage ne devrait pas, à notre sens, être soumise à des conditions qui diffèrent selon la modalité de règlement de la créance. Le choix entre une indemnisation sous la forme d'une rente ou sous celle d'un capital ne doit pas se faire sur la base de

⁶⁹³ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 142 n. 709.

⁶⁹⁴ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 141-142 n. 708.

⁶⁹⁵ 116 II 107 ainsi que la référence à TERCIER, L'indemnisation, 566 et 571.

critères ayant trait à l'existence du dommage, mais plutôt sur la base de critères liés à la capacité de gain du débiteur et sur la volonté des parties.

Lorsqu'il s'agit d'en tenir compte comme élément complémentaire dans la fixation de l'indemnité d'entretien, des expectatives successorales de l'un comme de l'autre des conjoints peuvent entrer en ligne de compte⁶⁹⁶. Pour savoir si la concrétisation du droit est vraisemblable, il faudra déterminer lequel des conjoints avait le plus de chances de survivre à l'autre, car c'est lui qui perd une expectative au moment du divorce. Tant la perte d'expectatives successorales (ou expectative négative) que le bénéfice d'une expectative successorale lors du décès d'un proche parent (expectative positive) peuvent entrer en considération dans la fixation de l'indemnité d'entretien. Le montant de l'expectative n'est pourtant pas fixé de la même manière dans les deux cas. Pour la perte d'une expectative, on prendra en considération l'ensemble du montant perdu, qui est alors apprécié en tenant compte de l'incertitude de la réalisation de cette perte. Pour l'expectative d'un bénéfice, on ne prendra en considération que la partie du capital qui aurait été affectée à l'entretien de la famille⁶⁹⁷ si le couple n'avait pas divorcé. Pour déterminer ce montant, la jurisprudence a admis, pour des conjoints ayant un revenu au-dessus de la moyenne, une déduction d'un montant de Fr. 100, pour chaque tranche de Fr. 100'000, dépassant un montant initial de Fr. 200'000⁶⁹⁸.

Le juge utilisera son pouvoir d'appréciation (art. 4 CCS) pour la fixation du montant comme pour la durée de l'indemnité. Il tiendra particulièrement compte du fait que l'expectative et surtout la liquidation anticipée des droits ont un caractère incertain⁶⁹⁹. Le juge considérera le fait que le droit actuel ne permet pas d'accroître ultérieurement le montant de l'indemnité alors qu'il est possible de le diminuer. On adopte donc une approche plus réservée à l'égard d'une expectative de perte qu'à l'égard d'une expectative de bénéfice.

⁶⁹⁶ 94 II 217 (219-220); HINDERLING/STECK, 277; SPYCHER, 31; BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 151, n. 31.

⁶⁹⁷ SPYCHER, 31.

⁶⁹⁸ 114 II 117 (122).

⁶⁹⁹ HINDERLING/STECK, 278.

Le Tribunal fédéral justifie le caractère subsidiaire, voire extraordinaire, de la prise en considération des expectatives successorales par le changement dans la nature du mariage durant ce siècle et par conséquent dans l'interprétation de l'article 151 alinéa 1 CCS. Alors qu'au début du siècle, il s'agissait de garantir au conjoint une situation comparable à celle qu'il avait avant le mariage, ce qui lui enlevait le bénéfice des revenus que le mari réalisait pendant le mariage et en justifiait la prise en considération partielle par une compensation de la perte des expectatives successorales à l'égard des biens du mari, la jurisprudence cherche aujourd'hui à garantir au conjoint un niveau de vie comparable à celui qu'il avait avant le divorce, ce qui permet à ce dernier de bénéficier après le divorce d'une petite partie de la prospérité apportée par les revenus du mari⁷⁰⁰.

La doctrine⁷⁰¹ partage le point de vue du Tribunal fédéral, point de vue qui avait d'ailleurs été développé auparavant par TERCIER. Un auteur ajoute que l'expectative successorale jouait un rôle important à l'époque où la femme s'occupait à titre principal du ménage et n'avait souvent pas la formation adéquate pour assurer ensuite son propre entretien⁷⁰², mais qu'elle a aujourd'hui perdu une partie de sa justification.

Avec SPÜHLER/FREI-MAURER⁷⁰³, nous sommes d'avis que la prise en compte d'une expectative ne doit pas avoir un caractère exceptionnel, car une telle interprétation va déjà à l'encontre du texte même de l'article 151 alinéa 1 CCS.

⁷⁰⁰ 116 II 106-107.

⁷⁰¹ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 142 n. 709; HINDERLING/STECK, 278 note 11a; GEISER, EVG, 373; *plus critiques*: SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 27 et 34.

⁷⁰² SPYCHER, 31.

⁷⁰³ SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 27.

e) Autre type de dommage ?

(I) *Le préjudice professionnel oinsi que la perte des fruits, récoltés après le divorce, grâce à des investissements effectués pendant le mariage*

Le conjoint qui interrompt son activité professionnelle pour se consacrer à la famille subit un préjudice professionnel qui peut être important. Certains auteurs l'ont constaté⁷⁰⁴. Ce conjoint subit également des préjudices en matière d'assurances sociales⁷⁰⁵. Pendant le mariage, le sacrifice qu'il fournit trouve une compensation dans les bénéfices que l'action commune des conjoints, et donc également sa contribution en services, apportera comme avantages au couple, et par conséquent également à lui-même. L'investissement que le conjoint fait en renonçant à son activité professionnelle trouve donc une compensation dans le partage de la prospérité que les conjoints accumulent. Cette prospérité matrimoniale est constituée des revenus consacrés à l'entretien par le cojoint exerçant une activité lucrative auxquels s'ajoute pour le conjoint au foyer le montant à libre disposition, l'expectative d'un partage du bénéfice d'acquêts et l'expectative de participation à la succession de l'autre conjoint.

Lorsque survient le divorce, cette compensation disparaît. En effet, le divorce met fin au partage entre les conjoints de la prospérité matrimoniale; les gains qui se réaliseront après le divorce ne sont en principe pas partagés. Le conjoint qui trouvait dans le mariage une compensation de ses sacrifices subit une atteinte à ses intérêts pécuniaires. Comme nous l'avons vu⁷⁰⁶, l'article 151 alinéa 1 CCS, qui règle la question de la compensation qui pourra lui être accordée si ses intérêts pécuniaires, même éventuels, sont compromis, permet, à certaines conditions, d'accorder à l'époux lésé la compensation de la perte d'entretien qu'il subit. Est-ce que la perte professionnelle ou celle des fruits, récoltés après le mariage, grâce à des investissements effectués pendant celui-ci, pourrait également être prise en considération dans l'application de l'article 151 alinéa 1 CCS ?

⁷⁰⁴ SCHWENZER, Umbruch, 266; HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 662 ss.

⁷⁰⁵ Voir ci-dessus titre V, pages 86 ss.

⁷⁰⁶ Voir ci-dessus page 219.

Le préjudice professionnel trouve son origine dans le partage des tâches adopté par les conjoints, donc dans le mariage. Même s'il prend toute sa mesure au moment du divorce, il n'est pas, à proprement parler, causé par le divorce. Or l'article 151 alinéa 1 CCS, comme nous l'avons vu⁷⁰⁷, limite la compensation aux intérêts pécuniaires compromis *par le divorce*. Il y a donc à première vue un problème de causalité.

La jurisprudence fait une différence entre les mariages de courte durée et les mariages de longue durée dans la manière de compenser les intérêts pécuniaires compromis par le divorce. Nous renvoyons à ce chapitre pour le détail de cette jurisprudence⁷⁰⁸. A ce stade, nous nous contenterons de retenir que pour les premiers le Tribunal fédéral parle de compenser le dommage négatif, alors que pour les seconds, c'est le dommage positif qui est pris en considération.

Pour les mariages de courte durée, il s'agit de replacer le conjoint dans la situation qui aurait été la sienne *sans le mariage*⁷⁰⁹. En reconnaissant que le dommage survenu après un mariage de courte durée doit être compensé comme un dommage négatif, la jurisprudence a admis, de façon implicite, que le lien de causalité de l'article 151 alinéa 1 CCS ne devait pas nécessairement exister avec le divorce mais pouvait, dans ce cas-là, exister avec le mariage. Il est en effet évident qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le divorce et la différence de situation dans laquelle se trouve un conjoint avec ou sans le mariage. Par conséquent, pour les mariages de courte durée, il devrait être possible de tenir compte du dommage subi par le conjoint au foyer du fait du mariage, donc aussi de son dommage professionnel.

Pour les mariages de longue durée, qui sont des mariages ayant modifié les conditions de vie des conjoints, il s'agit de replacer le crédientier dans une situation comparable à celle qui aurait été la sienne *sans le divorce*. Il s'agit de compenser le dommage positif et ce dommage doit être dans un rapport de causalité avec le divorce. Il faut donc tenir compte des préjudices que le divorce cause au crédientier. Dès lors, il faut admettre que le

⁷⁰⁷ Voir ci-dessus page 216.

⁷⁰⁸ Voir ci-dessous page 231.

⁷⁰⁹ Voir ci-dessous page 233.

lien de causalité ne peut pas exister avec le mariage. Par conséquent on ne peut pas parler de compensation du dommage professionnel pour les mariages de longue durée. En effet, dans ce cas, le lien de causalité avec le divorce fait défaut⁷¹⁰.

En revanche, est-il possible de tenir compte, dans l'appréciation du dommage positif, de la perte de fruits qui se réaliseront après le divorce grâce notamment aux investissements du conjoint au foyer pendant le mariage ?

Comme nous l'avons vu, en cas de poursuite du mariage et dans l'hypothèse de conjoints soumis au régime de la participation aux acquêts, le créancier aurait profité de la prospérité du couple. Il aurait bénéficié d'une éventuelle amélioration du niveau de vie, de sa part au bénéfice d'acquêts du conjoint et des expectatives successorales. Le dommage qui résulte du divorce ne se limite donc pas à la perte d'entretien. Conformément aux principes généraux en matière de compensation du dommage positif, la jurisprudence affirme garantir au conjoint innocent une situation comparable à celle qu'il aurait eue *sans* le divorce. La compensation de l'atteinte à ces expectatives devrait donc lui être assurée, dans la mesure où celle-ci est prévisible⁷¹¹. Néanmoins, la jurisprudence a estimé qu'il ne s'agissait pas de réparer l'entier du dommage mais que l'article 151 alinéa 1 CCS devait permettre de compenser en particulier la perte d'entretien⁷¹². Le Tribunal fédéral n'a pourtant pas indiqué sur la base de quels motifs il était justifié de restreindre la compensation à la perte d'entretien. Auparavant, il avait déjà indiqué que, pour des raisons d'équité et par la nature des choses, il ne s'agissait pas de compenser l'entier du

⁷¹⁰ Remarquons que cette situation est absurde car c'est souvent dans les mariages de longue durée que le dommage professionnel est le plus important.

⁷¹¹ 116 II 103 (106).

⁷¹² 108 II 81 ("Zu den Vermögensrechten, die durch die Scheidung beeinträchtigt werden und für die der schuldige Ehegatte dem schuldlosen nach Art. 151 Abs. 1 ZGB eine angemessene Entschädigung zu entrichten hat, gehört insbesondere der (...) Unterhaltsanspruch ... » [la partie en italique ne l'est pas dans le texte original]), se référant aux arrêts 105 III 50 (54), 98 II 164 (165) et 90 II 69 (72) qui pourtant rangent la compensation de la perte d'entretien parmi les droits patrimoniaux mis en péril du fait du divorce, sans dire que celle-ci constitue l'élément principal du dommage.

dommage⁷¹³ mais il avait, dans plusieurs arrêts ultérieurs, toujours admis que la perte d'entretien n'était qu'un des éléments du dommage à prendre en considération.

Est-ce que l'on pourrait admettre que l'équité justifie l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral à l'article 151 alinéa 1 CCS ? Selon le texte clair de la loi, c'est l'indemnité qui doit être fixée équitablement et non l'étendue du dommage subi. Ainsi, par exemple, pour le dommage d'entretien, l'équité exige qu'on limite le montant maximal de la compensation à ce qui est nécessaire pour maintenir le niveau de vie antérieur. De même pour le dommage découlant des profits récoltés par un conjoint après le divorce et dont les investissements de l'autre conjoint ont contribué à la réalisation, il ne serait pas raisonnable d'admettre la compensation intégrale de ces bénéfices futurs et incertains. D'autant moins que la situation au moment du divorce constitue seulement le point de départ d'une prospérité économique future, qui dépendra également des efforts de l'ex-conjoint titulaire des bénéfices.

En conclusion, à notre avis, l'article 151 alinéa 1 CCS ne s'oppose pas à une prise en considération de tous les éléments du dommage. Il s'agit uniquement de faire une distinction selon que le mariage a été de courte ou de longue durée. Dans le premier cas, le dommage professionnel doit entrer dans le calcul du dommage négatif. Dans le second cas, les fruits récoltés après le divorce grâce, entre autres, aux investissements effectués par le conjoint au foyer doivent être intégrés à la compensation du dommage positif.

(2) Expectative portant sur des biens communs non partagés en cas de divorce

La liquidation de la communauté de biens par divorce entraîne une réduction des biens communs aux biens qui seraient des acquêts dans le régime de la participation aux acquêts (art. 242 al. 1 CCS). Cela réduit les expectatives des conjoints sur le bénéfice de la liquidation du régime matrimonial. Une telle réduction constitue une atteinte à une expectative

⁷¹³ 79 II 131.

découlant du mariage. Elle doit être prise en considération dans le cadre de l'article 151 alinéa 1⁷¹⁴.

Il est vrai qu'en pratique la liquidation du régime matrimonial ne dégage le plus souvent qu'un bénéfice limité de sorte que le dommage subi reste dans la majorité des cas de faible importance⁷¹⁵.

(3) Conclusion intermédiaire

On peut se demander si l'idée d'un partenariat des conjoints pendant le mariage, tel qu'elle résulte du nouveau droit matrimonial, ne devrait pas logiquement conduire à une interprétation de l'article 151 alinéa 1 CCS permettant de compenser les conséquences économiques issues du divorce, c'est-à-dire de répartir entre les conjoints les avantages et désavantages qui se sont créés pour chacun d'eux pendant le mariage⁷¹⁶. Le conjoint se retrouvant avec une plus grande part de désavantages économiques que d'avantages devrait pouvoir en demander compensation au moment du divorce. A l'heure actuelle, l'appréciation des avantages et désavantages que le divorce cause est effectuée séparément pour chacun des conjoints. C'est uniquement lorsque les désavantages subis par un conjoint sont plus importants que les désavantages subis par l'autre conjoint qu'une compensation intervient.

5. APPRECIATION DE L'ETENDUE DE LA COMPENSATION

a) Le choix du niveau de vie de référence

Dans la majorité des cas, l'étendue du dommage s'apprécie par une comparaison entre la situation actuelle du crédientier et la situation qui aurait

⁷¹⁴ SPYCHER, 20-30.

⁷¹⁵ SPYCHER, 29-30; GEISER, EVG, 354; SCHWENZER, Umbruch, 265.

⁷¹⁶ GESSLER, 68-69; par ailleurs VETTERLI pense que le principe de la valeur équivalente des contributions des conjoints à l'entretien de la famille peut déployer des effets au-delà du divorce, les conjoints devant avoir les mêmes chances de développements professionnel et économique (VETTERLI, 930).

été la sienne si le mariage n'avait pas pris fin, c'est-à-dire sans le divorce⁷¹⁷. On parle d'une compensation du dommage positif⁷¹⁸. Une rente viagère est accordée lorsque le mariage a été de longue durée⁷¹⁹ et que le crédentier a plus de 45 ans au moment du divorce⁷²⁰ ou lorsque des circonstances exceptionnelles, comme des problèmes de santé par exemple⁷²¹, ne permettent pas d'attendre du crédentier qu'il reprenne une activité lucrative⁷²². Dans les autres cas, c'est-à-dire pour les mariages de

⁷¹⁷ HINDERLING/STECK, 275; 109 II 90 c.3c; 115 II 6; 98 II 164 c.2. La jurisprudence a toutefois limité la réparation essentiellement au niveau de vie pendant le mariage, c'est-à-dire avant le divorce (116 II 103 [106-107]; 118 II 229 c.3a). Lorsqu'avant le divorce les époux vivaient séparément, le juge se référera au niveau de vie pendant la vie commune (118 II 364).

Voir à ce sujet également pages 227 ss.

⁷¹⁸ GESSLER, 65.

⁷¹⁹ Le Tribunal fédéral n'a pas fixé de durée déterminée pour qu'un mariage soit considéré de longue ou de courte durée (voir ci-dessous page 233). Selon HINDERLING/STECK, un mariage de longue durée est une union maritale de plus de 10 ans (HINDERLING/STECK, 288, note 13i).

⁷²⁰ Décision du Tribunal fédéral du 17 avril 1990, citée dans ZR 1990, n. 111; 115 II 11 c. 5a; 114 II 11; 110 II 225 ss; ZR 1988, n. 116; HINDERLING/STECK, 288; HAUSHEER, Tendenzen, 58-59; GEISER, Worin ?, 346 ss. Toutefois, lorsque le cadet des enfants va atteindre sa 16e année seulement après que le crédentier a atteint sa 45e année, on examinera si, au vu de l'âge du crédentier, on peut raisonnablement exiger de lui qu'il reprenne une activité lucrative (GEISER, Worin ?, 351 n. 14).

Il s'agit de regarder si l'intéressé a dépassé sa 45e année au moment du jugement de la dernière instance cantonale (HAUSHEER, Tendenzen, 59).

⁷²¹ 109 II 184 (187); HAUSHEER, Auswirkungen, 217.

⁷²² Toutefois, lorsque les problèmes de santé sont sans rapport avec le mariage, il n'est pas justifié que cet élément soit à l'entière charge du débirentier. Il convient d'examiner dans quelle mesure le crédentier a, par sa contribution, participé à la prospérité conjugale, en tenant également compte de la durée de la contribution. Le résultat doit permettre de fixer la durée pendant laquelle le conjoint a droit au maintien du niveau de vie antérieur. Le dommage

durée moyenne⁷²³ ou courte⁷²⁴ et/ou pour les conjoints de moins de 45 ans, y compris lorsque des enfants sont issus de l'union conjugale⁷²⁵, le dommage positif est compensé par le biais d'une indemnité temporaire.

Toutefois, lorsque le mariage a été de courte durée⁷²⁶ et qu'il n'a eu que peu d'influence sur les conditions de vie du crédentier, le dommage s'apprécie par rapport à la situation du conjoint crédentier sans le mariage. Il s'agit d'évaluer les possibilités du crédentier de se créer une situation économique dans laquelle il ne sera pas plus mal placé que s'il ne s'était pas marié⁷²⁷. Il s'agit en principe d'une indemnité temporaire visant à compenser un dommage négatif⁷²⁸.

Que faut-il entendre par mariage de courte durée ? Le Tribunal n'a encore jamais fixé de limite claire entre un mariage de courte durée et un mariage de longue durée. Selon la doctrine, un mariage de moins de 5 ans doit être considéré comme de courte durée⁷²⁹. GEISER estime que d'autres circonstances doivent être à même d'influencer les effets habituels d'un mariage de courte durée. Ainsi par exemple la faute exclusive d'un conjoint dans la

professionnel doit être ou avoir été compensé par le biais des assurances sociales ou de la responsabilité civile.

⁷²³ Par mariage de durée moyenne, nous pensons aux mariages de plus de 5 ans et de moins de 10 ans.

⁷²⁴ Même pour les couples qui se sont mariés à un âge avancé (*Altersehe*), seul le dommage négatif est compensable lorsque le mariage a été de courte durée (HAUSHEER, *Tendenzen*, 59).

⁷²⁵ GEISER, *Tendenzen*, 908.

⁷²⁶ Pour la notion de mariage de courte durée et mariage de longue durée, voir paragraphe suivant.

⁷²⁷ 109 II 184; HINDERLING/STECK, 289-290; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 144 note 724.

⁷²⁸ HINDERLING/STECK, 290.

⁷²⁹ HINDERLING/STECK, 290, note 13m; GEISER, *Worin ?*, 347.

rupture conjugale⁷³⁰, ou le fait qu'au moment du mariage un des conjoints a totalement coupé avec son cercle culturel (notamment dans l'hypothèse du mariage d'Européens avec des personnes du Tiers Monde)⁷³¹, sont des circonstances qui doivent permettre de considérer qu'un mariage, même de courte durée, a des conséquences similaires à celles d'un mariage de moyenne voire de longue durée.

Avec raison, VETTERLI remet en question la distinction entre mariages de longue et de courte durée⁷³². Le critère posé doit servir à délimiter les mariages qui ont influencé les conditions de vie des conjoints et ceux qui ne les ont pas modifiées. Le seul critère de la durée n'est cependant pas suffisant pour établir cette distinction. En effet, selon les cas, un mariage de trois ans peut avoir des conséquences importantes. Par exemple, lorsque le couple s'est organisé traditionnellement pendant cette période et que de ce fait a disparu une perspective de promotion professionnelle pour le conjoint au foyer ou la possibilité de faire un concours professionnel, réservé aux personnes ayant au maximum l'âge du conjoint au foyer au moment où ils adoptent le modèle traditionnel. Dès lors, pour déterminer le niveau de vie de référence dans les mariages de courte durée, le critère de la durée du mariage devrait donc pouvoir être pondéré par un critère relatif aux conséquences du mariage sur la situation financière personnelle du crédientier.

Que faut-il entendre par "situation économique dans laquelle il ne serait pas plus mal placé que s'il ne s'était pas marié" ? Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit de comparer la situation actuelle avec la situation sans le mariage. Ultérieurement, cependant, le Tribunal fédéral a parlé de replacer le conjoint dans la situation qui était la sienne *avant* le mariage⁷³³. Il ne semble pas que le Tribunal fédéral ait voulu faire une distinction, l'arrêt susmentionné ne donnant aucune indication sur un motif justifiant un changement. Le Tribunal fédéral est probablement parti

⁷³⁰ GEISER, Worin ?, 347, avec référence à l'ATF 115 II 9 ss et à l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 13 juillet 1992 dans la cause des conjoints R.

⁷³¹ GEISER, Worin ?, 347.

⁷³² VETTERLI, 931; 115 II 6 (9 c. 3a).

⁷³³ 117 II 359 (366).

de l'idée que le mariage de courte durée n'était pas propre à modifier dans les faits les conditions de vie du crédentier, comme il l'avait déjà dit auparavant⁷³⁴. En effet, dans une telle optique, la situation du crédentier avant le mariage ne fait pas de différence avec la situation du crédentier sans le mariage. Cependant, cela pourrait ne pas toujours être le cas⁷³⁵.

Or le mariage, et en particulier le partage des tâches pendant le mariage, peut causer un dommage notamment professionnel, même lorsqu'il a été de courte durée. GEISER qui s'est prononcé sur la question estime qu'il se justifie de regarder si le crédentier n'aurait pas pu, dans l'intervalle, améliorer sa situation économique⁷³⁶. Toute autre solution méconnaîtrait gravement les aptitudes professionnelles du conjoint au foyer et violerait le principe de l'égalité entre homme et femme. En effet, une activité professionnelle se développe au cours des années. De plus, les premières années du mariage interviennent souvent à un âge où la carrière professionnelle se prépare. Il s'agit en outre d'une période durant laquelle les salaires peuvent augmenter assez rapidement. Il est dès lors primordial de replacer le conjoint dans la situation qui serait la sienne au moment du divorce, s'il ne s'était pas marié. Il convient donc de parler de dommage *sans le mariage* dans le cadre de la jurisprudence de l'article 151 alinéa 1 CCS⁷³⁷.

Le juge doit apprécier le niveau de vie de référence de manière souple et critique. Il ne doit pas pénaliser le conjoint qui souhaite réduire son niveau de vie et faire des économies par rapport au niveau de vie antérieur⁷³⁸. Le juge doit dans une telle situation se référer au niveau de vie qui était celui du couple pendant le mariage.

⁷³⁴ 98 II 164 (166).

⁷³⁵ Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

⁷³⁶ GEISER, Worin ?, 346.

⁷³⁷ Voir également GEISER, Worin ?, 346.

⁷³⁸ GESSLER, 68.

b) Les critères d'appréciation

Dans les limites du niveau de vie de référence, tel que défini ci-dessus, le juge doit encore faire usage de son pouvoir d'appréciation pour fixer le montant de l'indemnité et la durée pendant laquelle celle-ci sera versée. Pour cela, il se laisse guider par un certain nombre de critères qui ont été définis par la jurisprudence. Ces critères sont les suivants⁷³⁹ :

- la durée du mariage
- l'âge des conjoints
- l'âge des enfants
- la faute du débirentier et celle du crédientier
- l'état de santé du crédientier
- la formation du crédientier
- la situation financière du crédientier
- la capacité de gain du débirentier
- le partage des tâches pendant le mariage
- la créance de participation de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial
- la possibilité pour le conjoint qui s'est consacré au foyer de retrouver une activité lucrative totale ou partielle, au vu de la situation économique en général
- la possibilité pour ce conjoint de se reconstituer une prévoyance vieillesse adéquate.

Plus spécifiquement pour la fixation du montant de l'indemnité due au crédientier, il faut également tenir compte des indemnités versées par l'autre conjoint au titre de l'entretien des enfants lorsque c'est le crédientier qui détient l'autorité parentale⁷⁴⁰. En effet, le parent et les enfants forment une communauté économique très étroite, de sorte que c'est l'ensemble des ressources octroyées aux membres de la famille faisant ménage

⁷³⁹ BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 151, n. 33; HINDERLING/STECK, 281 ss; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 144-145.

⁷⁴⁰ GESSLER, 66.

commun qui doit permettre de maintenir le niveau de vie. Il faudrait dans ce cas également prévoir dans la convention ratifiée par le juge que, si les montants versés pour l'entretien des enfants devaient changer, l'indemnité versée au crédientier s'en trouverait modifiée dans la même mesure.

Certains critères se sont imposés pour répondre spécifiquement à certaines questions de droit. Sans entrer dans le détail des utilisations spécifiques de chacun des critères, on peut tout de même citer quelques exemples. Ainsi, pour la fixation du montant de l'indemnité, la jurisprudence met principalement l'accent sur la capacité de gain du débirentier et la faute du crédientier⁷⁴¹. Lorsque les moyens financiers à disposition sont suffisants, on peut, selon les circonstances, octroyer une compensation permettant de maintenir le niveau de vie atteint pendant le mariage. Par contre, lorsque les moyens sont insuffisants, le juge doit chercher à assurer aux deux conjoints un niveau de vie équivalent⁷⁴². La faute légère mais causale du crédientier ou légère, et même grave, mais non causale permet au juge de réduire le montant de l'indemnité⁷⁴³.

La faute, grave ou légère, du débirentier devrait toutefois jouer un rôle secondaire dans la détermination du montant de l'indemnité. En effet, une faute, même légère, du débirentier doit en principe permettre d'obtenir la compensation de l'entier du dommage du crédientier, lorsque les moyens financiers à disposition sont suffisants⁷⁴⁴. La faute du débirentier joue par contre un rôle bien plus important dans la détermination du caractère raisonnable d'une réinsertion du conjoint dans la vie active et du moment de

⁷⁴¹ SPYCHER, 57.

⁷⁴² SPYCHER, 61.

⁷⁴³ SPYCHER, 47

⁷⁴⁴ SPYCHER, 47-48; HAUSHEER, Auswirkungen, 215. Une doctrine plus ancienne estimait qu'une faute grave du débirentier permettait plus facilement d'octroyer la compensation du dommage effectif du crédientier qu'une faute ordinaire (HINDERLING, Supplément, 130; BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 151, n. 35; SCHWANDER, 84 ss)

celle-ci⁷⁴⁵. Elle permet par exemple au crédientier de bénéficier d'une indemnité à vie alors que les circonstances, et notamment sa capacité de gain, ne le justifient pas⁷⁴⁶.

Pour trancher entre l'octroi d'une indemnité temporaire et celle d'une indemnité viagère, le critère de la faute joue un rôle secondaire par rapport aux critères prépondérants de l'âge du crédientier et de la durée du mariage⁷⁴⁷. Si le conjoint est considéré comme suffisamment jeune pour être astreint à reprendre une activité lucrative ou accroître l'activité qu'il exerce et s'il n'y a pas d'autres obstacles majeurs à la reprise d'une activité lucrative - comme par exemple une santé déficiente - l'indemnité est octroyée de manière temporaire. L'âge de 45 ans au moment du divorce constitue par contre une présomption (réfragable) en faveur de l'octroi d'une rente viagère.

Le critère de l'état de santé du crédientier est également déterminant pour fixer la durée pendant laquelle l'indemnité doit être versée. Lorsque le conjoint ne peut plus être astreint à reprendre une activité lucrative, une rente viagère doit lui être octroyée, à moins que cela n'apparaisse comme inéquitable au regard de l'ensemble des circonstances. Lorsque le conjoint était déjà dans un mauvais état de santé avant le mariage, une rente ne peut pas être allouée à défaut de lien de causalité. Si la santé du crédientier n'est pas optimale, mais que celui-ci peut tout de même être astreint à travailler, on en tiendra compte dans la fixation de l'étendue de l'activité lucrative à exercer. La formation et surtout la durée de l'éloignement de la vie active vont également permettre au juge de fixer la durée de l'indemnité et le moment à partir duquel une réinsertion peut être attendue. Le critère de la répartition des tâches dans la famille aura également une influence sur la durée pendant laquelle l'indemnité sera due⁷⁴⁸. La situation économique dans la branche concernée est aussi un facteur à prendre en considération.

⁷⁴⁵ 115 II 6 (13-14 c. 6); GEISER, Worin ?, 351; HAUSHEER, Gesichtspunkte, 299-300; SPYCHER, 47-48.

⁷⁴⁶ 115 II 6 (17); HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 653-654.

⁷⁴⁷ 115 II 6 (11); HAUSHEER, Auswirkungen, 216.

⁷⁴⁸ Voir ci-dessous page 270.

Lorsque des critères objectifs (âge, nombre d'enfants à charge, durée du mariage, etc.) doivent être appliqués en conjonction avec des critères qui sont sujets à appréciation, les premiers vont naturellement jouer un rôle plus important⁷⁴⁹. Cela signifie que la capacité de gain du débirentier, la situation financière du crédientier et la créance de participation dans le bénéfice de la liquidation du régime matrimonial joueront souvent un rôle primordial. C'est uniquement lorsque les revenus à disposition donnent au juge une marge de manoeuvre que les critères qui font appel à une appréciation de sa part prendront de l'importance. Autrement dit, des critères comme le partage des tâches ou la possibilité (restreinte) d'exercer une activité lucrative ne prennent toute leur mesure que lorsque les revenus à disposition sont suffisants, ce qui n'est pas le cas dans la majorité des divorces. Ces critères sujets à appréciation sont également plus sensibles aux "tendances du moment", comme actuellement la tendance au divorce *clean break*⁷⁵⁰.

Par ailleurs, les critères mentionnés ci-dessus ne sont pas tous des facteurs permettant de fixer en équité l'étendue du dommage. Certains constituent en outre des éléments du dommage. C'est le cas de la capacité de gain des parties, ou plus largement des moyens financiers à disposition, et du partage des tâches entre les conjoints. Nous allons examiner ces deux situations plus précisément ci-dessous.

c) Les moyens financiers à disposition

Pour apprécier le montant de l'indemnité, le juge doit se référer aux revenus qui sont disponibles. Cela nécessite une double démarche. Dans un premier temps, il va apprécier la mesure dans laquelle on peut attendre du crédientier qu'il pourvoie à son propre entretien. Une fois cette démarche effectuée, il recherchera la capacité de gain du débirentier et donc la

⁷⁴⁹ PERRIN/TRICOT, 59, qui sont favorables à une obligation de motivation du jugement pour les données économiques ayant contribué à la fixation du montant des contributions, notamment pour l'entretien des enfants (87); cette obligation de motivation des décisions a été prévue dans le nouveau droit du divorce (art. 143 du projet).

⁷⁵⁰ Voir pages 278 ss.

mesure dans laquelle celui-ci peut contribuer à la compensation du dommage subi par le conjoint économiquement le plus faible.

Nous commencerons par examiner dans quelle mesure on peut attendre du conjoint économiquement le plus faible qu'il pourvoie à son propre entretien, puis regarderons comment s'apprécie la capacité de gain des époux et finirons par décrire la manière dont on calcule l'indemnité.

Pour l'appréciation du dommage subi par le conjoint innocent, le juge va tenir compte des avantages que celui-ci retire du divorce, en particulier du fait qu'il ne doit plus fournir sa propre contribution à l'entretien de la famille. Lorsque le conjoint innocent assumait les tâches domestiques, le divorce va le libérer du temps qu'il mettait à disposition de la famille. Conformément au principe général du droit des obligations, selon lequel la victime doit contribuer à la diminution de son dommage, et en application de l'équité, le temps libre du conjoint innocent sera en principe converti en "revenus" qu'il peut réaliser sur le marché du travail pour assurer son propre entretien. Dans l'appréciation des possibilités pour le conjoint de convertir son temps libre en revenus, le juge tiendra compte des circonstances personnelles de ce conjoint (âge, santé, durée de l'éloignement de la vie active, formation, etc.) et des circonstances économiques générales (conjoncture économique, en particulier dans le domaine d'activité du conjoint).

Toutefois, il y a deux sortes d'exceptions au principe général de la conversion du temps libre en revenus. La première concerne les conjoints qui ont des enfants à charge. En effet, ici, la contribution du conjoint domestique à l'entretien de la famille va se poursuivre au-delà du mariage. Même après le divorce, les ex-conjoints et leurs enfants continuent de former une famille. Si le divorce met fin à l'obligation des époux de fournir des contributions servant à l'entretien de leur conjoint, il ne libère cependant pas les parents de l'obligation de contribuer en services et/ou en argent à l'entretien de leurs enfants.

Cette obligation de contribuer pécuniairement à l'entretien personnel du conjoint qui fournit en services une contribution d'entretien aux enfants communs découle du mariage et subsiste, dans les limites des articles 151 et 152 CCS, avec quelques réserves, après le divorce. En effet, l'entretien du conjoint ne se poursuivra en principe pas au-delà de la 16^e année du cadet des enfants. Dès la 10^e année de ce dernier, le parent pourra retrouver une partie de temps libre qu'il devra en principe affecter à l'obtention

d'un revenu propre⁷⁵¹. Lorsque le cadet des enfants atteindra sa 16e année après que le crédentier aura atteint sa 45e année, le juge doit examiner si, au vu de l'âge du conjoint crédentier, on peut raisonnablement exiger de lui qu'il accroisse durablement son taux d'activité⁷⁵².

La deuxième exception au principe général concerne le conjoint domestique dont on ne peut raisonnablement plus attendre qu'il pourvoie lui-même à son entretien. Il s'agit des femmes qui ont atteint 45 ans au moment du divorce⁷⁵³ et dont la réintégration professionnelle est difficile. Cette exception a la nature d'une présomption réfragable, de sorte qu'il est possible de la renverser⁷⁵⁴. Cela ne saurait toutefois se faire sans une preuve portant sur les éléments suivants :

- le cojoint a la possibilité de se réintégrer et de réaliser un revenu lui permettant de maintenir le niveau de vie qu'il avait pendant le mariage;
- il est indemnisé pour la perte des avantages sociaux qu'il subit;
- les désavantages professionnels causés par le mariage sont minimes ou ont été compensés.

Dans son appréciation, le juge tiendra également compte du fait qu'un pronostic trop favorable sur la réintégration probable du conjoint ne peut plus être corrigé par la suite⁷⁵⁵, l'article 153 alinéa 2 CCS faisant obstacle à un accroissement ultérieur du montant ou de la durée de la rente.

Qu'entend-on par capacité de gain ? Il s'agit des revenus de l'activité et des revenus qui se substituent aux revenus de l'activité. En outre, il faut également inclure les revenus de rentes ainsi que les revenus de la fortune

⁷⁵¹ 115 II 10 c. 3c.

⁷⁵² GEISER, Worin ?, 351 n. 14.

⁷⁵³ 114 II 11; GEISER, Worin ?, 350 n. 14; GEISER, recht 1991, 6; HAUSHEER, Tendenzen, 59; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 53.

⁷⁵⁴ VETTERLI, 932.

⁷⁵⁵ VETTERLI, 932-933.

nette⁷⁵⁶. Les revenus du patrimoine sont cependant partiellement pris en compte, lorsque la situation économique des parties est supérieure à la moyenne⁷⁵⁷. Les revenus librement versés au débiteur de l'indemnité par un tiers, par exemple un parent, doivent également être pris en compte dans l'établissement des revenus effectifs⁷⁵⁸.

En ce qui concerne la substance même de la fortune, il faut distinguer entre ses différentes fonctions et tenir compte du type d'investissement qui a été effectué⁷⁵⁹. La prévoyance vieillesse par exemple devrait être intégralement prise en compte, y compris le 3^e pilier. Le patrimoine reçu des parents pour des besoins d'entretien également. Par contre, un héritage ne devrait pas servir à un but de prévoyance. Le type d'investissement qui a été effectué avec le patrimoine doit également jouer un rôle. Ainsi, la fortune qui a été investie dans la maison que l'on habite ne devrait pas être entamée pour l'entretien. Lorsqu'un des conjoints a des revenus qui lui permettent de réaliser des économies, une partie de celles-ci peut être utilisée lorsque cela est nécessaire pour couvrir les coûts supplémentaires liés à la vie séparée. Toutefois, il faut respecter le principe de l'égalité entre les époux dans la prise en compte des économies de l'un ou de l'autre⁷⁶⁰.

Il faut également examiner si les droits patrimoniaux des parties sont des droits réalisables, dans leur totalité ou en partie. En effet, si les seules valeurs à disposition sont des biens mobiliers ou immobiliers, et non des revenus, et si l'entretien nécessite des indemnités périodiques, il faut chercher à convertir en argent les valeurs à disposition, globalement ou par parties.

⁷⁵⁶ GEISER, Tendenzen, 903.

⁷⁵⁷ GEISER, Tendenzen, 903 ss; 117 II 519; 114 II 122.

⁷⁵⁸ GEISER, Tendenzen, 904, chiffre 2.4.

⁷⁵⁹ GEISER, Tendenzen, 904-905, chiffre 2.5.

⁷⁶⁰ GEISER, Tendenzen, 909, notes 2.14 et 2.15.

Dans la mesure où la capacité effective de gain n'est pas suffisante, il faut tenir compte de ce que les parties pourraient fournir en faisant preuve de bonne volonté.

S'il n'est pas possible d'accroître la capacité de gain, on se basera sur les revenus effectivement obtenus. On ne peut à cet égard tenir compte d'une hypothétique meilleure situation économique d'un conjoint, même si celui-ci a intentionnellement réduit sa capacité de gain⁷⁶¹. Le Tribunal doit apprécier ce qui peut raisonnablement être exigé des parties pour accroître leur capacité de gain. Il tiendra compte des circonstances particulières de la situation. Ainsi, lorsque la situation économique des époux est bonne, le juge ne peut pas exiger des efforts supplémentaires. En outre, il n'est pas possible d'exiger plus qu'un travail à temps complet⁷⁶² et on ne peut exiger d'un travailleur étranger, retourné dans son pays depuis quelques années, qu'il revienne en Suisse pour réaliser un salaire plus élevé⁷⁶³. La capacité de gain est toujours appréciée objectivement, de sorte qu'il ne peut être tenu compte de facteurs subjectifs, comme par exemple la volonté de prendre sa retraite avant l'âge légal. Au rang des éléments influençant objectivement la capacité de gain, la jurisprudence a considéré qu'il fallait tenir compte du fait qu'une formation déficiente de la femme, et un âge avancé, la plaçaient dans une situation plus défavorable qu'un homme, en cas de récession économique⁷⁶⁴.

Comment partager entre les conjoints les revenus à disposition ? Le juge va procéder différemment selon la situation financière des parties.

Le Tribunal fédéral a reconnu que l'on ne peut pas facilement admettre que le crédientier reprenne une activité lucrative, si le mariage a été de longue durée et si les revenus du débirentier lui permettent de couvrir les

⁷⁶¹ GEISER, Tendenzen, 905.

⁷⁶² GEISER, Tendenzen, 905; ENGLER, Praxis, 173.

⁷⁶³ Arrêt non publié du Tribunal fédéral du 8. 12. 1988 dans la cause Epoux C., cité in GEISER, Tendenzen, 905.

⁷⁶⁴ 108 II 81 (82).

dépenses liées à l'existence de deux ménages après le divorce⁷⁶⁵. La doctrine estime que lorsque le conjoint débirentier bénéficie de revenus permettant de maintenir le niveau de vie des deux parties après le divorce, ce revenu doit en principe servir à couvrir les frais supplémentaires résultant du divorce⁷⁶⁶. Une bonne situation économique du débirentier parle en effet en faveur d'un maintien du modèle de partage des tâches adopté par les conjoints lorsque ce modèle s'est étendu sur plusieurs années et/ou a causé des dommages difficilement réparables pour le crédirentier et lorsque des enfants nécessitent des soins après le divorce.

Lorsque les revenus ne permettent pas aux conjoints de maintenir le même niveau de vie, une réduction de celui-ci doit en principe être imposée aux deux conjoints dans la même mesure, de façon à ce que les deux bénéficient en principe d'un niveau de vie identique après le mariage⁷⁶⁷.

Toutefois, lorsque les revenus du débirentier ne lui permettent pas de couvrir l'entretien convenable du crédirentier sans porter atteinte à son minimum vital, celui-là ne sera pas tenu d'entamer ce montant et de réclamer l'aide sociale⁷⁶⁸. Dans cette hypothèse, il n'y a donc pas de partage par moitié entre les ex-conjoints. Une application du principe de l'égalité des conjoints dans le partage des désavantages économiques issus du divorce voudrait que le partage du manque à gagner soit effectué par

⁷⁶⁵ 114 II 13 (17 c. 5).

⁷⁶⁶ HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 654.

⁷⁶⁷ 114 II 30-31 c. 6; HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 656; GEISER, Worin?, 353 n. 18; GEISER, Tendenzen, 909 n. 2.16.

⁷⁶⁸ HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 656; arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 1996 (5P.247/1996) rapporté dans la NZZ du 29 novembre 1996; arrêts non publiés du Tribunal fédéral du 2 mai 1991 dans la cause W. c. W. et du 23 janvier 1992 dans la cause V. c. V, cité in GEISER, Worin?, 353 n. 18 et 354 n. 19. Cette méthode est également appliquée par le Tribunal fédéral lors de la fixation de l'entretien pendant la procédure de divorce en application de l'article 145 CCS (121 I 97) et dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale de l'article 176 CCS (121 III 301). Voir GEISER, Commentaire de l'ATF 121 197, 939. Voir à ce sujet la critique de PERRIN, Détermination, 529 ss. Cet auteur propose au contraire que le minimum vital du ménage créancier soit sauvegardé.

moitié, même s'il n'y a pas assez d'argent pour couvrir le minimum vital des deux conjoints.

Il est vrai qu'une telle solution entraînerait quelques coûts administratifs supplémentaires, puisque les deux conjoints devraient effectuer des démarches auprès de l'aide sociale. Ces inconvénients ne justifient pas, à notre sens, que l'on ne respecte pas l'égalité des droits et des obligations de l'homme et de la femme et qu'on viole l'article 4 alinéa 2 Cst.⁷⁶⁹. En outre, il n'est pas non plus conforme au principe de l'égalité des conjoints que seul le crédientier ou ses parents/descendants ait l'obligation de rembourser l'Etat dans l'hypothèse d'un retour à meilleure fortune⁷⁷⁰. En effet, un retour à meilleure fortune du débirentier n'aura aucune influence sur les dettes du crédientier à l'égard du service d'aide sociale. Il n'est pas normal qu'un des conjoints puisse totalement se libérer des conséquences du divorce en les mettant à la charge de l'Etat tandis que l'autre continue d'en assumer la charge.

Le Tribunal fédéral a développé une série d'arguments plaidant en faveur d'une protection du minimum vital du débirentier.

Il a tout d'abord invoqué le fait que l'institution accordant des avances sur les indemnités dues ne pouvait pas obtenir le remboursement de ce qui porte atteinte au minimum vital du débiteur et que par conséquent il n'était pas possible de porter atteinte à ce minimum dans le cadre de l'application de l'article 151 alinéa 1 CCS. A notre avis, ce n'est pas un bon argument. Tout d'abord, la règle selon laquelle l'institution de recouvrement des pensions et aliments qui s'est fait céder les droits aux aliments du crédientier ne peut elle-même obtenir une poursuite ou un séquestre pour un montant qui entamerait le minimum vital du débirentier est une règle posée par le

⁷⁶⁹ RÜEG, 23-25, qui y voit également une atteinte à l'idéal de partenariat des conjoints. Voir également son développement sur l'inégalité qui surgit en cas d'amélioration de la situation économique des conjoints : le débirentier profite seul d'une augmentation de ses revenus, aux dépens de l'office d'aide sociale. Par ailleurs, le crédientier voit son indemnité d'aide sociale réduite dans l'hypothèse où il accroît ses revenus, ce qui ne va pas l'inciter à améliorer sa situation financière; pour une critique du projet de révision du droit du divorce qui reprend cette inégalité entre homme et femme : WERRO, 383.

⁷⁷⁰ RÜEG, 24-25.

Tribunal fédéral lui-même⁷⁷¹. Rien ne l'empêcherait d'harmoniser sa jurisprudence de façon à ce que l'égalité entre homme et femme soit respectée. Dans une telle hypothèse, l'institution de recouvrement compétente pour le crédientier pourrait devoir ultérieurement lui fournir des prestations d'assistance. Cette solution a certes le désavantage de coûts administratifs supplémentaires, mais a l'avantage d'être conforme au principe de l'égalité entre homme et femme.

Par ailleurs, le crédientier dont le minimum vital n'est pas couvert a la possibilité d'intenter des poursuites contre le débientier pour le paiement d'aliments échus durant l'année qui a précédé l'introduction de la poursuite, même lorsque le minimum vital de ce dernier s'en trouve lésé⁷⁷². Il pourrait donc obtenir l'exécution forcée de l'indemnité portant atteinte au minimum vital de l'ex-conjoint. En outre, l'institution communale ou cantonale qui fournit des avances pourrait exiger du créancier d'aliments qu'il intente lui-même la poursuite et prévoir une cession du produit de la poursuite en sa faveur. L'institution publique pourrait même représenter le crédientier dans ses démarches auprès des organes de la poursuite.

Comme on le voit, l'argumentation découlant du droit de la poursuite n'est pas très sérieuse.

Le Tribunal fédéral a également invoqué le fait qu'un partage du minimum vital du débientier démotiverait celui-ci dans l'exercice de son activité lucrative. Le Tribunal fédéral ne fait en l'espèce pas grand cas de la démotivation du conjoint qui exerce une activité lucrative à temps partiel, en plus de son activité éducative, et qui doit requérir l'aide sociale. Il n'y a pas de raison d'attacher plus d'importance à la démotivation d'un des ex-conjoints qu'à celle de l'autre. Par ailleurs, le manque à gagner découle de décisions prises ensemble par les époux et dont ils devraient par conséquent répondre ensemble.

⁷⁷¹ 116 tII 10 (12-13); 106 III 18 (19); 63 III 117.

⁷⁷² 116 III 10 (12); 106 III 18 (19); 68 III 106; 87 III 7; 63 III 117; 55 III 155 ss. L'atteinte au minimum vital du débiteur doit dans son résultat apporter une réduction comparable des situations économiques du débiteur et du créancier.

Dans un arrêt récent portant sur des contributions d'entretien fixées en mesures provisoires⁷⁷³, le Tribunal fédéral a renforcé son argumentation en ajoutant un élément nouveau à la discussion. Etant donné que l'article 163 CCS prescrit que chacun des conjoints contribue "selon ses forces" à l'entretien de la famille, la capacité de gain du débirentier doit être considérée, selon notre haute Cour, comme la limite inférieure des forces de celui-ci. L'article 163 CCS étant une loi fédérale, le Tribunal fédéral ne s'autorise pas à en revoir la conformité à la Constitution fédérale, en particulier au principe de l'égalité entre homme et femme.

Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral répond aux critiques de la doctrine selon lesquelles la jurisprudence actuelle viole l'article 4 alinéa 2 Cst. en arguant que le principe de l'égalité entre homme et femme est réalisé par le libre choix laissé aux conjoints dans la répartition des rôles dans la famille. Le choix effectué impliquerait, selon le Tribunal fédéral, que le conjoint en assume les conséquences.

Il est erroné de penser que le législateur, en adoptant l'article 163 CCS, avait en vue le maintien du minimum vital du débirentier au moment du divorce. La nouvelle disposition devait établir une parité entre les contributions fournies par les conjoints, la mesure de cette parité étant l'effort fourni par chacun pour produire la contribution. Lorsque pendant le mariage le revenu d'une famille organisée traditionnellement tombe en dessous du minimum vital, ni le texte de l'article 163 CCS, ni son but n'imposent de maintenir ce revenu à l'entière disposition du conjoint qui le réalise, sous prétexte qu'il ne peut pas contribuer à l'entretien de la famille plus que ses forces le lui permettent. L'article 163 CCS est un critère devant aider à définir l'étendue de la contribution d'un conjoint par rapport à la contribution de l'autre conjoint.

Le Tribunal fédéral laisse aussi entendre, dans l'arrêt du 21 novembre 1996, que le principe selon lequel on ne peut pas porter atteinte au minimum vital du débiteur de la prestation existe également dans d'autres types de prestations relevant du droit de la famille⁷⁷⁴. Il illustre cette idée

⁷⁷³ Arrêt non publié du 21 novembre 1996 dans la cause E. S contre M. S.; pour un résumé de l'arrêt, voir RJB 1997, 136-137

⁷⁷⁴ Arrêt du 21 novembre 1996, considérants 3 b, c, d et e.

en se référant à l'article 11 alinéa 2 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires⁷⁷⁵, ainsi qu'aux prestations prévues aux articles 151, 152, 285 alinéa 1 et 328 CCS.

A notre avis, dans les quatre premiers cas, il ne ressort pas du texte de la loi que le minimum vital du débiteur devrait être protégé. La Convention de La Haye dispose que les besoins du créancier et les ressources du débiteur doivent être pris en considération dans la détermination du montant de la prestation alimentaire. Elle ne fait aucunement référence au fait que le minimum vital du débiteur de la prestation serait intangible. Concernant l'article 151 CCS, et cela vaut également pour l'article 152 CCS, le Tribunal fédéral ne fait que renvoyer à sa propre jurisprudence. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, cette jurisprudence est à notre avis discutable. A propos de l'article 285 alinéa 1 CCS, il convient de relever que le Tribunal fédéral se réfère à HAUSHEER/REUSSER/GEISER qui cependant se boment à souligner qu'il faut tenir compte de la capacité contributive du débiteur⁷⁷⁶. Ces auteurs ne font pas référence à un respect absolu du minimum vital et cela nous paraît fondé. Quant à l'article 328 CCS, la situation n'est pas comparable. Elle concerne des liens familiaux moins étroits que les liens entre les conjoints. Il est dès lors conforme à l'esprit de la norme, d'ailleurs clairement exprimé par son texte, de limiter de façon plus importante les obligations du débiteur de la prestation.

Par ailleurs, il faut relever que le Tribunal fédéral a également précisé, dans l'arrêt susmentionné, qu'il ne serait pas arbitraire de porter atteinte au minimum vital du débiteur de la prestation lorsque celui-ci, avec un effort raisonnable, peut obtenir un revenu plus important lui permettant d'éviter une atteinte réelle à son minimum vital⁷⁷⁷.

Dans un obiter dictum, le Tribunal fédéral relève qu'on ne peut pas considérer d'emblée comme arbitraire un partage du manque à gagner lorsque les deux conjoints ont exercé une activité lucrative pendant le mariage⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ RS 0.211.213.01

⁷⁷⁶ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 176, n. 53

⁷⁷⁷ Arrêt du 21 novembre 1996, considérant 3.

⁷⁷⁸ Arrêt du 21 novembre 1996, considérant 6.

En effet, dans une telle situation, le principe de l'égalité pourrait exiger que les conjoints ayant tous les deux exercé une activité lucrative en assument les conséquences dans une mesure comparable. Cette remarque laisse entrevoir que l'interprétation donnée par le Tribunal fédéral à l'article 163 CCS (intangibilité du minimum vital) ne reste pas imperméable à un effet indirect des dispositions constitutionnelles, en particulier du principe de l'égalité entre homme et femme. Cette interprétation conforme reste toutefois limitée à quelques cas exceptionnels. Pourquoi ne pourrait-elle pas être étendue aux conséquences du choix effectué ensemble par les conjoints ? Le Tribunal fédéral n'y répond pas.

En conclusion, il nous semble que le conjoint économiquement le plus avantagé est autant responsable que l'autre dans les décisions prises pendant le mariage, en particulier dans le choix d'un partage traditionnel des tâches. Si ses revenus ne lui permettent pas de couvrir les obligations qui découlent des décisions prises pendant le mariage, et qu'aucune autre institution d'assurances sociales ne couvre ce déficit, il semble normal qu'il sollicite l'assistance sociale, tout comme doit le faire l'autre conjoint. La jurisprudence du Tribunal fédéral nous semble mal fondée sur ce point et devrait être revue.

d) Comment calcule-t-on le montant de l'indemnité ?

Il y a deux courants de pensée à ce sujet. Certains préconisent le recours à une quote-part ou échelle permettant de calculer le montant effectivement dû dans un divorce qui ne présente pas de difficultés particulières⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹

SCHWENZER, Umbruch, 264-265. Cet auteur estime que les règles fixant précisément la quote-part revenant à chacun ont tendance à avoir un effet plus favorable pour la partie faible que les règles floues. Cela est particulièrement juste dans un domaine où les questions financières sont largement réglées par le biais de conventions passées entre les parties et qui sont ultérieurement ratifiées (mais pas contrôlées, à moins d'être grossièrement inéquitables) par le juge. Toutefois, nous pensons qu'un plus grand pouvoir du juge dans le contrôle de la convention passée entre les parties, et surtout un contrôle du caractère équitable de la convention, produirait de meilleurs résultats. Cela garantirait un respect de l'équité dans les conventions tout en permettant aux parties de s'écarter du système des quotes-parts lorsque cela ne correspond pas à leur situation personnelle, ainsi par exemple lorsque le dommage est très conséquent ou au contraire minime.

D'autres favorisent une méthode qui se base sur les revenus effectifs des conjoints et les besoins concrets de la famille puis effectue un partage par moitié de la part de revenus qui excède les besoins familiaux⁷⁸⁰.

Contrairement à ce qui se pratique en Allemagne⁷⁸¹, les tribunaux suisses n'ont pas posé d'échelle pour la fixation de l'indemnité. Le Tribunal fédéral a uniquement donné une indication générale (*Faustregel*) pour les couples dont les revenus du conjoint exerçant une activité lucrative sont dans la moyenne⁷⁸² : dans un tel cas, l'indemnité se situe en général à environ un tiers de ces revenus, indemnités pour les enfants non comprises⁷⁸³ ou à environ 50-60 % des revenus, indemnités des enfants comprises⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ SPYCHER, 166 ss.

⁷⁸¹ Les tribunaux ont établi des tabelles (HAUSHEER, *Nachehelicher Unterhalt*, 660). Voir notamment la table de Düsseldorf qui prévoit que le crébirentier a droit à une quote-part de 3/7 du revenu déterminant, dans la mesure où le débirentier dispose d'un revenu provenant d'une activité lucrative. Si le débirentier dispose de revenus provenant de rentes, la quote-part est alors de 1/2. La table de l'*Oberlandesgericht* de Stuttgart prévoit une autre méthode. Pour plus de détails, voir RICHTER, *Münchener Kommentar*, ad art. 1578 BGB, n. 19 ss, ainsi que SPYCHER, 235 ss.

⁷⁸² En 1986, sur la base de chiffres fournis par l'Office fédéral des arts et métiers (OFAMT), HAUSHEER parlait de revenus se situant entre Fr. 3'500 et Fr. 4'500 (HAUSHEER, *Tendenzen*, 62). Le Tribunal fédéral a repris ces montants dans une décision de 1988 (114 II 122). En 1990, sur la base de chiffres plus représentatifs fournis par l'Office fédéral de la statistique, HAUSHEER parle d'un revenu familial se situant entre Fr. 5'000 et 7'500 (HAUSHEER, *Nachehelicher Unterhalt*, 657 note 57). Selon les statistiques suisses, le revenu professionnel brut médian des personnes actives occupées à plein temps en 1994 varie entre Fr. 5'281 et Fr. 9'023 pour l'homme et entre Fr. 3'500 et Fr. 5'621 pour la femme. Concernant les salariés non-cadres, il est de Fr. 5'281 pour l'homme et de Fr. 4'225 pour la femme, en ce qui concerne les salariés cadres, il est de Fr. 6'637 pour l'homme et de Fr. 4'525 pour la femme, concernant les dirigeants, il est de Fr. 9'023 pour l'homme et de Fr. 5'621 pour la femme, concernant les indépendants et collaborateurs familiaux, il est de Fr. 6'126 pour l'homme et de Fr. 3'500 pour la femme (*Annuaire statistique de la Suisse* 1996, 113).

⁷⁸³ 114 II 122; 108 II (30) 32 c. 8; 108 II 81 (82); 98 II 166 c.2; GEISER, *Worin ?*, 354 n. 19.

⁷⁸⁴ HAUSHEER, *Tendenzen*, 62.

Par contre, pour les couples bénéficiant de revenus élevés, une telle règle ne peut plus être appliquée car l'expérience montre que plus les revenus augmentent, plus la part consacrée à l'entretien diminue⁷⁸⁵.

Cette règle a été à l'origine établie pour les revenus à disposition dans les couples organisés traditionnellement, c'est-à-dire avec un seul revenu⁷⁸⁶. Avec des revenus réalisés par les deux conjoints, comme c'est de plus en plus souvent le cas, on peut se demander comment la règle doit être appliquée lorsque l'autre conjoint réalise également un revenu. Selon le nouveau droit matrimonial, chacun des conjoints contribue selon ses facultés à l'entretien de la famille. La femme ne peut donc plus exiger de fournir sa contribution principalement en services et par conséquent de mettre à disposition du ménage seulement une partie de ses propres revenus⁷⁸⁷. En cas de divorce, la perte d'entretien doit tenir compte des revenus que la femme peut fournir. La jurisprudence a proposé différentes solutions pour déterminer la manière dont il faut considérer les revenus du crédientier⁷⁸⁸. A notre avis, selon le nouveau droit matrimonial, la femme doit contribuer à part entière à son propre entretien après le divorce. Le fait que, dans des circonstances exceptionnelles, notamment en cas de récession, mauvaise formation professionnelle, âge avancé, etc., ses revenus apparaissent menacés, pourrait permettre au juge d'estimer ces derniers avec prudence. On peut en outre se demander comment il faut prendre en compte les revenus du débirentier. Faut-il les déduire de la quote-part (1/3) des revenus du débirentier ou au contraire faut-il calculer la quote-part d'un tiers sur la différence entre les revenus des ex-conjoints⁷⁸⁹, ou encore,

785 114 II 122.

786 HAUSHEER, *Nachehelicher Unterhalt*, 658.

787 117 II 359 (363) et les références citées.

788 84 II 415; 108 II 81 (82).

789 Ces deux méthodes, respectivement *Anrechnungsmethode* et *Differenzmethode* sont appliquées en Allemagne, la première étant cependant contestée (SPYCHER, 228). Selon VETTERLI, la méthode de la déduction (*Anrechnungsmethode*) désavantage le conjoint économiquement le plus faible et est à déconseiller (VETTERLI, 934).

comme le Tribunal fédéral l'a fait en 1986⁷⁹⁰, faut-il déduire les revenus du crédientier du tiers des revenus cumulés des conjoints ? A notre avis, le versement d'une contribution d'un ex-conjoint à l'autre est possible lorsqu'il y a une différence de revenus entre eux. C'est la différence de revenus qui permet le versement de l'indemnité équitable et c'est donc une quote-part de cette différence qui doit être attribuée à titre de prestation d'entretien⁷⁹¹.

Par ailleurs, cette règle avait été définie à l'origine en tenant compte du fait que celui qui réalisait les revenus avait la charge des impôts⁷⁹². Or actuellement, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'impôt fédéral direct (LIFD), celui qui réalise les revenus affectés à l'indemnité peut les déduire de ses revenus imposables pour l'impôt fédéral direct⁷⁹³. Certains cantons ont déjà actuellement une législation qui prévoit que les impôts sur les contributions d'entretien et la pension alimentaire sont à la charge du crédientier⁷⁹⁴. Pour éviter une double imposition dans les rapports intercantonaux, le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que la pension alimentaire et l'indemnité après divorce étaient imposables uniquement par le canton de domicile du bénéficiaire, le canton de domicile du débiteur devant en admettre la déduction du revenu imposable de celui-là⁷⁹⁵. L'imposition à la charge du crédientier sera bientôt la règle pour tous les impôts cantonaux et communaux, puisque la loi sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID), entrée en vigueur le 1er janvier 1993, prévoit que les cantons doivent adopter le

⁷⁹⁰ Décision du 17 janvier 1986, citée par SPYCHER, 227.

⁷⁹¹ Pour plus de détails sur la question, voir SPYCHER, 226 ss.

⁷⁹² HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 658.

⁷⁹³ Art. 23 lit. f et 33 al. 1 lit. c LIFD (RS 642.11).

⁷⁹⁴ HINDERLING/STECK, 283 et note 12i, se référant à la législation zurichoise (§ 19 lit. h et § 25 lit. e StG/ZH).

⁷⁹⁵ 121 I 150 ss (153-154). Ce principe avait déjà été posé par le Tribunal fédéral en matière de contributions pécuniaires à l'entretien des enfants (118 Ia 227 [281]).

même principe dans un délai de 8 ans⁷⁹⁶. Il serait en conséquence souhaitable d'adapter à la hausse la quote-part d'un tiers de façon à tenir compte de la charge d'impôt supportée par le crédientier. HAUSHEER estime qu'un partage autre que moitié-moitié entre le débirentier et le crédientier trouve sa justification dans le fait que le débirentier doit être compensé pour les charges ménagères qu'il devra désormais assumer du fait du divorce⁷⁹⁷.

Nous pensons qu'une référence à une quote-part peut être une aide bienvenue dans la fixation de la compensation de la perte du droit à l'entretien. En effet, le dommage d'entretien, bien qu'il puisse varier d'un couple à l'autre, demeure dans des fourchettes comparables, pour des couples disposant de revenus similaires. Par contre, pour tous les autres éléments du dommage⁷⁹⁸, il nous semble que le juge doit pouvoir bénéficier d'une grande liberté non seulement dans le montant qu'il fixe mais aussi dans la durée. Ceci est en particulier vrai pour le dommage résultant de la perte des fruits récoltés après le divorce, découlant d'investissements effectués pendant le mariage. Ce dommage dépend en effet beaucoup plus de circonstances propres à chaque couple, telles que les chances de carrière auxquelles il est renoncé, les possibilités de l'autre conjoint de faire fructifier ces investissements, etc. Le juge doit pouvoir utiliser son pouvoir d'appréciation (art. 4 CCS) pour déterminer l'étendue du dommage.

L'article 151 alinéa 1 CCS prévoit une compensation équitable des intérêts pécuniaires compromis par le divorce. Font partie de ces intérêts la perte d'entretien⁷⁹⁹, l'entretien convenable représentant la limite supérieure du montant qui peut être octroyé⁸⁰⁰. On se fondera sur le niveau de vie pendant le mariage ou avant le mariage, cette dernière approche étant

⁷⁹⁶ Art. 7 al. 4 lit. g et 9 al. 2 lit. c LHID (RS 642.14).

⁷⁹⁷ HAUSHEER, *Nachehelicher Unterhalt*, 659-660.

⁷⁹⁸ Voir ci-dessus titres VI. B. 4. c., d. et e. pages 222 ss.

⁷⁹⁹ Entre autres HINDERLING/STECK, 274.

⁸⁰⁰ Voir ci-dessus page 218.

adoptée en particulier pour les mariages de courte durée⁸⁰¹. Selon le Tribunal fédéral, le fait de se référer au niveau de vie pendant le mariage, ne garantit toutefois pas le maintien du même train de vie. L'indemnité équitable doit seulement compenser dans une certaine mesure, et pour autant que les circonstances le justifient, la perte de l'avantage économique représenté par l'entretien que lui devait l'autre conjoint pendant le mariage⁸⁰². Pour fixer le montant de cette indemnité, la jurisprudence tient compte de différents critères⁸⁰³.

Pour l'indemnité d'entretien, le train de vie des époux jusqu'à la fin de la vie commune constitue en principe la limite supérieure de la compensation accordée au conjoint innocent. Celui-ci n'a en effet pas un droit, pour le dommage d'entretien, et à notre avis pour lui seul⁸⁰⁴, à un partage d'une amélioration de la situation économique de l'autre conjoint intervenue après le divorce⁸⁰⁵. A noter que l'indemnité octroyée inclut également un montant équitable au sens de l'article 164 CCS. Toutefois, dans la mesure où les revenus propres du crédientier lui assurent une indépendance

⁸⁰¹ 117 II 359 (366).

⁸⁰² 79 II 131; 87 IV 87; 95 II 597; 98 II 165 c. 2; HINDERLING/STECK, 284; HAUSHEER, Auswirkungen, 213; BRÄM, Renten, 58 et 60; JERMANN, 105; GESSLER, 68. Le juge apprécie équitablement le montant de l'indemnité, selon son pouvoir d'appréciation et en tenant compte de l'ensemble des circonstances (DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 144 n. 721).

⁸⁰³ Voir ci-dessus page 235.

⁸⁰⁴ Cette limite ne doit pas s'appliquer aux autres types de dommages. Pour une description des autres types de dommage, voir ci-dessus titres VI. B. 4. c, d et e., pages 222 ss.

⁸⁰⁵ HINDERLING/STECK, 284 note 13; 117 II 359 (366). DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 144, n. 722, se référant à un arrêt du Tribunal fédéral précisant que le niveau de vie des conjoints jusqu'au moment de la séparation constitue la limite maximale de ce qui peut être octroyé par mesures provisoires dans le cadre de la procédure en divorce (ATF 118 II 376).

financière équivalente à celle de son conjoint, un tel montant n'est pas inclus dans le calcul de l'indemnité⁸⁰⁶.

6. LE CRITERE DE LA REPARTITION DES TACHES

a) Remarques préliminaires

Le critère de la répartition des tâches au sein de la famille est un critère créé par la jurisprudence dans le milieu des années 80. Il est apparu dans le cadre de ce que l'on nomme la révolution tranquille⁸⁰⁷, autrement dit une évolution substantielle de la jurisprudence relative à l'article 151 alinéa 1 CCS qui s'est effectuée en douceur, sans provoquer de levée de boucliers. Cette "révolution" a introduit le principe d'une limitation dans le temps de l'indemnité d'entretien, a modifié la justification sur laquelle reposait l'indemnité et a également modifié la manière dont le droit envisageait le rôle de la femme dans la société.

b) Le rôle du critère du partage des tâches

(1) Avant la "révolution tranquille"

Avant la "révolution tranquille", l'octroi d'une indemnité sur la base de l'article 151 alinéa 1 CCS était indépendant du partage des tâches dans la famille puisque ce partage était imposé par la loi.

L'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS était considérée comme indépendante de l'organisation des époux pendant le mariage. Elle découlait

⁸⁰⁶ 114 II 301 (306); STAMM, 167-168; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art 151, n. 26a; SPYCHER, 28.

⁸⁰⁷ Jacques-Michel GROSSEN a été le premier à utiliser ce terme dans la doctrine suisse, en s'inspirant d'une terminologie déjà largement répandue aux Etats-Unis. Par la suite de nombreux auteurs lui ont emboîté le pas (GROSSEN, Une révolution tranquille, 59 ss).

de l'obligation du mari, impérieusement fixée par la loi, d'entretenir son épouse. Le Tribunal fédéral l'exprimait de la façon suivante⁸⁰⁸ :

"Le mariage est une institution dont le contenu est impérativement fixé par la loi. L'échange des consentements devant l'officier de l'état civil est générateur d'un statut du droit de la famille : il crée l'union conjugale (art. 159 al. 1 CCS) avec tous les effets que la loi - et la loi seule - y attache, sans qu'il soit possible aux époux, même de leur consentement mutuel, de s'affranchir des devoirs et obligations qu'il comporte. Réservés les cas de nullité, limitativement énumérés, et dont il n'est pas question dans la présente cause, les "circonstances du mariage", quelles qu'elles soient, sont sans conséquence sur les effets du mariage. En particulier, les motifs, les mobiles respectifs des époux ne sauraient influencer sur leurs obligations réciproques. La portée, la signification que les époux ont attachée à leur mariage n'affecte en rien leurs devoirs légaux."

En principe, la femme avait droit à une indemnité à vie⁸⁰⁹. Même lorsque la femme exerçait déjà une activité lucrative pendant le mariage, une rente à vie lui était octroyée car le juge tenait compte du fait qu'en cas de continuation du mariage, l'épouse aurait toujours eu la possibilité de réduire son activité lucrative ou même de l'interrompre, que la situation économique du mari le permette⁸¹⁰ ou non⁸¹¹.

Seuls des motifs particulièrement fondés (*triftige Gründe*) permettaient de limiter la rente dans le temps. Ainsi, un mariage de courte durée, sans enfant, permettait d'octroyer une rente temporaire⁸¹². Le dommage était déterminé en comparant la situation de la femme divorcée avec celle qu'elle avait dans l'union conjugale, non pas comme les époux se la repré-

⁸⁰⁸ 97 II 9 c. 3.

⁸⁰⁹ 97 II 10; 98 II 166; 109 II 88 lit. a; BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 151, n. 53.

⁸¹⁰ 79 II 130 (132).

⁸¹¹ 95 II 596 (598-599).

⁸¹² 97 II 7 (19); voir l'opinion d'HINDERLING/STECK selon laquelle il fallait en outre établir que le conjoint était encore jeune, capable d'exercer une activité lucrative et qu'il aurait dû tôt ou tard exercer une telle activité car la situation professionnelle du mari serait restée infructueuse (HINDERLING/STECK, 285).

sentaient ou l'avaient organisée, mais telle que la loi l'avait réglée, "avec les devoirs et les droits que comporte le statut légal."⁸¹³

En ce qui concerne la femme qui avait des enfants issus du mariage, le caractère viager de l'indemnité qui lui était octroyée s'expliquait par l'argument qu'il fallait tenir compte du fait que l'épouse retrouverait une pleine liberté d'action à un âge où les relations professionnelles se développent plus difficilement⁸¹⁴. Le Tribunal fédéral l'a formulé de la façon suivante :

"Sind einer Ehe aber Kinder entsprossen, so haben sich die Lebensverhältnisse der Mutter in der Regel derart geändert, dass sich eine zeitliche Begrenzung der Rente nicht mehr rechtfertigt."⁸¹⁵

C'est uniquement dans l'appréciation du montant de l'indemnité que les juges prenaient en considération le fait qu'au moment du divorce l'obligation de l'épouse d'assumer des tâches domestiques disparaissait et qu'en conséquence celle-ci retrouvait du temps libre lui permettant de se procurer quelques revenus. Le juge devait toutefois exercer une certaine retenue dans l'appréciation des possibilités de la femme de se procurer un revenu et tenir compte de l'ensemble des circonstances, en s'inspirant notamment de critères tels que la faute du débirentier, l'âge des époux, la durée du mariage, l'état de santé de la crédièntière, son instruction, et les avantages qu'elle pouvait retirer du divorce⁸¹⁶.

En conclusion, la femme avait en principe droit à une indemnité d'entretien à vie, pour autant que le mariage n'ait pas été de courte durée. Dans l'optique du législateur de 1907, cela était justifié par l'obligation de la femme d'assumer les tâches domestiques. L'activité éducative bénéficiait d'une protection particulière puisqu'elle permettait au conjoint innocent d'obtenir du conjoint fautif une indemnité viagère, même lorsque l'union avait été de courte durée. Selon cette jurisprudence, la place de la femme

⁸¹³ 97 II 10.

⁸¹⁴ 99 II 353 (358); 98 II 164 (166).

⁸¹⁵ 98 II 164 (166).

⁸¹⁶ 79 II 130 (132); 84 II 415 (416); 95 II 596 (598- 599).

était au foyer. Lorsqu'elle n'avait pas démerité dans son rôle, elle avait le droit d'être entretenue à vie par son ex-conjoint. L'indemnité était donc indépendante d'un besoin⁸¹⁷.

(2) *La "révolution tranquille"*

Elle s'est effectuée en plusieurs étapes.

(a) **Prise en considération des circonstances concrètes du partage des tâches**

Le Tribunal fédéral s'est écarté d'une présomption de dommage pécuniaire de la femme au moment du divorce, pour examiner concrètement le partage des tâches effectué par les époux pendant le mariage, afin de déterminer si l'épouse subissait véritablement un préjudice pécuniaire. L'octroi d'une indemnité a été limité à l'existence d'un *besoin* concret lié au mariage et trouvant son origine dans le divorce⁸¹⁸. Le Tribunal fédéral a précisé qu'il fallait concrètement regarder si la femme pouvait pendant le mariage compter sur l'entretien de son mari. Lorsque pendant le mariage l'épouse exerçait une activité lucrative ou lorsqu'en fonction des circonstances concrètes, et notamment du fait qu'en pratique l'entretien était assuré principalement voire exclusivement par l'épouse, il faut admettre que sans le divorce la femme n'aurait pas été mieux placée qu'en étant divorcée⁸¹⁹, une indemnité limitée dans le temps peut lui être octroyée. Mais cette indemnité ne peut lui être octroyée que si elle subit d'autres dommages que la perte de la contribution d'entretien de la famille fournie par le conjoint. A défaut, elle ne peut prétendre à aucune indemnité⁸²⁰.

Le tribunal fédéral s'est ainsi écarté de sa jurisprudence antérieure qui supposait que la femme pouvait réduire voire interrompre son activité professionnelle avec l'âge, indépendamment de la situation professionnelle du mari.

⁸¹⁷ GROSSEN, *Une révolution tranquille*, 62.

⁸¹⁸ SPYCHER, 28.

⁸¹⁹ 109 II 87 (88-91); confirmé ultérieurement dans l'arrêt 121 III 201 (203).

⁸²⁰ Précision apportée ultérieurement dans l'arrêt 121 III 201 (203).

C'est dans cette première partie de la révolution tranquille que s'est effectué le changement le plus important. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que le statut de femme ne justifiait pas en soi l'octroi d'une indemnité d'entretien. Seule l'existence de prestations d'entretien pendant le mariage et la disparition de celles-ci au moment du divorce donnaient droit à l'indemnité d'entretien. Sans se référer expressément au critère du partage des tâches dans la famille, le Tribunal fédéral a, en fait, introduit l'idée d'une influence du partage effectif des tâches sur la situation pécuniaire de la femme après le divorce.

Cette évolution n'a pas encore modifié le rôle que la loi réserve à la femme, de sorte que la place de celle-ci est toujours au foyer. Cependant, la jurisprudence a modifié la justification à la base de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS. La femme n'y a plus droit parce qu'elle est femme et a rempli ses obligations maritales mais seulement parce qu'elle perd des prestations qu'elle recevait pendant le mariage. L'indemnité dépend donc de l'existence concrète d'un dommage.

Il s'agit en quelque sorte d'une reconnaissance du fait que la femme s'était déjà procuré une indépendance financière pendant le mariage. En termes d'égalité entre homme et femme, il s'agit d'un progrès puisque sous l'ancien droit la femme n'avait selon la loi pas la liberté d'exercer une activité lucrative sans le consentement de son mari !

(b) Remise en cause du privilège réservé à l'activité éducative

Dans une série de décisions, le Tribunal fédéral a considéré que le travail éducatif ne causait pas nécessairement un préjudice financier durable en cas de divorce. Il faut plutôt examiner dans le cas concret si, malgré la présence d'enfants, le conjoint a la possibilité de se créer une situation économique durable, dans laquelle il ne sera pas plus mal placé que dans la situation qui aurait été la sienne sans le mariage⁸²¹. Des enfants qui ne sont plus petits, un crédentier encore jeune, déjà - même partiellement - réintégré, et la perspective d'une activité à temps complet dans un avenir proche permettent de présumer que le conjoint innocent a la possibilité à long terme de subvenir à son propre entretien. Par contre si l'âge, l'état de santé, mais aussi la longue absence de la vie active et des difficultés per-

⁸²¹

109 II 184 (186); 109 II 286 (289); 110 II 225 (226/227); 111 II 305 (306).

sonnelles ou économiques ne permettent pas d'attendre du crédientier qu'il redevienne financièrement autonome, il faut lui octroyer une rente viagère⁸²² :

"Auch wenn zuzugeben ist, dass sich die Lebensbedingungen einer geschiedenen Frau dadurch, dass sie Kinder geboren und auferzogen hat, grundlegend und dauernd verändert haben, so ist damit noch nicht gesagt, dass eine solche Frau infolge der Scheidung auch stets einen dauernden finanziellen Schaden erleide. Sind ganz konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben, dass eine geschiedene Frau trotz Kinderbetreuung sich auf längere Sicht eine wirtschaftliche Situation wird schaffen können, in der sie nicht schlechter gestellt sein wird, als wenn sie die Ehe nicht eingegangen wäre, rechtfertigt sich eine solche lebenslange Bindung finanzieller Art an den früheren Ehegatten nicht. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn die Ehegatten noch jung und die Kinder nicht mehr klein sind, der anspruchsberechtigte Gatte bereits wieder - wenn auch nur teilweise - in das Erwerbsleben eingegliedert ist und Aussicht besteht, dass er in absehbarer Zeit voll erwerbstätig sein werde."⁸²³

Par la suite, la jurisprudence s'est affinée. Les principes suivants ont été posés.

Lorsque le cadet des enfants est âgé de moins de 10 ans, on ne peut exiger de la mère qu'elle reprenne une activité lucrative. Si les revenus du mari ne permettent même pas de couvrir le minimum vital des deux conjoints, seuls les revenus dépassant le minimum vital du conjoint ainsi que les contributions d'entretien des enfants pourront être attribués à l'épouse. Pour le reste, ce sont les institutions d'assistance sociale qui interviendront.

Lorsque le cadet des enfants a atteint l'âge de 10 ans, on peut raisonnablement attendre de la mère qu'elle reprenne une activité lucrative à temps partiel⁸²⁴. Dès que le cadet des enfants a atteint l'âge de 16 ans, la mère, en

⁸²² 109 II 184 (186-187).

⁸²³ 109 II 184 (186-187).

⁸²⁴ 115 II 9 c. 3c; 114 II 303.

principe déjà partiellement réintégrée sur le marché du travail, devrait normalement exercer une activité à plein temps. Une rente lui sera donc octroyée jusqu'à la 16^e année du cadet des enfants, ainsi que pour la durée présumable de sa réinsertion professionnelle, lorsque celle-ci est nécessaire⁸²⁵.

Par ailleurs, il est plus facile d'attendre d'un parent qu'il exerce une activité lucrative à temps partiel lorsqu'il a un seul enfant à charge que lorsqu'il en a plusieurs⁸²⁶.

Certains auteurs proposent des solutions un peu différentes quant à l'âge à partir duquel on peut raisonnablement exiger une activité lucrative. ZWEIFEL⁸²⁷ de même que VETTERLI⁸²⁸ estiment que le conjoint qui ne s'occupe que d'un seul enfant peut déjà reprendre une activité lucrative à temps partiel lorsque celui-ci commence l'école primaire, soit en règle générale dès l'âge de 6 ans. HINDERLING/STECK⁸²⁹ ainsi que VETTERLI⁸³⁰ estiment qu'il serait plus juste de faire cesser l'indemnité à partir de la fin de l'année scolaire durant laquelle le cadet des enfants achève sa formation élémentaire (*Grundausbildung*).

Le conjoint qui assume l'éducation d'enfants en plus d'une activité lucrative à temps complet doit bénéficier d'une compensation de cette charge supplémentaire⁸³¹. Cette compensation peut être équivalente soit aux coûts de crèches ou d'un tiers apportant des soins aux enfants, soit d'une déduction de la part des revenus obtenus dépassant le degré d'activité lucrative

825 109 II 286; 111 II 305 (306); 115 II 427 (431-433); BJM 1980, 191.

826 VETTERLI, 932.

827 ZWEIFEL, 190 ss.

828 VETTERLI, 932.

829 HINDERLING/STECK, 287, note 13f; dans le même ordre d'idée, voir également ROELLI, 328-329.

830 VETTERLI, 932.

831 VETTERLI, 932.

que l'on peut raisonnablement attendre du parent. Certains auteurs estiment que, dans certains cas, une compensation peut être apportée sous la forme d'une augmentation du montant de l'indemnité⁸³² ou d'une prolongation de la durée pendant laquelle celle-ci est octroyée⁸³³.

Le Tribunal fédéral reste sensible au fait que l'éducation des enfants constitue, pour le conjoint qui en a la garde, un obstacle dans la possibilité d'exercer une activité lucrative. Il a en effet affirmé que la rente doit être allouée pour la durée prévisible de la réinsertion professionnelle de la femme divorcée; elle doit néanmoins être assurée, même si la femme est réinsérée professionnellement, aussi longtemps que les enfants qui ont été attribués à la mère ont besoin d'une éducation et de soins étendus, à savoir généralement jusqu'à la 16^e année du plus jeune des enfants⁸³⁴. Néanmoins, lorsque le cadet des enfants a atteint l'âge de 10 ans, on peut raisonnablement attendre du parent qui s'en occupe qu'il reprenne une activité lucrative⁸³⁵. A notre avis, cela signifie que si la mère a choisi d'exercer une activité lucrative, malgré le fait qu'elle a la charge de ses enfants, les revenus qu'elle réalise pendant la période "usuelle" d'éducation de ceux-ci ne sont pas pris en considération, autrement dit il en est fait *totalemment* abstraction jusqu'à ce que le cadet des enfants ait atteint l'âge de 10 ans et *partiellement* jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 16 ans.

Il y a ainsi non-prise en considération de la partie des revenus obtenue grâce à des efforts allant au-delà de ce que l'on peut raisonnablement attendre du conjoint. Cela revient à considérer que la mère peut avoir droit à une indemnité pour son activité éducative, lorsqu'elle assume également une activité lucrative durant la même période.

On pourrait se demander si la jurisprudence susmentionnée ne découle pas du principe de la solidarité après divorce aux termes duquel le conjoint subvient au besoin de l'autre lorsque celui-ci est empêché de subvenir à son propre entretien. A notre avis non, en ce sens que la jurispru-

⁸³² GEISER, Questions, 16.

⁸³³ FRICK-MOCCHETTI, 303; GULER, 68.

⁸³⁴ 115 II 427 (432).

⁸³⁵ 115 II 6 (9-10).

dence ne fait pas dépendre le montant de l'indemnité d'entretien du besoin effectif du crédientier. En d'autres termes, lorsque le conjoint qui a la garde des enfants exerce une activité lucrative pendant la période usuellement consacrée à cette éducation et que les revenus réalisés sont supérieurs aux frais de garde, l'excédent réalisé n'est pas imputé sur l'indemnité d'entretien. Il peut donc en garder le bénéfice. La possibilité de réaliser un bénéfice nous paraît moins justifiée par une incapacité du crédientier de subvenir à son propre entretien que par une volonté de reconnaître la valeur de l'activité éducative. Le principe trouve application même dans l'hypothèse où le crédientier s'occupe d'enfants non communs, car, aux termes de l'article 278 alinéa 2 CCS, chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers de tels enfants. Or, le divorce prive le crédientier de ce soutien, ce qui constitue un dommage dont il faut tenir compte.

En outre, pour les mariages de courte durée, l'activité éducative permet au juge de replacer le conjoint dans la situation qui aurait été la sienne sans le divorce⁶³⁶, alors que si le couple n'avait pas eu d'enfant, le niveau de vie de référence aurait été celui du conjoint avant le mariage.

En conclusion, l'activité éducative n'est pas totalement ignorée par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a cependant essayé de limiter la durée du soutien financier dû au parent qui a la charge des enfants à la durée "usuelle" de l'activité éducative. Au-delà, le conjoint a l'obligation, sauf circonstances exceptionnelles, de pourvoir à son entretien. L'activité éducative n'est donc plus une contribution suffisante pour justifier un droit à ce que l'autre conjoint fournisse une indemnité d'entretien à vie en contrepartie.

Par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a clairement signifié que, dans son optique, l'éducation des enfants n'était pas un métier pour la vie. Il s'agit bien plutôt d'une activité exercée temporairement, à côté, ou, provisoirement, en remplacement d'une autre activité professionnelle. Un conjoint n'a pas pour seul métier l'éducation des enfants du couple.

Dans la perspective de l'égalité entre homme et femme, ces décisions partent du principe que la femme doit être traitée de la même manière que

836

GEISER, Tendenzen, 908.

l'homme en ce qui concerne l'obligation de pourvoir à son propre entretien. Sous réserve de la période qui peut être consacrée à l'activité éducative, une femme doit travailler et gagner sa vie, tout comme un homme.

(c) Suppression du droit de la femme de rester au foyer

Avec l'introduction de l'article 163 CCS, qui laisse les conjoints libres de définir le mode de répartition des tâches au sein de la famille, la jurisprudence a également reconnu que la femme n'avait plus un droit légal à fournir sa contribution exclusivement sous la forme de services⁸³⁷. Il appartient ainsi au couple de définir la prestation de chacun ainsi que d'envisager une modification de la répartition prévue initialement lorsque surviennent des circonstances nouvelles non négligeables et non prévisibles. Est considéré comme une telle circonstance le divorce⁸³⁸.

Une modification du partage des tâches initialement prévu est toutefois soumise au principe de la bonne foi. Cela signifie qu'une modification de l'accord passé ne peut être imposée à un conjoint que si et dans la mesure où cela semble équitable au regard de l'ensemble des circonstances.

Le Tribunal fédéral a par conséquent transposé cette nouvelle idée dans le droit du divorce. Il a ainsi précisé que la femme n'avait plus de droit légal à fournir sa contribution sous forme de services et que le divorce était un changement de circonstances permettant de remettre en question le partage convenu entre les conjoints :

"Die Ehefrau hat damit keinen gesetzlichen Anspruch mehr, ihren Beitrag durch die Führung des Haushaltes zu leisten und von einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich befreit zu sein (...). Eine solche anzunehmen, kann sie sich unter Umständen auch dann genötigt sehen, wenn sich die Ehegatten anfänglich auf eine andere Aufgabenteilung geeinigt haben, die Verhältnisse - etwa wegen Krankheit oder Verlust einer Arbeitsstelle, aber auch infolge Scheidung der Ehe - sich jedoch wesentlich verändert haben (...)."⁸³⁹

⁸³⁷ 114 II 13 (16); 115 II 6 (12).

⁸³⁸ 114 II 13 (17).

⁸³⁹ 117 II 211 (216).

Par conséquent la femme qui n'a plus un droit à continuer d'assumer un rôle de femme au foyer doit chercher à pourvoir à son propre entretien, sauf circonstances spéciales.

A notre avis, il est juste de considérer que le divorce est un événement important qui peut justifier une remise en question pour l'avenir du partage des tâches effectué pendant le mariage, en particulier du modèle traditionnel. Cependant, cela ne doit pas nécessairement être la règle, surtout lorsque la situation financière des parties permet de tenir compte du "contrat" passé entre les conjoints pendant le mariage.

Là où le modèle traditionnel de partage des tâches repose sur la volonté des conjoints d'assurer une éducation des enfants par les parents eux-mêmes, le divorce ne devrait pas constituer nécessairement une raison suffisante pour remettre en question ce modèle, à tout le moins tant que la situation financière permet de maintenir le niveau de vie antérieur. L'actuelle jurisprudence a pour effet de décider, pour la femme, où est sa place. Elle accorde une prestation d'entretien au conjoint ayant la garde des enfants, tant que le plus jeune n'a pas atteint l'âge de 10 ans, respectivement 16 ans⁸⁴⁰. Mais cette jurisprudence ne cherche pas à établir la volonté effective des parents quant à la question de l'éducation personnalisée des enfants. A notre avis, une application du principe de l'égalité entre homme et femme aux conséquences du partage des tâches effectué pendant le mariage devrait conduire à prendre davantage en considération l'accord passé par les parties.

Pour la question des modifications des circonstances qui interviendraient après le divorce, il faut relever que seules les hypothèses envisagées à

840

Voir ci-dessus page 240.

l'article 153 alinéa 2 CCS⁸⁴¹, ainsi que dans la jurisprudence y relative, permettent de modifier l'indemnité fixée.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que cette jurisprudence du Tribunal fédéral a été posée en période de plein emploi. Il était alors assez facile de considérer que la femme pouvait exercer une activité lucrative quand bon lui semblait, de sorte que le juge n'avait plus qu'à décider à partir de quand une telle activité pouvait raisonnablement être exigée de sa part. Aujourd'hui, la situation économique a bien changé, de sorte qu'il est quelquefois assez hasardeux de partir du point de vue que la femme trouvera une activité lucrative dès qu'elle en cherchera une. En outre, l'économie a tendance à engager plus facilement un homme qu'une femme⁸⁴². Le taux de chômage des femmes est toujours plus élevé que celui des hommes. Cette situation, couplée à l'obligation qui leur est faite au moment du divorce de retrouver une activité lucrative, peut pousser les femmes à occuper des postes de travail pour lesquels elles sont surqualifiées - pour autant que l'employeur engage un employé surqualifié, ce qui n'est pas évident - et donc à recevoir un salaire inférieur à ce à quoi elles pourraient prétendre.

841

L'article 153 est formulé de la façon suivante :

3. Rente

¹ *L'époux auquel une rente viagère a été allouée par jugement ou convention, à titre de dommages-intérêts, de réparation morale ou d'aliments, cesse d'y avoir droit s'il se remarie.*

² *La pension alimentaire allouée à titre de secours sera supprimée ou réduite, à la demande du débiteur, si l'ayant droit n'est plus dans le dénuement ou si la gêne dans laquelle il se trouvait a sensiblement diminué; il en sera de même si la pension n'est plus en rapport avec les facultés du débiteur.*

842

Une récente étude genevoise qui s'est interrogée sur les inégalités sexuelles face au chômage est arrivée à la conclusion que les inégalités se situaient plutôt en matière d'embauche et pas tellement en matière de licenciement. En effet, la différence entre le taux de chômage des hommes et celui des femmes s'atténue en période de récession économique alors que le taux de chômage des femmes diminue moins rapidement que celui des hommes lors de phases de reprise économique (FERRO-LUZZI/FLÜCKIGER, 125).

En résumé, cette jurisprudence consacre l'idée que l'activité purement domestique d'un des conjoints, admise pendant le mariage, ne peut plus se poursuivre après le divorce, sauf cas exceptionnels. Il s'agit d'une activité que le conjoint a uniquement l'autorisation d'exercer tant que dure le mariage.

(d) L'ATF 115 II 6

Cet arrêt du Tribunal fédéral a eu un retentissement important puisqu'il a consacré un revirement de la jurisprudence en matière d'octroi d'indemnité viagère au moment du divorce. A titre subsidiaire, c'est également dans cet arrêt que le Tribunal fédéral a pour la première fois intégré le partage des tâches entre les conjoints comme critère d'appréciation pour l'octroi de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS.

Il s'y est référé de trois manières différentes :

1. Tout d'abord, le Tribunal fédéral parle du partage des tâches entre les conjoints pour tenir compte d'une activité lucrative exercée par le conjoint au foyer dans la période qui précède le divorce. Le Tribunal fédéral s'est exprimé ainsi :

"Bei der Beantwortung der Frage, ob sich die geschiedene Frau auf längere Sicht wirtschaftlich wieder voll einzugliedern vermag und entsprechende Anstrengungen unternehmen muss, sind nach der feststehenden Rechtsprechung des Bundesgerichts aber nicht nur die Dauer der Ehe und das Alter der Ehegatten sowie allfälliger Kinder in Betracht zu ziehen. Zu berücksichtigen sind auch der Gesundheitszustand des anspruchsberechtigten Gatten, seine Ausbildung, seine wirtschaftlichen Verhältnisse sowie die allgemeine Wirtschaftslage.

Im weitem spielt die *tatsächlich gelebte Arbeitsteilung unter den Ehegatten während der Ehe* eine Rolle, die von der bisher gesetzlich vorgeschriebenen Aufgabenteilung abweichen kann. Von Bedeutung ist somit *insbesondere die Frage, ob schon während der Ehe beide Ehegatten einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind*. Trifft dies zu, lassen sich die Möglichkeiten für die Ehefrau, die wirtschaftliche Selbständigkeit zu erlangen, leichter beurteilen."⁸⁴³

⁸⁴³

115 II 6 (10-11 c. 4). Les mots en italique ne le sont pas dans le texte original.

Le critère du partage des tâches entre les conjoints est ici utilisé de manière à pouvoir prendre en considération une répartition des contributions à l'entretien de la famille qui s'écarterait du modèle traditionnel. L'idée est de tenir compte du fait que certaines femmes exercent déjà une activité lucrative pendant le mariage, à temps partiel ou même à temps complet, et sont donc partiellement (ré)intégrées sur le marché du travail. Il est dès lors plus facile d'imputer à ces crédiérentières les revenus qu'elles peuvent réaliser avec une activité à temps complet. L'application de ce critère est fréquente.

2. Par ailleurs, le critère du partage des tâches doit servir à prendre en considération l'éventuelle atteinte à la carrière et à la capacité de gain, causée par le travail au foyer.

Le Tribunal fédéral retient⁸⁴⁴ :

"In einem solchen Fall⁸⁴⁵ ist im Rahmen von Art. 151 Abs. 1 ZGB auch weiterhin dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Ehegatte zugunsten der ehelichen Gemeinschaft auf eine wirtschaftliche Selbständigkeit und eine allfällige Karriere verzichtet hat.

Die Ehefrau habe dementsprechend auch nicht mehr die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, dass sie an sich jederzeit auf eine freiwillig ausgeübte Erwerbstätigkeit während der Ehe wieder hätte verzichten können. (...) Massgebend für die Anwendung von Art. 151 Abs. 1 ZGB bleibt dann allerdings nur mehr die Nachwirkung dieser Verhältnisse während der Ehe auf die wirtschaftliche Stellung der Ehegatten nach der Scheidung."⁸⁴⁶

On tient donc compte des *conséquences économiques* du partage traditionnel des tâches, c'est-à-dire des conséquences sur la position économique des conjoints. Il faut notamment prendre en considération que le conjoint au foyer peut avoir renoncé à son indépendance économique et à une éventuelle carrière au profit de l'union conjugale. Les conséquences

⁸⁴⁴ 115 II 6 (12).

⁸⁴⁵ C'est-à-dire dans l'hypothèse où les conjoints se sont organisés d'une manière traditionnelle, conformément à ce qui était prévu sous l'ancien droit.

⁸⁴⁶ 115 II 6 (12).

du partage des tâches sur la position économique des conjoints après le mariage sont donc déterminantes pour l'application de l'article 151 alinéa 1 CCS.

Malheureusement, la compensation de cette atteinte est limitée dans son étendue à la compensation de l'entretien convenable, ce qui est insuffisant dès que les revenus professionnels que le conjoint "domestique" pourrait réaliser sont supérieurs à ce montant.

3. Finalement, le Tribunal fédéral a utilisé le critère du partage des tâches dans une application du principe de la bonne foi⁸⁴⁷ :

"Es kann daher nach der Eherechtsreform nicht einfach darauf verwiesen werden, unter neuem Recht stehe dem haushaltführenden Ehegatten von Gesetzes wegen kein Anspruch mehr zu, seinen Beitrag an den ehelichen Unterhalt ausschliesslich und für immer durch innerhäusliche Arbeit zu erbringen. (...) Vielmehr steht die Ehe - wie sie auch immer gelebt wird - unter neuem Recht nach wie vor unter dem Schutz des Grundsatzes von Treu und Glauben (ATF 114 II 15 f. E. 3). Sonst müsste das neue Eherecht sein Ziel verfehlen, den Ehegatten die innere Ausgestaltung ihrer Ehe zu überlassen (...)."

Lorsque de bonne foi les conjoints ont établi pendant une longue durée un partage des tâches traditionnel, on ne peut faire totalement abstraction de cet accord. Le partage des tâches effectué sur une certaine durée influencera l'appréciation du juge sur la question de savoir si on peut raisonnablement exiger du conjoint au foyer qu'il reprenne une activité lucrative. La reprise d'une activité lucrative sera plus facilement admise pour un mariage de courte durée que pour celui d'une longue durée⁸⁴⁸.

Par ailleurs, on peut se demander si, conformément au principe de la bonne foi, on peut exiger des conjoints qu'ils modifient un partage traditionnel des tâches lorsque les revenus à disposition permettent largement de couvrir les dépenses supplémentaires liées à la séparation.

⁸⁴⁷ 115 II 6 (12).

⁸⁴⁸ GEISER, Worin ?, 350 n. 14.

Qu'est-ce que le Tribunal fédéral entend par partage des tâches "de longue durée", dans l'ATF 115 II 6 ss ? Il se réfère à la durée du mariage et ne regarde pas la durée effective du partage traditionnel des tâches. Il n'a pas expressément posé une durée déterminée. La doctrine estime qu'un mariage de plus de 10 ans doit être considéré comme un mariage de longue durée⁸⁴⁹.

c) Effets de la prise en considération du critère du partage des tâches

Le critère peut avoir quatre effets différents.

- Le critère permet d'accroître le montant octroyé, si d'autres critères ne contribuent pas à sa réduction;
- il permet également d'augmenter la durée pendant laquelle la rente est octroyée;
- si le conjoint a plus de 45 ans au moment du divorce, un partage traditionnel des tâches de longue durée permet de lui octroyer une rente viagère, même lorsque le conjoint est déjà partiellement réintégré⁸⁵⁰. Il s'agit dans cette dernière hypothèse de donner un certain poids au fait que, selon l'accord des parties, le travail lucratif de l'épouse devait être temporaire. Si le conjoint a par contre moins de 45 ans au moment du divorce, un partage des tâches, même de longue durée, ne peut lui permettre de prétendre à une rente viagère, sauf circonstances extraordinaires. Il pourra par contre invoquer ce critère pour recevoir un montant plus élevé, si d'autres critères ne contribuent pas à la réduction de l'indemnité;
- Le critère permet également de réduire le montant octroyé et/ou la durée pendant laquelle l'indemnité est octroyée, lorsqu'il sert à prouver que le conjoint est déjà partiellement réintégré.

⁸⁴⁹ HINDERLING/STECK, 288 note 13i; voir également note 719, page 232.

⁸⁵⁰ En l'espèce, l'épouse avait repris une activité lucrative pour aider au financement d'une propriété achetée par les conjoints. Au vu de la bonne situation économique du mari, elle aurait pu par la suite renoncer à son activité lucrative (115 II 6 [13-14]).

L'utilisation du critère du partage des tâches pour accroître le montant de l'indemnité est fortement limitée par la limite maximale au montant qui peut être octroyé. Pour que le dommage professionnel puisse concrètement faire l'objet d'une indemnisation, il faut que simultanément un ou plusieurs autres facteurs contribuent à une réduction du montant maximal de l'indemnité. Ainsi un conjoint au foyer légèrement fautif, dont le divorce survient après un mariage de longue durée, qui devrait normalement recevoir une indemnité réduite du fait de la faute commise, pourrait obtenir un montant permettant de pleinement maintenir le niveau de vie antérieur s'il a subi une atteinte professionnelle en plus de la perte du droit à l'entretien. La compensation de l'atteinte professionnelle ne pourra, au vu de la jurisprudence actuelle, aller au-delà du montant permettant de maintenir le niveau de vie antérieur.

Par ailleurs, pour les couples mariés depuis moins de 10 ans ou qui sont encore relativement jeunes au moment du divorce, on peut imaginer que le dommage professionnel subi par le conjoint au foyer constitue un motif suffisant pour permettre au juge de considérer que les conséquences économiques sont équivalentes à celles d'un couple marié depuis plus de 10 ans. Le juge pourra alors chercher à maintenir le niveau de vie du crédentier plutôt que de le replacer dans la situation qui aurait été la sienne sans le mariage.

Le critère du partage des tâches peut également contribuer à une prolongation de la durée pendant laquelle subsistera l'obligation du débirentier de verser une indemnité à son ex-conjoint. Mais là aussi, le critère ne trouve que des possibilités d'application restreintes car la jurisprudence a tendance à favoriser le divorce *clean break* et à éviter de maintenir de trop longues relations économiques entre les conjoints.

L'appréciation de la répartition des tâches dépend en outre étroitement de la capacité de gain du débirentier, comme le dit très bien le Tribunal fédéral⁸⁵¹ :

"On ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient que l'autorité cantonale n'a pas suffisamment tenu compte de la répartition des tâches entre les époux, notamment du fait qu'elle doit s'occuper des deux

enfants, dont l'un est anormal. D'une part, l'autorité cantonale n'a pas méconnu cet élément, puisqu'elle n'a reconnu à la recourante que l'aptitude à exercer une activité lucrative à temps partiel. D'autre part, les revenus du mari ne lui permettent manifestement plus de faire face aux frais supplémentaires consécutifs à la nouvelle situation résultant de la séparation, à savoir l'existence de deux ménages."

Cela signifie concrètement que plus les revenus à disposition sont élevés, plus la marge d'appréciation du juge est grande pour la prise en considération du travail ménager et éducatif. *A contrario*, plus les revenus sont limités, plus il est difficile d'en tenir compte. Lorsqu'on sait que les moyens à disposition sont très limités dans la plupart des divorces, cela relativise grandement le critère du partage des tâches.

d) Remarques à propos de la jurisprudence relative au critère du partage des tâches entre les époux pendant le mariage

1. Avec la "révolution tranquille", la jurisprudence a voulu intégrer l'idée de l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage. Cette évolution de la jurisprudence a d'ailleurs débuté alors que l'Assemblée fédérale était en train de mettre sous toit le nouveau droit matrimonial qui a consacré cette idée d'égalité économique des conjoints malgré des contributions de nature différente.

Cette évolution de la jurisprudence est intervenue à une époque où la rhétorique en matière d'égalité mettait largement l'accent sur l'indépendance économique de la femme en tant que fondement de cette égalité. La femme devait avoir accès au travail lucratif sur la même base que l'homme et ne devait plus dépendre économiquement de celui-ci car, disait-on, la femme est l'égale de l'homme et peut faire tout ce qu'il fait. Il s'agit d'une vision formelle de l'égalité entre homme et femme.

Le changement d'orientation effectué par la jurisprudence en matière d'indemnité après divorce incorpore cette idée d'indépendance économique de la femme comme gage d'égalité. La femme a été reconnue comme aussi capable de pourvoir à son entretien qu'un homme, sous réserve de circonstances particulières comme par exemple son état de santé, son âge, l'absence prolongée du monde du travail. La jurisprudence a donc mis en application une vision formelle de l'égalité dans sa jurisprudence relative à l'article 151 alinéa 1 CCS.

Cette manière formelle d'envisager l'égalité ne peut toutefois pas être appliquée en toutes circonstances. S'il est vrai que le but ultime de l'égalité est d'établir l'indépendance économique de la femme et ainsi de lui donner une liberté de choix aussi grande que celle de l'homme dans les décisions familiales, l'indépendance économique de la femme ne peut pas être présumée *out of context*. Lorsque la situation économique de la femme est faible, notamment lorsqu'avec son conjoint elle a effectué un choix qui a contribué à diminuer sa capacité de gain, il est contraire à l'égalité de supposer qu'elle peut économiquement être indépendante dans la même mesure que son mari. La jurisprudence ne tient pas équitablement compte du fait que pendant le mariage la répartition des tâches a pu placer la femme dans une situation économique plus désavantageuse que celle de son mari.

Certes, on pourrait objecter que le mariage n'est pas (n'est plus) une garantie de prévoyance pour la vie. Cependant, tant l'application du principe d'égalité entre homme et femme que le but de l'article 151 alinéa 1 CCS, qui est de compenser le dommage survenu du fait du divorce, doivent conduire le juge à prendre en considération les fruits récoltés après le divorce des investissements effectués pendant le mariage⁸⁵².

2. Le critère du partage des tâches serait plus justement appliqué si le Tribunal fédéral ne se basait pas uniquement sur la durée du mariage mais tenait également compte, au besoin, de la durée effective du partage traditionnel et du moment où celui-ci est intervenu⁸⁵³. En effet, le fait que cette répartition des tâches soit intervenue pendant une certaine période de la vie peut produire des effets qui justifient que l'on remette le conjoint dans la situation qui aurait été la sienne sans le divorce.

3. On aurait pu imaginer que le critère du partage des tâches soit utilisé pour tenir compte de l'activité éducative et/ou de soins fournie par un conjoint, en plus de son activité lucrative. Il serait en effet possible de "rémunérer" cette double charge assumée par un conjoint pendant le mariage (activité domestique et lucrative) ainsi qu'une éventuelle double

⁸⁵² Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

⁸⁵³ Dans le même ordre d'idée, VETTERLI qui estime qu'il faut déterminer à partir de quand le partage des tâches a affecté le mode de vie d'un des conjoints après le divorce et jusqu'à quand un tel effet se manifesterait (VETTERLI, 931).

charge après le divorce en utilisant le critère du partage des tâches pour retarder l'exigence de la reprise d'une activité professionnelle et/ou augmenter le montant de l'indemnité⁸⁵⁴. Le Tribunal fédéral n'a, dans sa jurisprudence publiée, jamais utilisé ce critère pour rémunérer la double charge. La double charge reste "occulte" dans la jurisprudence relative à l'article 151 alinéa 1 CCS.

7. LES PRINCIPES DIRECTEURS A LA BASE DE LA JURISPRUDENCE ACTUELLE SUR L'ARTICLE 151 ALINEA 1 CCS

a) Le principe de l'égalité entre homme et femme

En application du principe de l'égalité entre homme et femme⁸⁵⁵, le législateur⁸⁵⁶ a supprimé le modèle légal de répartition des tâches attribuant un rôle spécifique et traditionnel à chacun des conjoints. A la place il a introduit un principe de concertation entre les époux auxquels est laissée la liberté de définir le mode de répartition des tâches au sein de leur famille⁸⁵⁷. Ce principe, plus égalitaire puisqu'il n'impose plus un rôle déterminé à la femme⁸⁵⁸, repose sur l'idée qu'homme et femme ont un droit

⁸⁵⁴ COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS FEMININES, rapport FREIVOGEL, 131-132 et 153.

⁸⁵⁵ Voir ci-dessous titre VII. B., page 338.

⁸⁵⁶ En application du mandat qui lui est imparti par la phrase 2 de l'article 4 alinéa 2 Cst. de réaliser l'égalité entre homme et femme notamment dans le domaine du mariage.

⁸⁵⁷ Art. 163 CCS.

⁸⁵⁸ Une véritable introduction de l'égalité entre les conjoints aurait exigé que le législateur impose un modèle égalitaire de partage des tâches. La solution choisie par le législateur laisse à la société le soin de réaliser l'égalité dans les faits entre l'homme et la femme, en espérant que cela contribue par contre coup à réaliser un partage plus égalitaire des tâches dans la famille.

REUSSER estime que la liberté laissée aux conjoints dans l'organisation des tâches n'est pas contraire au postulat de compatibilité entre activité familiale et activité lucrative. Les changements dans le partage des tâches doivent en effet se

équivalent à exercer une activité lucrative ou à se consacrer à des tâches domestiques. La nouvelle disposition tient également compte du fait que de plus en plus de femmes exercent une activité lucrative avant et même pendant le mariage (souvent à temps partiel). Il revient donc aux intéressés d'adopter le mode d'organisation qui correspond le mieux à leurs désirs et à leurs aptitudes.

Cette concrétisation de l'égalité entre homme et femme dans le domaine des effets généraux du mariage a influencé la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 151 alinéa 1. Cette influence se résume à deux conséquences, d'ailleurs liées l'une à l'autre :

1. L'homme et la femme doivent être traités de manière identique en ce qui concerne leur capacité d'exercer une activité lucrative au moment de la dissolution de l'union conjugale, sauf exceptions relevant de l'équité⁸⁵⁹. L'indemnité d'entretien doit donc être en principe transitoire et limitée dans le temps. Elle ne sera versée que tant et aussi longtemps que l'on ne peut raisonnablement attendre du créancier qu'il pourvoie lui-même à son entretien, sauf circonstances exceptionnelles justifiant une rente viagère.
2. Par conséquent, ni l'homme, ni la femme n'a un droit au maintien après le divorce du partage des tâches tel que fixé pendant le mariage, sauf exceptions justifiées par l'équité.

Cette jurisprudence est un exemple typique d'une application formelle de l'égalité entre homme et femme. Elle repose sur l'idée que l'homme et la femme doivent être mis sur pied d'égalité après le divorce et donc qu'il ne saurait être question de réserver un traitement préférentiel à la femme.

L'égalité veut que l'on ne se limite pas à des principes d'égalité purement formelle mais que l'on trouve un juste équilibre entre une application formelle et matérielle de l'égalité. Dans chaque cas, il faut examiner si une

réaliser avant tout dans la société, le droit ne constituant qu'un moyen limité de modifier durablement les relations sociales (Aufgabenteilung, 553-555, 558).

859

A noter que l'idée de l'indépendance économique des conjoints après le divorce (SCHWENZER, Umblich, 263; GESSLER, 65) n'est pas uniquement une conséquence du principe de l'égalité entre homme et femme mais également du principe d'une séparation aussi *clean* que possible entre les conjoints (voir ci-dessous page 278).

application identique du droit ne conduit pas systématiquement à un résultat dans les faits désavantageux pour un des conjoints.

Le principe de l'égalité entre homme et femme dans la famille, tel qu'il est aujourd'hui compris en Suisse, tend à favoriser une accommodation des activités professionnelles et des activités lucratives de chacun des conjoints. C'est surtout une plus grande flexibilité dans le monde du travail (horaires plus flexibles, travail à temps partiel, reprise facilitée de l'activité lucrative après l'activité éducative, etc.) qui devrait permettre à chacun des conjoints de s'y consacrer sans subir de trop grands désavantages. Le but est de garantir un libre choix de chacun des conjoints dans la décision sur le partage des tâches.

A cet égard, l'indemnité après divorce de l'article 151 alinéa 1 CCS joue un rôle fondamental en ce sens qu'elle peut contribuer à maintenir le choix du modèle traditionnel pour tous les couples, ou au contraire à limiter ce choix aux couples qui ont la possibilité et la volonté de le financer⁸⁶⁰. Une prise en considération du coût véritable du modèle traditionnel au moment du divorce aurait pour effet de permettre aux conjoints de choisir plus librement le type de modèle (traditionnel ou égalitaire) qui leur convient le mieux. Par contre, la situation actuelle incite le conjoint qui exerce une activité lucrative, en général l'homme, à adopter un modèle traditionnel, puisque dans l'hypothèse d'un divorce, il n'est pas tenu de compenser l'entier du dommage. De son côté, le conjoint au foyer pourrait avoir intérêt à renoncer au modèle traditionnel, mais ne le fera pas toujours, car dans la décision sur le partage des tâches entre les conjoints, d'autres facteurs que des facteurs économiques entrent en considération (éducation et tradition par exemple). Le système juridique ne devrait pas constituer une incitation à adopter un modèle plutôt qu'un autre. Une prise en considération des fruits, récoltés après le divorce, d'investissements effectués pendant le mariage pourrait, en laissant un choix plus libre aux conjoints, favoriser le développement du modèle traditionnel inversé, dans lequel l'homme assume la plus grande partie des tâches domestiques ou celui du modèle égalitaire, dans lequel homme et femme partagent par moitié ces tâches.

Pour favoriser un véritable choix des deux conjoints entre activités domestique (surtout éducative) et professionnelle, il est important d'éva-

860

Voir ci-dessus page 203.

luer les conséquences économiques du partage traditionnel à leur juste coût et d'éviter ainsi que le conjoint qui s'y consacre ne subisse la majeure partie des désavantages qui en résultent au moment du divorce.

Une application du principe de l'égalité doit conduire le Tribunal fédéral à tenir compte d'un certain nombre d'éléments qui font partie de la réalité sociale, à savoir le fait que :

- le mariage, par l'intermédiaire du modèle traditionnel qui est encore le modèle le plus largement répandu⁸⁶¹, contribue à l'interruption ou à la réduction de l'activité lucrative⁸⁶². Cela cause un désavantage professionnel qui peut être important mais aussi, et ceci malgré l'entrée en vigueur de la 10e révision de la LAVS et de l'article 22 LFLP, des désavantages en matière d'assurances sociales⁸⁶³ qui restent partiellement non consommés lorsqu'au moment du divorce on exige du conjoint domestique qu'il reprenne une activité lucrative, sans tenir compte du manque à gagner qu'il subit;
- le modèle traditionnel est encore largement soutenu⁸⁶⁴ et c'est en majeure partie les femmes qui restent au foyer ou assument les tâches domestiques à côté d'une activité lucrative (double charge).

La fréquence de cette situation, la surreprésentation des femmes dans ce rôle traditionnel et les conséquences économiques lourdes et non compensées qui en découlent doivent nous conduire à qualifier cette situation de **discrimination** à l'encontre de la femme.

⁸⁶¹ Voir ci-dessus page 12.

⁸⁶² Plus de la moitié des femmes qui travaillent à plein temps sont célibataires, et seulement un tiers sont mariées. Parmi celles qui exercent une activité à temps partiel, les trois quarts sont mariées et seulement 14 % sont célibataires. Quant aux hommes on trouve en revanche deux tiers des personnes mariées et un tiers de célibataires qui travaillent à plein temps. Parmi ceux qui ont une activité à temps partiel, près de la moitié sont mariés et 43 % sont célibataires (JOBIN [voir ci-dessus note 6], 117-118).

⁸⁶³ Voir ci-dessus titre V, pages 86 ss.

⁸⁶⁴ Voir ci-dessus page 12.

Au regard du principe de l'égalité entre homme et femme, il est discutable que l'on continue d'admettre que la femme qui a renoncé à la possibilité d'exercer une activité lucrative pour fournir un travail ménager et éducatif, ne reçoive en contrepartie au moment du divorce qu'un montant correspondant à son entretien convenable, pendant une période transitoire.

Une jurisprudence contribuant à la réalisation de l'égalité dans les faits devrait dissocier la question de l'entretien après divorce de celle du dommage résultant de la perte des fruits, récoltés après le divorce, d'investissements effectués pendant le mariage⁸⁶⁵. Sauf circonstances spéciales justifiant une rente viagère, l'indemnité d'entretien devrait être octroyée restrictivement. Elle devrait être limitée, voire très limitée, dans le temps et réservée aux hypothèses où l'on ne peut pas s'attendre à ce que le créancier couvre son entretien convenable, que ce soit parce qu'il s'occupe de l'éducation des enfants, parce qu'il est en train de rechercher un emploi ou a entrepris une nouvelle formation. Par contre, le dommage subi par le conjoint au foyer qui a effectué des investissements dont les fruits seront récoltés après le divorce, devrait faire l'objet d'une évaluation équitable et d'une compensation aussi intégrale que possible, sauf si les moyens financiers du débiteur ne le permettent pas, ni maintenant, ni au vu de l'évolution prévisible de sa situation.

b) L'idéal d'un partage *clean break*

La doctrine du divorce *clean break* a été développée en Angleterre à partir de la fin des années 70⁸⁶⁶ et s'est répandue dans d'autres Etats par la suite, dont les Etats-Unis. Elle prône une liquidation aussi complète que possible de l'ensemble des relations pécuniaires des conjoints au moment du divorce. Cette doctrine est liée à une rhétorique propre à une vision formelle de l'égalité, aux termes de laquelle, l'homme et la femme doivent être traités de la même manière au moment du divorce⁸⁶⁷. Nous abordons

⁸⁶⁵ Pour une description de ce dommage, voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

⁸⁶⁶ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (46).

⁸⁶⁷ Voir ci-dessus page 274.

toutefois le principe d'un partage *clean break* dans un chapitre séparé car le succès qu'il a connu dans certains Etats américains n'est pas dû uniquement aux éléments d'égalité formelle sur lesquels il repose mais plutôt aux conséquences pratiques auxquelles il aboutit. Le principe d'un divorce *clean break*, par opposition à un droit du divorce qui prévoirait un lien économique à vie entre les ex-conjoints par le biais d'une pension alimentaire, favorise une coupure économique aussi nette que possible entre les ex-conjoints après le divorce. Le but est de permettre aux deux conjoints de refaire leur vie en tirant un trait définitif sur leur précédent mariage, y compris sur les liens économiques. C'est surtout ce dernier aspect qui a contribué à un certain engouement pour le divorce *clean break*⁸⁶⁸.

Le principe du partage *clean break* peut être développé de diverses manières et à des degrés différents. Ainsi, par exemple, aux Etats-Unis, certains Etats ont réalisé ce principe par le biais d'un système de liquidation globale et équitable des intérêts économiques des parties dans le cadre de laquelle les biens des conjoints sont attribués à chacun d'eux, sur la base de considération d'équité et indépendamment du titre de propriété sur le bien en question⁸⁶⁹. Cette *equitable distribution* doit permettre d'indemniser le conjoint économiquement le plus faible par une distribution des biens matrimoniaux.

En Angleterre, le juge examine également la possibilité de régler définitivement les questions financières au moment du divorce par le biais de

⁸⁶⁸ KEHL, I (12).

⁸⁶⁹ Voir dans le droit de l'Etat de New York, "Domestic Relations Law, part B New Actions or Proceedings, § 5 en particulier lit. c", in *Documents and Statutes in Family Law*, David WESTFALL (éd.), 90-92. En matière de logement de la famille, le nouveau droit apporte une solution qui s'apparente à ce système, puisqu'il prévoit qu'un droit d'habitation peut être accordé sur le logement de la famille qui est propriété de l'autre conjoint, moyennant indemnité équitable ou compensation avec la contribution d'entretien (voir l'article 121 alinéa 3 du projet, in Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial), FF 1996 I 1 ss [210]).

versements périodiques d'une durée limitée⁸⁷⁰. Dans son Message, le Conseil fédéral définit le principe du *clean break* comme un principe ne fondant des prestations d'entretien "que si l'un des ex-conjoints a effectivement besoin de la participation financière de l'autre pour vivre et que cette situation est la conséquence du mariage dissous."⁸⁷¹ Comme on peut le constater, le principe de *clean break* fixe le but que les règles sur le divorce cherchent à atteindre, à savoir une coupure aussi nette que possible entre les conjoints, sans définir les moyens de le réaliser.

Le *clean break* ne produit les résultats escomptés que lorsque le conjoint économiquement avantagé par le divorce a suffisamment de biens à disposition pour compenser le dommage subi par l'autre conjoint. Par contre, lorsque les biens à disposition sont insuffisants, seul un système de rente indemnitaire versée aussi longtemps que le dommage, fixé par le juge, n'est pas compensé permet d'indemniser le conjoint crédientier. Un principe de *clean break* pur, appliqué à tous les divorces, y compris lorsque les conjoints n'ont que peu de biens matrimoniaux à disposition, conduit à des résultats désastreux pour le conjoint économiquement le plus faible, notamment lorsque celui-ci a la garde des enfants⁸⁷².

Quelles sont les manifestations du principe du divorce *clean break* dans la jurisprudence suisse ? On peut les déceler dans deux orientations bien spécifiques prises par la jurisprudence.

1. Lors du changement de jurisprudence en matière de limitation de la rente dans le temps, le Tribunal fédéral a expressément souligné que le

⁸⁷⁰ Cf. section 25 A (1) et (2) du *Matrimonial Causes Act*, cité par le Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (46, note 163 ainsi que la référence mentionnée).

⁸⁷¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (45).

⁸⁷² Voir WEITZMAN (voir ci-dessus note 176), 141-142, 338-339, 400-401.

maintien d'un lien financier à vie avec l'ex-mari ne se justifiait pas toujours⁸⁷³ :

"Sind ganz konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben, dass eine geschiedene Frau trotz Kinderbetreuung sich auf längere Sicht eine wirtschaftliche Situation wird schaffen können, in der sie nicht schlechter gestellt sein wird, als wenn sie die Ehe nicht eingegangen wäre"⁸⁷⁴, *rechtfertigt sich eine solche lebenslange Bindung finanzieller Art an den früheren Ehegatten nicht.*"

Ainsi, lorsque la femme, malgré son activité éducative, peut se reconstituer une situation économique dans laquelle elle n'est pas plus mal placée que si elle ne s'était pas mariée, les liens financiers avec l'ex-conjoint ne doivent pas être maintenus.

2. Le Tribunal fédéral a plusieurs fois réaffirmé qu'un conjoint n'avait aucun droit sur une prospérité économique de l'autre conjoint qui se réaliserait après la dissolution du mariage⁸⁷⁵. Ce refus de tenir compte d'une meilleure situation financière du débirentier après le divorce est étonnante lorsqu'on sait que le Tribunal fédéral tient compte, pour la fixation de l'indemnité, d'un avantage économique prévisible, comme un héritage, dont le crédentier pourrait vraisemblablement bénéficier après la dissolution de l'union conjugale⁸⁷⁶.

Dans les deux cas, la jurisprudence susmentionnée tend à favoriser une coupure économique entre les conjoints au moment du divorce ou à tout le moins à réduire le montant et/ou la durée de l'indemnité. Elle s'apparente donc à l'idéologie *clean break* susmentionnée.

⁸⁷³ 109 II 186. Les mots écrits en italique sont en caractères romains dans le texte original.

⁸⁷⁴ Actuellement, le Tribunal fédéral n'applique ce critère que pour les mariages de courte durée (115 II 6 [9]).

⁸⁷⁵ 117 II 365-366; 100 II 249; 77 II 25; GESSLER, 65; HAUSHEER, *Nachehelicher Unterhalt*, 664.

⁸⁷⁶ 114 II 122 c. 4.

Selon une récente étude financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique⁸⁷⁷, le divorce a un effet désastreux sur la situation économique de la femme⁸⁷⁸, particulièrement de la femme qui a assumé un rôle traditionnel dans le mariage et qui se voit attribuer l'autorité parentale sur les enfants après le divorce. Aux termes de l'étude, et si les chiffres en sont exacts⁸⁷⁹, entre 20 et 40 % des femmes seraient confrontées à de graves difficultés matérielles immédiatement après le divorce. Les moyens dont la femme disposerait pour couvrir ses besoins et ceux de ses enfants seraient insuffisants dans 33 % des cas de divorce⁸⁸⁰. Les hommes seraient par contre confrontés à une telle situation dans 16 % des cas seulement.

⁸⁷⁷ Etude réalisée par Monika BINKERT et Kurt WYSS dans le cadre du Programme national de recherche 35 («Femmes, droit et société»), intitulée L'égalité de la femme et de l'homme dans le droit du divorce (pour plus de détails, voir ci-dessous dans la bibliographie). Les résultats ont été publiquement communiqués à Berne le 12 septembre 1996.

⁸⁷⁸ A l'étranger, des études similaires ont apporté les mêmes résultats. L'étude la plus souvent citée a été réalisée aux Etats-Unis par la sociologue WEITZMAN (voir ci-dessus note 176), 338-339, qui conclut à une baisse du niveau de vie de la femme divorcée de 73 % et celle de l'homme divorcé de 42 %. Par la suite, dans le cadre d'une seconde étude, WEITZMAN a conclu que la femme subissait en réalité une baisse de son niveau de vie de 27 % tandis que l'homme voyait le sien augmenter de 10 % (tiré d'un article paru dans le *International Herald Tribune*). Même si l'ampleur de la baisse du niveau de vie de la femme divorcée est moins importante que ce qui avait été constaté dans la 1ère étude, il faut constater qu'il existe bel et bien une disproportion entre le niveau de vie de l'homme et celui de la femme après le divorce.

D'autres études confirment cette disproportion de niveau de vie entre homme et femme : l'étude réalisée à Hannover par Béatrice CEASAR-WOLF et Dorothee EIDMANN, intitulée "Gleichberechtigungsmodelle im neuen Scheidungsfolgenrecht und deren Umsetzung in die familiengerichtliche Praxis", *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1985, 163-189. En Suisse, l'étude réalisée à Genève par Benoît BASTARD/Laura CARDIA VONECHE/Jean-François PERRIN, *Pratiques judiciaires du divorce*, Lausanne 1987, 107 ss, arrive à la conclusion que le divorce crée une véritable paupérisation des femmes sans activité professionnelle.

⁸⁷⁹ Il faut noter que cette étude n'a pas tenu compte de la charge d'impôts. Cela pourrait relativiser les chiffres fournis.

⁸⁸⁰ La limite inférieure ayant été fixée au minimum vital plus 20% (BINKERT/WYSS, Résultats statistiques, 151-152).

En ce qui concerne les femmes ayant assumé un rôle traditionnel pendant le mariage, 67 % d'entre elles ne pourraient pas couvrir leurs besoins minimaux. En francs, cela donnerait un écart d'environ Fr. 2000 par mois entre le conjoint qui assumait un rôle traditionnel pendant le mariage et le conjoint réalisant les revenus pour la famille⁸⁸¹. Dans 46 % des cas, la situation financière du mari aurait permis de combler entièrement le montant faisant défaut, tandis que dans 38 % des cas, il aurait été possible de le combler à raison d'un montant d'au moins Fr. 500⁸⁸².

Selon cette étude, une vision formelle de l'égalité, c'est-à-dire une tendance à favoriser un partage *clean break* entre les époux, pourrait accroître l'écart entre les situations économiques des conjoints après le divorce⁸⁸³. C'est lorsque les tribunaux ont une vision compensatoire du droit du divorce⁸⁸⁴, c'est-à-dire lorsqu'ils cherchent à atténuer les préjudices résultant du mariage et à compenser les désavantages résultant du travail ménager et éducatif, que l'écart entre la situation économique de l'ex-conjoint au foyer et de l'ex-conjoint ayant une activité lucrative serait le plus faible⁸⁸⁵.

Il est erroné de voir dans le divorce une coupure de toute relation entre les conjoints lorsque ceux-ci ont des enfants communs. En effet, les conjoints devraient maintenir des liens, des contacts entre eux, en tant que parents de leurs enfants. Des rapports personnels devraient donc nécessairement être maintenus. Les liens existants ne devraient pas être rompus mais par contre la nature des relations des conjoints devrait évoluer. D'un lien émotionnel entre les conjoints doublé d'un lien de collaboration dans le rôle commun de parents, on devrait pouvoir passer à un lien qui se limite

881 BINKERT/WYSS, Résultats, 4; IDEM, Résultats statistiques, 158 ss

882 BINKERT/WYSS, Résultats, 5.

883 BINKERT/WYSS, Résultats, 5.

884 BINKERT/WYSS, Théorie, 26-28.

885 BINKERT/WYSS, Résultats, 5.

C'est devant les tribunaux ayant une vision traditionaliste du rôle des sexes (BINKERT/WYSS, Théorie, 24-25) que la situation économique après le divorce serait la plus mauvaise pour la femme.

à la solidarité, la confiance et la collaboration que des parents doivent s'accorder mutuellement. En quelque sorte, les intérêts communs des conjoints sont moins nombreux mais subsistent. En outre, les parents devraient également maintenir une communauté d'intérêts économiques pour l'éducation et l'entretien des enfants. La présence d'enfants⁸⁸⁶ et l'intérêt de ceux-ci justifient que le niveau de vie du parent assumant l'autorité parentale soit assez comparable à celui de l'autre parent. La fixation de la contribution d'entretien due par le parent qui n'a pas la garde des enfants restera dépendante de l'évolution de la situation économique des parents. La communauté d'intérêts économique subsistera dans une certaine mesure.

La situation est différente pour les conjoints qui n'ont pas d'enfants communs. En effet, il faut relever qu'avec le divorce, disparaît le devoir d'assistance du conjoint qui n'est pas le parent des enfants. Il n'est en principe pas prévu que l'ex-conjoint puisse maintenir des relations personnelles avec les enfants de l'autre ex-conjoint. Il n'existe pour celui-là aucune obligation de verser des contributions pécuniaires en faveur des enfants. Néanmoins, pour ces couples comme pour les couples sans enfants, il est erroné de vouloir imposer une coupure économique lorsque la communauté conjugale a duré longtemps et que les conditions de vie des conjoints sont affectées par les décisions communes, à moins que la situation économique des parties ne permette cette coupure. Avec le temps, les conditions matrimoniales peuvent s'être imposées à un tel point que la formation et les capacités antérieures du conjoint sont rejetées à l'arrière-plan⁸⁸⁷. Il est important de reconnaître que plus la communauté conjugale a duré, plus les conditions de vie des conjoints sont affectées. Une compensation des désavantages qui se sont créés à la charge d'un conjoint du fait du divorce doit passer avant l'idée d'une coupure économique qui profitera avant tout au conjoint économiquement favorisé.

A notre avis, la jurisprudence devrait non pas se baser sur une vision formelle de l'égalité entre l'homme et la femme dans l'obligation de pourvoir à son propre entretien, mais tenir compte, dans la mesure du possible, de l'accord passé entre les conjoints. Dans certaines hypothèses, l'accord a

⁸⁸⁶ GESSLER, 69.

⁸⁸⁷ VETTERLI, 930.

véritablement, de par sa durée ou de par les conséquences de la décision prise, modifié les conditions de vie du conjoint crédientier.

c) Retenue dans l'appréciation de circonstances propres à la situation des parties ou de choix qui relèvent de leur autonomie contractuelle : "ce qui est privé reste privé"

Un examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 151 alinéa 1 nous permet de constater que le contenu de l'accord passé entre les parties ainsi que les tenants et aboutissants de cet accord ne sont pas véritablement recherchés. Le Tribunal fédéral se base sur un certain nombre de présomptions sur le couple qui lui permettent de déterminer les circonstances du partage des tâches entre les époux.

1. Le Tribunal fédéral a choisi un critère qui est appliqué de façon assez grossière pour définir le montant maximal auquel le conjoint économiquement le plus faible peut prétendre : il s'agit de la **durée du mariage**. La durée du mariage est subdivisée par la doctrine en deux catégories⁸⁸⁸ : les mariages de plus de 10 ans et les mariages de moins de 5 ans. Dans le premier cas, le dommage est présumé plus important, de sorte que l'intéressé peut prétendre à être replacé dans la situation qui était la sienne pendant le mariage. Dans le second cas, le dommage est présumé faible, de sorte que le conjoint demandeur doit être replacé dans la situation qui était la sienne avant le mariage.

2. Le type de dommage subi par le conjoint économiquement le plus faible fait l'objet d'une fiction. La jurisprudence admet que le type de dommage subi par le conjoint au foyer se limite à une perte d'entretien⁸⁸⁹. Or dans la réalité le dommage de l'intéressé est bien différent. Celui-ci subit également une atteinte dans les investissements effectués pendant le mariage et dont le produit se réalisera après le divorce⁸⁹⁰. Le Tribunal

⁸⁸⁸ Voir ci-dessus page 231.

⁸⁸⁹ A laquelle s'ajoutent accessoirement une perte de prévoyance sociale et très accessoirement une perte de nature successorale.

⁸⁹⁰ Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

fédéral ne tient pas compte de tous les éléments du dommage subi par le crédentier au moment du divorce.

3. L'appréciation de la durée de l'activité éducative après le divorce repose également sur deux présomptions relatives au degré d'activité lucrative qui peut être exigé du parent selon l'âge du cadet des enfants. Ici, également, on peut s'étonner que les tribunaux ne recherchent pas spécifiquement l'accord des parties sur ce point. Il pourrait s'agir d'un couple qui ne pensait pas consacrer toute l'énergie d'un des conjoints à l'éducation des enfants, mais qui envisageait que le conjoint qui s'en occupait reprendrait une activité lucrative à 50 %, 80 % ou même 100 %, dès que l'enfant irait à l'école primaire par exemple. Il pourrait s'agir au contraire d'un couple qui considérait l'éducation des enfants par la mère comme une priorité absolue, non limitée dans le temps. Dans ce cas, l'accord passé entre les conjoints ne devrait pas être occulté dans l'appréciation d'une éventuelle réinsertion de la mère dans la vie active.

Cette tendance à établir une sorte de "forfait compensatoire" au moment du divorce est globalement plutôt défavorable au conjoint économiquement le plus faible. Cette conséquence pourrait être évitée si le juge recherchait expressément les motifs qui ont poussé les conjoints à s'organiser traditionnellement et les avantages qu'ils pensaient en retirer.

8. L'EVOLUTION DE LA NATURE DE L'INDEMNITE APRES DIVORCE DANS LA JURISPRUDENCE DE L'ARTICLE 151 ALINEA 1 CCS

a) La nature de l'indemnité et son évolution

La doctrine majoritaire⁸⁹¹ et la jurisprudence⁸⁹² qualifient l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS d'indemnité versée au titre de compensation du

⁸⁹¹ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 139-140, n. 693-696; HINDERLING/STECK, 273; GROSSEN, Une révolution tranquille, 60; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 151, n. 11; SPYCHER, 50-51 qui souligne que la différence entre nature contractuelle ou délictuelle de l'obligation de réparer n'a pas d'importance pratique; *contra* : KELLER, 217; SCHWANDER, 10.

⁸⁹² 119 II 12 (14-15); 117 II 211 (214-215) c. 3a; 109 II 184 (185); 107 II 396 (400).

dommage résultant de l'inexécution d'une obligation, d'un type particulier. Pour ce qui est des conditions de son application, il s'agit, il est vrai, d'une norme assez proche des règles ordinaires de responsabilité du fait d'un dommage. Elle requiert en effet la preuve d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité⁸⁹³. Elle présente toutefois un certain nombre de particularités, à savoir :

1. L'article 151 alinéa 1 CCS n'accorde pas la compensation de l'entier du dommage subi mais uniquement une compensation équitable, le créancier ne pouvant prétendre au maintien du niveau de vie antérieur. Le juge statue donc en équité au regard de l'ensemble des circonstances, principalement des besoins respectifs des époux et de leur capacité financière respective. Il se laisse également guider par des critères tels que l'âge des époux, la durée du mariage, ainsi que la faute.

En matière de responsabilité civile, le demandeur a en principe le droit de recevoir l'entier de son dommage, sous réserve de l'application de l'article 44 alinéa 2 CO.

2. Le droit à recevoir l'indemnité prévue à l'article 151 alinéa 1 CCS est une créance pécuniaire de nature particulière. Contrairement aux créances ordinaires, elle est incessible⁸⁹⁴. Elle est également insaisissable dans les limites du minimum vital (art. 93 LP) et non compensable

893

A noter que l'établissement du lien de causalité ne s'effectue pas tout à fait de la même manière (voir ci-dessus page 216). En droit de la responsabilité civile, le lien de causalité doit exister entre le dommage et la faute. Dans le cadre de l'article 151 alinéa 1, il doit par contre être établi entre le dommage et le divorce (DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 141 note 701-702). Cette petite différence a pour conséquence que seuls les intérêts pécuniaires mis en péril par le divorce sont pris en considération, mais non l'ensemble des intérêts pécuniaires auxquels la violation des obligations découlant du mariage porte atteinte. Le refus d'un conjoint de renseigner sur l'état de ses biens, dans le régime de la participation aux acquêts, porte atteinte aux intérêts pécuniaires de l'autre conjoint. Il ne s'agit toutefois pas d'une atteinte résultant du divorce et les intérêts pécuniaires lésés ne peuvent être compensés par le biais de l'article 151 alinéa 1. Les intérêts pécuniaires de l'article 151 alinéa 1 concernent les avantages pécuniaires qu'un conjoint retire du mariage (entretien, participation à la prospérité économique créée pendant le mariage, participation à la constitution de la prévoyance sociale et expectative de participation à la succession).

894

DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 145, note 727-730.

(art. 125 ch. 2 CO). La partie de l'indemnité qui couvre la perte d'entretien est intransmissible, c'est-à-dire qu'elle ne passe pas aux héritiers, sauf s'il s'agit d'une indemnité en capital. En outre, l'indemnité d'entretien qui ne va pas au-delà du minimum vital, en cas de faillite du créancier, ne tombe pas dans la masse, et en cas de poursuites, ne peut pas faire l'objet d'une saisie.

3. L'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS peut être ultérieurement réduite ou supprimée lorsque les circonstances financières du débiteur ou du créancier se modifient de manière durable et sensible, sans que cela ait été prévisible au moment du divorce.

Une telle possibilité n'existe pas pour les créances ordinaires en dommages-intérêts. Ces dernières sont toutefois soumises à des restrictions plus importantes en ce qui concerne la poursuite pour dettes. En effet, la poursuite pour créances ordinaires ne peut pas porter atteinte au minimum vital du débiteur.

4. La compensation du dommage n'est accordée que dans les limites de la capacité de gain du débiteur. Le dommage compensé par l'article 151 alinéa 1 CCS est limité aux intérêts pécuniaires mis en péril par le divorce. Cela signifie que le dommage dépend de la situation des époux en cas de maintien du mariage. Or, celle-ci est étroitement liée à la capacité de gain du débiteur. Néanmoins, elle est limitée aux revenus du débiteur, existants ou pouvant être raisonnablement exigés au moment de la dissolution de l'union conjugale⁸⁹⁵ et excédant les revenus nécessaires à couvrir le minimum vital du débiteur⁸⁹⁶. Si les revenus mensuels de celui-ci ne sont pas suffisants pour maintenir le niveau de vie antérieur, seule une partie du dommage fait l'objet de la compensation. Le solde ne subsiste pas sous forme de créance qui pourrait être ultérieurement réclamée en cas de retour à meilleur fortune du débiteur.

Comme l'ont fait remarquer certains auteurs, tout en gardant des traits caractéristiques de la compensation du dommage causé par l'inexécution

⁸⁹⁵ La jurisprudence ne se base jamais sur des revenus supérieurs que le débiteur pourrait vraisemblablement réaliser dans un proche avenir. Elle tient par contre compte de revenus que, de mauvaise foi, il évite de réaliser.

⁸⁹⁶ 121 I 97; 121 III 201.

d'une obligation, la nature de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS a progressivement évolué⁸⁹⁷. Elle s'est progressivement inspirée des considérations à la base de la pension alimentaire de l'article 152 CCS, c'est-à-dire d'une compensation accordée sur la base de la solidarité économique que le mariage crée entre les conjoints et qui se poursuit dans une certaine mesure au-delà du mariage, en fonction de l'existence d'un besoin. Des considérations d'équité, bien que déjà présentes dans la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral⁸⁹⁸, ont progressivement joué un rôle plus important⁸⁹⁹.

Cette évolution a porté sur trois éléments. Dans les deux premiers domaines, cela résulte d'une adaptation de la jurisprudence de l'article 151 alinéa 1 CCS et dans le troisième domaine, d'une absence d'adaptation de la jurisprudence.

Premier élément : la modification du montant de l'indemnité lorsque les circonstances économiques des parties se sont modifiées

L'indemnité peut être réduite dans l'hypothèse où, sans que cela ait été prévisible, les facultés du débirentier ont diminué de manière sensible et durable ou encore lorsque la capacité de gain du créancier s'est accrue de façon importante et à vue humaine de manière durable⁹⁰⁰. Cela a pour con-

⁸⁹⁷ GROSSEN a parlé d'une rente qui devenait moins indemnitaire et plus alimentaire (GROSSEN, *Une révolution tranquille*, 65); KEHL a estimé que la jurisprudence s'éloignait des critères de décision propres au droit de la compensation du dommage pour se rapprocher de critères propres aux assurances sociales (KEHL, I (11)).

⁸⁹⁸ BRÄM, *Renten*, 58.

⁸⁹⁹ BRÄM, *Renten*, 58.

⁹⁰⁰ Le texte de l'article 153 CCS ne se réfère qu'à la pension alimentaire de l'article 152 CCS. Pourtant la jurisprudence avait admis depuis longtemps une application analogique de l'article 153 à l'indemnité d'entretien mais uniquement lorsque les facultés du débirentier s'étaient détériorées (80 II 187; 117 II 211; 117 II 359; 118 II 230). Dans un changement de sa jurisprudence le Tribunal fédéral a admis que la modification de la rente peut également être requise

séquence que l'indemnité n'est accordée en règle générale que tant et aussi longtemps que les besoins concrets du crédientier le justifient et que la capacité de gain du débirentier le permet.

Par rapport à la jurisprudence antérieure qui, dans un premier temps, ne permettait pas une telle réduction de la rente, puis l'autorisait uniquement lorsque la situation financière du débirentier s'était modifiée, la nouvelle jurisprudence a rapproché l'indemnité après divorce d'une indemnité accordée sur la base du besoin.

Deuxième élément : la limitation de la durée pendant laquelle la rente est accordée

Dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral considérait que l'épouse divorcée innocente dont le conjoint était reconnu coupable dans la désunion avait en principe droit une rente viagère⁹⁰¹, à moins que des motifs sérieux ne justifient, au regard de l'équité, une limitation de l'indemnité dans le temps⁹⁰².

Dans un revirement de jurisprudence⁹⁰³, le Tribunal fédéral a inversé le raisonnement et décidé que la rente était en règle générale temporaire, sauf lorsque des circonstances montrent que le temps libre retrouvé au

lorsque les besoins du créancier ont diminué (117 II 211; 117 II 359; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 146-148, n. 737-743).

La partie de l'indemnité qui compense la perte d'expectatives ne peut être réduite dans l'hypothèse d'un changement dans la situation financière du débirentier ou du crédientier. 80 II 187; 117 II 359; 117 II 211; 118 II 230; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 147 n. 737. L'indemnité a ici une véritable nature de compensation du dommage. Elle est déterminée de manière définitive par le juge du divorce et est passée aux héritiers au moment du décès.

⁹⁰¹ 97 II 10; 98 II 166.

⁹⁰² 109 II 87 ss, 88; en principe lorsque le conjoint subissait un dommage temporaire qui pouvait être compensé par une indemnité transitoire, la rente était limitée dans le temps.

⁹⁰³ Voir ci-dessus page 258.

moment du divorce ne peut pas à long terme être utilisé par le créancier pour s'assurer un entretien convenable⁹⁰⁴.

Selon la nouvelle jurisprudence, l'indemnité est octroyée tant que dure le besoin, comme c'est le cas pour la pension alimentaire de l'article 152 CCS.

Troisième élément : pas d'évolution dans l'évaluation du dommage

L'article 151 alinéa 1 CCS, dans sa conception de 1907, apporte à l'épouse innocente la compensation du dommage qu'elle subit du fait du divorce : la perte du droit à l'entretien par le mari.

Or, depuis l'adoption du CCS en 1907, la société a beaucoup évolué et la place de la femme dans la société n'est plus la même. Les femmes ont peu à peu intégré le monde du travail. Il y a environ 54 % des femmes qui exercent une activité lucrative⁹⁰⁵, à plein temps⁹⁰⁶ ou à temps partiel⁹⁰⁷. Elles revendiquent également un statut social équivalent à celui de l'homme.

Le droit a suivi cette évolution. Il a essayé de supprimer les obstacles que la femme pouvait rencontrer dans son accession au monde du travail (modification du rôle que le droit matrimonial attribuait à l'épouse, adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst. qui garantit un salaire égal à travail égal et affirmation du principe de l'égalité en droit entre homme et femme). Les dispositions du Code civil consacrées aux effets généraux du mariage ont également introduit cette idée d'égalité entre les conjoints. Elles prévoient notamment l'égalité dans les contributions fournies par les conjoints,

⁹⁰⁴ 109 II 184 (187); KEHL, 11. Voir également à ce sujet, GROSSEN, Une révolution tranquille, 67.

⁹⁰⁵ Selon un microrecensement de 1989, cité par JOAIN (voir ci-dessus note 6), 92.

⁹⁰⁶ 31 % des femmes travaillent à plein temps (voir microrecensement de 1989, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 92).

⁹⁰⁷ 23 % des femmes travaillent à temps partiel (voir microrecensement de 1989, cité par JOBIN (voir ci-dessus note 6), 92).

même si elles sont de nature différente. Cette égalité des contributions des conjoints se matérialise au moment de la dissolution du régime : la valeur des "acquêts" des conjoints est partagée par moitié entre eux. Le législateur a considéré que c'est grâce à l'effort conjoint des époux que les acquêts ont pu être réalisés.

L'introduction de l'idée d'égalité entre homme et femme dans le droit et dans la société a contribué à faire évoluer le type de dommage que le divorce cause au conjoint économiquement le plus faible. Ce conjoint ne perd plus seulement le droit à l'entretien mais il perd l'équivalent de ce que ses investissements en services auraient procuré au couple, et par conséquent également à lui-même, si le mariage avait continué⁹⁰⁸.

En n'évoluant pas sur cette question et en n'intégrant dans le cadre de l'article 151 alinéa 1 CCS ni le dommage professionnel subi par le conjoint au foyer, pour les mariages de courte durée⁹⁰⁹, ni la compensation d'investissements en services effectués par ce même conjoint et dont les profits se réaliseront après le divorce, pour les mariages de longue durée, la jurisprudence s'est peu à peu écartée d'une indemnité à caractère principalement compensatoire pour se rapprocher d'une indemnité à caractère principalement alimentaire, c'est-à-dire au montant nécessaire à l'entretien convenable⁹¹⁰. Le projet de droit du divorce renforce d'ailleurs cette nature de compensation alimentaire à caractère social de la rente en supprimant l'exigence de la faute comme condition d'octroi d'une indemnité⁹¹¹.

⁹⁰⁸ Voir ci-dessus titre 1, page 227.

⁹⁰⁹ Voir les arrêts 109 II 184 (186), 115 II 6 (9) qui comparent la situation du conjoint pendant le mariage avec celle qui était la sienne avant le mariage.

⁹¹⁰ Voir les arrêts 108 II 81, 115 II 6 (8-9) qui mettent l'accent sur la compensation de l'entretien.

⁹¹¹ Article 125 du projet et commentaire dans le Message concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (115-119).

On pourrait croire que le projet supprime également l'exigence du lien de causalité entre le divorce et la situation du créancier qui raisonnablement ne lui permet pas de pourvoir à son entretien, car cet élément ne figure pas expressément dans l'alinéa 1 de l'article 125 qui fixe les conditions d'octroi de

En conclusion, la qualification actuelle de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS doit être caractérisée de mixte. Elle conserve certains traits caractéristiques des indemnités compensatoires (faute et lien de causalité) tout en se rapprochant dans sa finalité de la pension alimentaire qui vise à octroyer au conjoint dans le besoin une indemnité de solidarité, due aussi longtemps que le besoin existe. D'une notion de compensation du dommage, on est passé progressivement à une notion de satisfaction d'un besoin.

Cependant, à la différence de celle de l'art. 152, l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS n'est pas limitée au montant nécessaire pour vivre mais doit assurer l'entretien convenable du crédientier, appréciation qui s'effectue notamment sur la base du niveau de vie des époux pendant la vie commune.

b) Commentaire

A notre avis, cette évolution de la nature de l'indemnité après divorce est adéquate pour apprécier l'étendue de la perte d'entretien après le divorce. En effet, dans une telle optique, la jurisprudence va dans le bon sens. Elle limite la durée de l'entretien à la durée prévisible du besoin et restreint le montant maximal qui peut être octroyé à ce qui est nécessaire pour maintenir le niveau de vie du couple pendant le mariage. Par contre, cette évolution de l'article 151 alinéa 1 CCS va à l'encontre du concept de partenariat pour la question du partage des conséquences économiques du mariage. La nature actuelle de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS ne permet en effet plus de tenir compte du dommage véritablement subi.

l'indemnité. Toutefois, l'alinéa 2 vient compléter l'alinéa 1 en ajoutant un certain nombre de critères d'appréciation dont la plupart sont en rapport de causalité avec le mariage (durée du mariage, partage des tâches pendant le mariage, niveau de vie des époux pendant le mariage, etc.). Il s'agit d'une liste qui n'est pas exhaustive mais dont les critères expressément mentionnés sont obligatoirement examinés par le juge ("le juge retient en particulier les éléments suivants"). Si la majorité des critères qui ont déterminé l'état de besoin du conjoint économiquement le plus faible devait ne pas avoir de lien avec le mariage, le juge pourrait, sauf considération d'équité, refuser l'octroi de la contribution d'entretien ou en tout cas en réduire la durée et/ou le montant; *apparemment contra* : WERRO qui semble partir du principe que la causalité n'est plus une condition du droit à l'obtention d'une contribution d'entretien (L'entretien, 386-387).

Aujourd'hui, le mariage ne joue plus le rôle d'assurance-entretien à vie, comme cela était le cas sous l'ancien droit. Il repose au contraire sur une idée de partenariat, ce qui implique au moment du divorce un partage entre les conjoints des avantages et désavantages accumulés pendant l'union conjugale. Cette nouvelle conception du mariage appelle une nouvelle approche du règlement des conséquences économiques du divorce. Il ne s'agit plus de garantir l'entretien après le divorce, mais de partager le dommage survenu.

Le nouveau droit du divorce, pour s'harmoniser avec l'idée de partenariat entre les conjoints, devrait donc distinguer entre la contribution à l'entretien après le divorce, qui obéit à un principe de solidarité des conjoints et d'assistance entre eux et doit de ce fait rester si possible transitoire, et le règlement des désavantages issus du divorce qui doit conserver un caractère compensatoire pour le conjoint ayant subi la plus grande partie du dommage⁹¹². Des dispositions différentes devraient régler ces questions.

⁹¹²

L'indemnisation du dommage professionnel a un fondement de responsabilité alors que l'indemnité d'entretien après divorce repose sur la solidarité que le mariage a créée entre les conjoints et sur le principe de la bonne foi. Il est donc erroné d'imaginer que la compensation du dommage professionnel a pour conséquence logique que la limite maximale de l'entretien après divorce d'une coiffeuse ayant épousé un riche industriel se limitera au niveau de vie d'une coiffeuse (voir REUSSER, *Gedankensplitter*, 340). Si le couple n'a pas d'enfant, et que la coiffeuse est encore jeune, elle ne recevra qu'une indemnité temporaire d'entretien qui sera calculée sur la base du niveau de vie des conjoints pendant le mariage, conformément aux principes de la solidarité des conjoints et de la bonne foi. Si l'interruption de son activité lui a porté préjudice et uniquement à cette condition, une compensation de celui-ci lui sera fournie en plus de l'indemnité d'entretien. Il s'agit de prétentions qui ont un fondement différent et qui doivent obéir à des règles différentes.

**9. APPRECIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DU
TRIBUNAL FEDERAL RELATIVE A L'ARTICLE 151
ALINEA 1 CCS**

1. Un dommage partiellement pris en considération

Les intérêts pécuniaires pris en considération par les tribunaux dans la fixation de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS sont en règle générale limités à la perte de l'entretien que le mariage procurait au conjoint économiquement le plus faible⁹¹³, c'est-à-dire à une compensation de ce que l'effort conjoint du mari et de son épouse dans le foyer commun permettait d'assurer au conjoint économiquement le plus faible et qui disparaît du fait du divorce. D'autres types d'intérêts pécuniaires sont pris en compte, de façon moins fréquente et accessoire à la perte de l'entretien. Il s'agit de la perte des expectatives d'assurances sociales et successorales.

L'atteinte à l'avenir professionnel, la perte de possibilités de perfectionnement professionnel dans le cadre de l'exercice d'une activité lucrative, le manque de pratique professionnelle causant à moyen terme une diminution de la capacité professionnelle ne sont par contre pas expressément pris en compte dans l'évaluation des intérêts pécuniaires mis en péril⁹¹⁴. Ce dommage professionnel ne fait pas l'objet d'une appréciation suffisante.

Partiellement, dans le cadre de l'appréciation des possibilités de l'intéressé de reprendre ou étendre son activité lucrative, les circonstances professionnelles du conjoint économiquement le plus faible sont considérées. Cette question nécessite en effet une évaluation des possibilités professionnelles effectives du conjoint crédientier. La jurisprudence ne procède

⁹¹³ L'article 151 alinéa 1 a été adopté à une époque où les intérêts économiques de la femme mariée se limitaient à l'entretien que le mari avait l'obligation de lui assurer. Aujourd'hui, au regard du droit matrimonial, la femme a les mêmes droits que son mari d'exercer une activité lucrative et ses intérêts économiques sont donc (en théorie) équivalents à ceux de son mari. La jurisprudence relative à l'article 151 alinéa 1 n'a cependant pas intégré cette évolution et continue de restreindre le dommage subi par la femme qui reste au foyer à la perte de l'entretien après divorce.

⁹¹⁴ Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

cependant pas véritablement à une évaluation du dommage professionnel subi par l'intéressé, mais apprécie sa capacité à pourvoir à son entretien convenable. Le niveau de vie antérieur représente donc toujours la limite supérieure de ce qui peut être exigé au titre de dommages-intérêts professionnels. Lorsque le crédientier a la possibilité d'assurer le maintien du niveau de vie pendant le mariage, toute atteinte à ses possibilités de développement professionnel dont l'étendue dépasserait le montant nécessaire au maintien du niveau de vie n'est pas prise en considération. Ainsi, un cadre qui aurait pu, sans le mariage et ses conséquences négatives sur sa capacité de gain, réaliser un salaire de Fr. 8'000 alors qu'actuellement la diminution de son capital humain ne lui permet de réaliser que Fr. 6'000 ne recevra aucune compensation par le biais de l'article 151 alinéa 1 CCS, si ce montant lui permet de maintenir le niveau de vie antérieur.

L'interruption d'une activité lucrative a des conséquences importantes sur la capacité de gain. Prenons l'exemple d'une femme avec une formation de secrétaire, ayant arrêté de travailler pendant dix ans. Ses années d'inactivité professionnelle peuvent constituer un gros handicap car les techniques ont évolué entre-temps (introduction du traitement de texte). Même en ayant suivi un cours de traitement de texte, il n'est de loin pas certain qu'un employeur lui fasse confiance et l'engage à plein temps. Elle ne retrouvera peut-être qu'un emploi de vendeuse à un salaire nettement inférieur. Si elle s'inscrit au chômage, l'indemnité qu'elle recevra sera calculée de manière forfaitaire sur la base de la formation qu'elle a suivie⁹¹⁵, sans qu'un bonus de carrière ne soit ajouté pour la perte professionnelle subie pendant le mariage⁹¹⁶. Elle subit donc un dommage professionnel qui devrait être pris en considération dans l'appréciation des désavantages économiques issus du divorce.

⁹¹⁵ Art. 23 al. 2 LACI et 41 OACI. Pour les personnes au bénéfice d'une formation complète au sein d'une haute école, d'une école technique supérieure, d'une école normale, d'une école supérieure de cadres pour l'économie et l'administration ou d'une formation équivalente, l'indemnité journalière a été fixée à Fr. 153 (calculé sur la base de 20 jours ouvrables, cela donne un salaire mensuel de Fr. 3'060). L'indemnité minimale, pour les personnes sans formation, est de Fr. 102 par jour (soit un salaire mensuel de Fr. 2'040).

⁹¹⁶ Voir titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

L'étendue de ces conséquences va d'ailleurs varier d'une profession à l'autre. Dans certains domaines, les connaissances professionnelles se périment rapidement du fait de l'évolution des connaissances, de la technique, de la science, du droit, etc. Une absence de la vie active pendant plusieurs années peut alors sérieusement hypothéquer les possibilités de reprendre cette activité par la suite. Dans ces situations, le dommage subi est important, même lorsque l'absence du marché du travail n'a duré que quelques années.

Dans d'autres domaines, il est moins important d'avoir été absent de la vie professionnelle pendant un relativement grand nombre d'années. C'est le cas par exemple des professions de vendeuse, couturière, serveuse, etc. L'absence prolongée pourra cependant réduire le montant du salaire auquel l'intéressé peut prétendre car sa productivité ne sera plus la même, en tout cas à court voire moyen terme.

En outre, une carrière interrompue ne reprendra dans le meilleur des cas qu'au niveau qui était celui de l'intéressé au moment de l'interruption de l'activité lucrative. Les promotions et autres avancements qui pourraient être intervenus si la carrière avait été poursuivie ne seront dans la plupart des cas jamais récupérés.

Par ailleurs, les conséquences professionnelles ne sont pas nécessairement liées ou proportionnelles à la durée de l'interruption ou de la réduction de l'activité professionnelle. Elles dépendent également de l'âge de l'intéressé au moment où intervient l'éloignement de la vie active⁹¹⁷. Une interruption peut survenir à un moment qui est en règle générale propice à l'obtention d'une formation ou d'un avancement. Ainsi par exemple, une interruption qui intervient entre 25 ans et 30 ans, période de la vie durant laquelle la carrière se construit par l'acquisition de quelques expériences professionnelles et l'établissement de contacts professionnels, cause probablement un plus grand dommage professionnel qu'une interruption qui intervient entre 30 et 35 ans, après que l'intéressé a déjà acquis une certaine expérience dans sa profession⁹¹⁸. De même, une interruption d'une durée de

⁹¹⁷ Voir également ci-dessus page 235.

⁹¹⁸ Il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'âge moyen auquel l'homme et la femme se marient augmente d'année en année (l'âge moyen des femmes au premier mariage était de 24 ans environ dans les années septante, il est de 27,8 ans en

5 ans entre 21 et 26 ans peut avoir des conséquences plus pénibles (éventuelle nécessité de commencer ou de reprendre une formation universitaire) qu'une interruption d'une durée de 8 ou 10 ans après l'acquisition d'une licence universitaire.

La réduction de l'activité lucrative a également des conséquences professionnelles non négligeables. Les promotions et autres avancements sont souvent accordés plus difficilement aux employés à temps partiel. En outre, certaines catégories d'activités, pourtant rémunératrices, restent hermétiquement fermées à un travail à temps partiel. On peut penser en particulier aux cadres dans les grandes entreprises, aux chefs d'entreprise, et aux activités à responsabilité d'une manière générale.

A la perte de la capacité de gain proprement dite, s'ajoutent les pertes en protection sociale qui y correspondent. Le conjoint qui interrompt son activité lucrative perd également la part de protection sociale qui aurait été liée à l'accroissement de sa capacité de gain (1er et 2e pilier, constitution éventuelle d'un 3e pilier).

En outre, lorsque le conjoint au foyer a la charge de l'éducation des enfants après le divorce, il est important de tenir compte des désavantages professionnels et surtout de prévoyance sociale que l'éducation des enfants après le divorce a causé. On ne peut se limiter à une prise en considération de la partie de ce dommage qui s'est formée pendant le mariage. Il s'agit d'un dommage issu du divorce et se manifestant après le divorce dont les deux époux doivent répondre. Il n'est pas conforme au principe de l'égalité entre homme et femme que seule celle-ci en supporte les conséquences.

En conclusion, la prise en considération très partielle voire lacunaire du dommage professionnel subi par le conjoint au foyer ne se justifie pas. L'article 151 alinéa 1 CCS parle d'une indemnité "équitable" qui est versée au crédientier, c'est-à-dire une indemnité qui ne compensera pas nécessairement l'entier du dommage. Cependant, si la jurisprudence fixe l'indemnité "équitable" sur la base d'une prise en considération partielle

1994), de même que l'âge du premier enfant pour la femme (l'âge moyen des mères à la maternité était de 28,7 ans en 1960 et même de 27,5 ans en 1974; il est de 29,6 ans en 1994). Pour plus de détails, voir la brochure publiée par l'OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE et intitulée *Production et reproduction : la femme entre conjoint, enfants et activité professionnelle*, Berne 1996, 20-25 ainsi que l'Annuaire statistique de la Suisse 1996, 47 et 49.

du dommage réellement subi par l'intéressé, il ne s'agit plus d'équité dont il faut parler mais d'injustice !

Au vu du texte clair de l'article 151 alinéa 1 CCS, qui parle de dommage issu du divorce, il est difficile de soutenir que les pertes de carrière ainsi que le dommage en matière d'assurances sociales qui y est lié peuvent être actuellement indemnisés. Cependant, la jurisprudence devrait tenir compte des attentes que le conjoint au foyer perd du fait du divorce, attentes qui trouvent leur origine dans les investissements qu'il a effectués pendant le mariage⁹¹⁹. A plus long terme, la jurisprudence devrait tenir compte, de manière équitable, de l'ensemble du dommage subi par le conjoint au foyer. Lorsque les conditions financières du débiteur le permettent, cela peut se faire par un accroissement du montant de l'indemnité et/ou de la durée de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS⁹²⁰, à défaut uniquement par un accroissement de la durée de l'indemnité.

Une solution transitoire pourrait être trouvée si le Tribunal fédéral acceptait de tenir compte de l'influence du mariage sur la situation personnelle et surtout professionnelle du créancier pour qualifier un mariage de courte ou de longue durée. On pourrait en effet inclure dans les critères propres à déterminer s'il s'agit d'un mariage de courte ou de longue durée, l'impact du partage des tâches sur la capacité de gain du créancier⁹²¹. Cette solution n'apporterait pas de remède à la limite maximale du montant de l'indemnité et n'est donc d'aucun secours pour la majorité des couples, ceux qui sont mariés depuis plus de 5 ans. Elle permettrait toutefois au conjoint marié depuis moins de 5 ans et ayant subi un dommage professionnel d'obtenir une compensation très partielle de ce dommage.

⁹¹⁹ Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

⁹²⁰ Pour un catalogue de propositions, voir le chapitre *de lege ferenda* pages 395 ss.

⁹²¹ Cette solution s'inspire directement d'une proposition faite par Thomas GEISER visant à inclure dans l'appréciation des effets du mariage des circonstances nouvelles telles que le fait qu'un des conjoints s'est coupé de son milieu culturel antérieur en contractant le mariage (hypothèse du mariage entre un européen et une personne originaire du tiers monde par exemple), (GEISER, Worin ?, 347).

A plus long terme, la jurisprudence devrait mieux reconnaître le dommage professionnel subi par le conjoint au foyer et en tenir compte dans la fixation par un accroissement du montant de l'indemnité si les conditions financières du débirentier le permettent et/ou de la durée de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS.

2. *Une vision stéréotypée de la femme*

L'article 151 alinéa 1 CCS a été conçu à une époque où le rôle de la femme dans la société était très différent de celui qu'elle a actuellement. Dans la société du début du siècle, la femme avait pour seule perspective économique (et honorable) le mariage qui lui apportait une garantie d'entretien à vie. En contrepartie, la loi prévoyait que la femme assumait la responsabilité des tâches domestiques. En cas de rupture du lien conjugal (peu fréquent), la femme qui avait fidèlement rempli ses obligations était certaine de recevoir de son conjoint un entretien à vie, lorsque celui-ci était responsable de la désunion.

Le nouveau droit matrimonial est venu bouleverser la vision traditionnelle de la loi quant au rôle de la femme dans la famille pour consacrer l'égalité des époux dans le mariage. Homme et femme ont les mêmes droits et obligations dans le mariage. Tous les deux ont la capacité d'exercer une activité lucrative. Le partage des tâches, et notamment la distribution du travail domestique, relève de leur libre choix. Les activités des conjoints qui servent l'entretien de la famille sont de valeur équivalente et donnent droit au partage des biens acquis pendant le mariage (acquêts).

Cette évolution du droit matrimonial, ainsi qu'une plus grande participation des femmes à la vie active, a conduit le Tribunal fédéral à mettre l'homme et la femme sur pied d'égalité au moment du divorce et à supprimer le droit de la femme innocente à ce que son mari divorcé et fautif lui assure l'entretien à vie. Cette jurisprudence du Tribunal fédéral part du principe que l'homme et la femme ont les mêmes droits d'exercer une activité lucrative, comme cela est prévu par l'article 167 CCS⁹²² et conclut qu'en application du principe de l'égalité entre homme et femme, la capacité de gain des parties doit être prise en considération de manière égale

⁹²² VOSER, 193 (195-196).

pour l'homme comme pour la femme au moment de la dissolution du mariage⁹²³.

La capacité de gain de la femme, sa meilleure formation professionnelle et sa participation plus importante à la vie active⁹²⁴ lui permettent plus facilement de subvenir à son entretien après le divorce. La jurisprudence a déjà tenu compte de cette évolution en introduisant des rentes de durée limitée. Toutefois, elle n'a tenu compte de cette évolution que dans un sens, c'est-à-dire pour réduire le montant de l'entretien dû à titre compensatoire par le conjoint. Par contre, elle a omis de considérer que le fait de prendre en compte de meilleures possibilités de développement de la carrière professionnelle implique aussi de retenir un dommage plus important lorsque ces opportunités sont compromises. La jurisprudence devrait évoluer sur cette question et prendre en considération les investissements en services que le conjoint au foyer a pu effectuer grâce au fait qu'il a interrompu sa carrière⁹²⁵.

Dans la logique du nouveau droit matrimonial, le conjoint qui renonce à son activité lucrative ou la réduit d'un commun accord avec l'autre conjoint doit trouver une compensation de son activité en services. Cette compensation est réalisée par le biais de plusieurs dispositions, notamment les articles 163 et 164 CCS ainsi que par le régime matrimonial légal qui prévoit un partage par moitié du bénéfice d'acquêts en cas de dissolution du régime, donc notamment en cas de divorce. En tenant compte du but poursuivi par le nouveau droit matrimonial, la jurisprudence relative à l'article 151 alinéa 1 CCS devrait également veiller à assurer une compensation du dommage que le divorce cause au conjoint au foyer, en tenant compte de tous les avantages pécuniaires que celui-ci perd du fait du divorce.

A défaut, le droit de la famille continuera de s'appuyer sur une vision stéréotypée et discriminatoire de la femme, à savoir l'image d'un conjoint qui par son travail domestique, c'est-à-dire l'éducation des enfants, l'entretien

⁹²³ GEISER, *Tendenzen*, 903.

⁹²⁴ HAUSHEER, *Tendenzen*, 55.

⁹²⁵ Voir ci-dessus titre VI. B. 4. e. 1., page 227.

du ménage, le soutien du conjoint dans sa carrière, etc. fournit une contribution qui ne vaut pas plus que le montant nécessaire à son propre entretien.

3. *Un refus de partager la prospérité économique future*

A défaut de compensation adéquate du dommage subi par le conjoint qui doit reprendre ou étendre son activité lucrative, il serait possible d'accorder au conjoint au foyer une compensation adéquate de l'investissement qu'il a effectué dans le développement de la prospérité conjugale, autrement dit dans le développement de la capacité de gain de l'autre conjoint.

Pourtant là aussi, bien que le Tribunal fédéral se réfère à la notion de compensation du dommage positif, il n'en fait pas véritablement application. En effet, le dommage positif est constitué de tous les intérêts pécuniaires, existant pendant le mariage, que le conjoint perd du fait du divorce. Il ne se limite pas à la perte du droit à l'entretien mais englobe également, lorsque les conjoints sont soumis au régime légal de la participation aux acquêts ou à celui de la communauté de biens, les expectatives de ce conjoint quant aux biens matrimoniaux que la continuation du mariage aurait permis d'accumuler. Ainsi, la perte de la participation aux acquêts ou aux biens communs que le conjoint actif aurait accumulés si le mariage s'était poursuivi - participation qui pendant le mariage constitue pour le conjoint au foyer un droit conditionnel dans le régime de la participation aux acquêts et un droit de propriété dans le régime de la communauté de biens - devrait faire partie du dommage positif pris en considération. L'évaluation de l'étendue de la part du conjoint au foyer dans les acquêts accumulés après le divorce pourrait se faire sur la base de l'importance dans la contribution de l'activité domestique fournie pendant le mariage à la formation de ses acquêts. Par ailleurs, dans le régime de la communauté de biens, les conjoints perdent des droits sur les biens communs au moment de la dissolution du régime puisque la liquidation ne porte que sur les biens qui sont des acquêts, au sens de l'article 197 CCS, et non sur l'ensemble des biens communs⁹²⁶.

⁹²⁶

SPYCHER, 29-30 qui fait d'ailleurs remarquer qu'en pratique, les prétentions découlant du régime matrimonial sont souvent négligeables. A noter que les prétentions perdues sont celles qui auraient constitué des biens propres sous le régime de la participation aux acquêts, soit dans les faits des biens acquis en héritage ou à titre gratuit.

Actuellement la jurisprudence refuse de partager la prospérité économique des conjoints après le divorce⁹²⁷, même lorsque cette prospérité a été construite pendant le mariage grâce à l'effort conjoint des époux. Lorsqu'un des conjoints a bénéficié pendant le mariage de la contribution en services de l'autre, ce refus a des conséquences qui heurtent le sentiment d'équité. Cela permet à l'autre conjoint de conserver le surplus économique dont il a bénéficié, tandis que le conjoint au foyer subit un dommage qui n'est pas indemnisé.

4. Une combinaison de règles aboutissant à un résultat globalement défavorable à la situation du conjoint au foyer

L'application de l'article 151 alinéa 1 CCS est soumise à un certain nombre de règles qui conduisent chacune à une limitation du montant de l'indemnité ou de la durée de son versement, et qui lorsqu'elles sont combinées ont un effet accru de réduction de la compensation apportée au conjoint au foyer. Nous pensons en particulier à la façon restrictive dont la jurisprudence apprécie le type de dommage pouvant donner lieu à compensation, au montant maximum que peut atteindre cette indemnité, à la durée pendant laquelle l'indemnité est octroyée sous l'influence du principe du *clean break*, au refus de partager la prospérité économique future du débirentier. Ces règles tendent toutes à limiter l'étendue du dommage et les possibilités de compensation. Combinées, elles ont un résultat assez éloigné du dommage réellement subi et dans la majorité des cas la différence (négative) se trouve à la charge du conjoint qui avait la responsabilité du foyer et des enfants.

5. Les principes directeurs de l'évolution actuelle de la jurisprudence ne contribuent pas à une prise en considération suffisante des désavantages causés par l'activité au foyer.

Ni le principe de l'égalité, appliqué dans un sens d'égalité formelle entre les conjoints au moment du divorce, ni le principe du *clean break* qui tend à une coupure économique entre les ex-conjoints, ni la retenue de la jurisprudence quant au contenu de l'accord passé entre les conjoints au moment du choix du modèle de partage des tâches ne permettent de tenir compte dans une mesure suffisante des désavantages issus du divorce. Les

⁹²⁷

100 II 249; 117 II 359 c. 5a.

trois tendances vont plutôt dans le sens d'une occultation des conséquences des décisions prises pendant le mariage et tendent à abandonner le dommage là où il se trouve, c'est-à-dire du côté du conjoint économiquement le plus faible.

6. *Une évolution de la nature de l'indemnité qui fait obstacle à une compensation équitable d'un dommage autre que la perte de l'entretien*

L'évolution de la nature de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS contribue à limiter le dommage issu du divorce à la perte de la contribution de l'autre conjoint à l'entretien. Avec une nature qui se rapproche d'une contribution à caractère social, l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS ne permet plus d'inclure la compensation d'autres dommages.

10. LA REPARATION DU DOMMAGE ISSU DU DIVORCE DANS LE PROJET DE REVISION DU DROIT DU DIVORCE⁹²⁸

a) Généralités

Le projet de révision du droit du divorce maintient le principe de la solidarité entre les ex-conjoints pour les conséquences du divorce, tout en insistant sur l'importance pour le conjoint au foyer de retrouver son indépendance économique après le divorce. Le projet souligne que si la responsabilité commune des deux conjoints pour le partage des tâches convenu était supprimée, le libre choix d'un modèle de répartition des tâches, tel que le prévoit l'article 163 alinéa 2 CCS, deviendrait illusoire, le modèle traditionnel comportant trop de désavantages⁹²⁹.

Une des grandes nouveautés du règlement des conséquences économiques du divorce est la dépénalisation des effets du divorce. Pour l'octroi d'une

⁹²⁸ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), FF 1996 I 1 ss.

⁹²⁹ Message susmentionné, FF 1996 I 1 ss (33-34).

contribution d'entretien, les critères de l'innocence et de la faute des époux ne doivent plus jouer de rôle⁹³⁰.

Nous aborderons ici la question de la réparation du dommage après le divorce à l'exception du dommage en matière d'assurances sociales. Les nouvelles dispositions sur le partage de l'avoir LPP seront examinées sous le titre consacré aux assurances sociales.

b) L'entretien après le divorce

Les nouvelles dispositions sur les conséquences financières du divorce sont le reflet d'un compromis entre deux principes opposés : la solidarité entre les conjoints après le divorce de manière à assurer entre eux une compensation des inégalités économiques qui découlent du mariage et le principe du divorce *clean break* par lequel on s'efforce de réaliser une coupure économique nette entre les conjoints⁹³¹. Il s'agit d'admettre le principe de la solidarité après le divorce mais de lui fixer des limites bien définies.

En outre, le projet de loi modifie la nature de la disposition relative aux contributions après le mariage. D'un système de responsabilité des époux pour le dommage résultant du divorce, on passe à un système d'obligation d'entretien dont le fondement est le besoin de celui qui ne peut raisonnablement pas pourvoir à son entretien⁹³², autrement dit on fait disparaître le système de la réparation du dommage pour maintenir uniquement un système d'assistance obligatoire en cas de besoin⁹³³, dont le fondement est la

⁹³⁰ NORDMANN-ZIMMERMANN/PERRIN, 50 qui parlent de "déculpabilisation"; IDEM, L'avant-projet, 1154; WERRO, L'entretien, 377.

⁹³¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (46-47).

⁹³² WERRO, L'entretien, 376-377.

⁹³³ WERRO parle d'obligation d'assistance fondée sur la solidarité (L'entretien, 378).

solidarité entre les époux. Le nouveau droit crée une seule disposition sur la base d'éléments propres à l'article 151 alinéa 1 et à l'article 152 CCS⁹³⁴.

Alors que le droit actuel, dans son énoncé⁹³⁵, n'apporte pas de limite aux types de dommage que l'on doit compenser, le nouveau droit n'envisage plus que la compensation de la perte de l'entretien. La formulation du nouveau droit rend donc impossible une compensation de l'atteinte à la carrière professionnelle du conjoint au foyer dans le cadre de l'article 125.

L'article 125 qui règle l'entretien après divorce a le contenu suivant :

E. Entretien après le divorce

1. Conditions

¹ *Si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance-vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable.*

² *Pour décider de l'allocation d'une contribution d'entretien et pour en fixer, le cas échéant, le montant et la durée, le juge retient en particulier les éléments suivants :*

1. La répartition des tâches pendant le mariage;

2. La durée du mariage;

3. Le niveau de vie des époux pendant le mariage;

4. L'âge et l'état de santé des époux;

5. Les revenus et la fortune des époux;

6. L'étendue et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée;

7. La formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien;

8. 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.

⁹³⁴

HINDERLING/STECK, 396; HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 645-646.

⁹³⁵

Mais non dans l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite.

³ *L'allocation d'une contribution peut exceptionnellement être refusée en tout ou en partie, lorsqu'elle s'avère manifestement inéquitable, parce que le créancier :*

1. *a gravement violé son obligation d'entretien de la famille;*
2. *a délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle il se trouve;*
3. *a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches.*

Le nouveau droit prévoit que le conjoint économiquement le plus faible peut prétendre à une indemnité si objectivement il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable. C'est donc à titre subsidiaire, lorsque les acquêts des époux et le partage de l'avoir prévoyance ne sont pas suffisants pour permettre au conjoint économiquement le plus faible de pourvoir lui-même à son entretien, qu'une indemnité d'entretien peut être octroyée⁹³⁶. Le montant et la durée sont alors fixés selon les critères prévus à l'alinéa 2. L'indemnité peut être réduite ou refusée si des motifs d'équité le justifient, le troisième alinéa de l'article 125 concrétisant ici le principe de l'abus de droit⁹³⁷. Il faut en effet éviter qu'un conjoint bénéficie abusivement d'une indemnité versés par l'autre conjoint.

Les critères figurant dans la liste ne sont pas mentionnés par ordre d'importance mais sont d'égale valeur⁹³⁸. Ils codifient les règles posées par la

⁹³⁶ REUSSER, Gleichstellung, 292.

⁹³⁷ NORDMANN-ZIMMERMANN/PERRIN, Nouveau droit, 51, qui précise que la notion de "manifestement inéquitable" est plus large que l'abus de droit; il s'inspire de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur les prestations après divorce qui prévoit que les Etats peuvent avoir une législation instituant "la possibilité d'un refus ou d'une diminution des prestations en cas de torts graves de la partie les demandant" (art. 5 de la R(89)1 du 18 janvier 1989).

⁹³⁸ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoisie matrimoniale), FF 1996 I, 1 ss (118); WERRO, qui souligne que le critère du partage des tâches et celui de l'étendue des soins que les époux doivent encore à leurs enfants joueront un rôle primordial (L'entretien, 381).

jurisprudence⁹³⁹. L'exigence de la faute, comme condition d'octroi des prétentions d'entretien après divorce, a été supprimée⁹⁴⁰. Le droit suisse se conforme ainsi à une Recommandation du Conseil de l'Europe⁹⁴¹ sur les prestations après divorce qui invitait les Etats membres à ignorer en principe les fautes éventuelles des époux lors de l'octroi et du calcul des prestations dues par un époux après le divorce. L'innocence du crédientier n'est plus non plus une condition d'octroi de l'indemnité, une telle condition ne permettant pas de tenir suffisamment compte des conséquences du partage des tâches entre les conjoints et de la nécessaire solidarité des ex-conjoints après le divorce pour les conséquences des sacrifices consentis pendant le mariage pour le bien commun.⁹⁴²

Le Message accompagnant le projet de loi réaffirme le principe selon lequel les conséquences de la répartition adoptée d'un commun accord durant le mariage doivent être supportées par les deux conjoints : "La réglementation de l'entretien après le divorce doit en particulier tenir compte du dommage subi par le conjoint qui a perdu son indépendance économique à cause du mariage" et il "faut en outre prendre en considération la charge de travail effective que représentent les soins et l'éducation des enfants après le divorce et qui empêche la reprise d'une activité lucrative"⁹⁴³. Il y a donc une volonté du législateur de compenser les désavantages économiques qui se sont créés pendant le mariage du fait de la perte de l'indépendance économique et surtout de tenir compte de l'activité éducative fournie après le divorce. Mais l'étendue de la prise en considération des conséquences économiques du partage des tâches est toujours limitée à la perte de l'entretien convenable, subie par le conjoint économiquement le plus faible. Dans l'esprit du législateur, les consé-

⁹³⁹ HINDERLING/STECK, 396; HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt, 645; WERRO, L'entretien, 381.

⁹⁴⁰ NORDMANN-ZIMMERMANN, L'avant-projet, 1013 ss.

⁹⁴¹ Voir la Recommandation (89)1 du 18 janvier 1989.

⁹⁴² DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 143 n. 718.

⁹⁴³ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss (115).

quences économiques du partage des tâches ne vont pas au-delà des entraves que la perte de l'indépendance économique constitue pour la reprise d'une activité lucrative permettant d'assurer un entretien convenable, y compris les entraves découlant de l'éducation des enfants après le divorce.

La limite supérieure de l'entretien convenable est définie par le train de vie antérieur adopté d'un commun accord par les conjoints⁹⁴⁴. Quelques situations exceptionnelles devraient permettre d'adopter comme niveau de référence un montant légèrement supérieur à l'entretien convenable, comme par exemple un mode de vie particulièrement économe du couple avant le divorce⁹⁴⁵. La contribution équitable fixée par le juge n'est transmissible ni passivement, ni activement⁹⁴⁶, ce qui est conforme à l'actuelle jurisprudence relative à la transmissibilité de la part de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS couvrant la perte du droit à l'entretien. Par ailleurs, le juge peut subordonner à certaines conditions l'obligation de contribuer à l'entretien du conjoint économiquement le plus faible⁹⁴⁷. Le juge peut de cette manière tenir compte de certaines incertitudes qui pèseraient sur la situation économique du débirentier ou sur celle du crédirentier⁹⁴⁸. On peut ainsi imaginer que le jugement réserve la situation de l'ex-conjoint qui doit reprendre une activité lucrative après le divorce mais ne trouve pas d'emploi et épuise les indemnités chômage sans trouver d'activité lucrative ou ne peut bénéficier des indemnités chômage car il ne peut raisonnablement reprendre une activité lucrative que plus d'une année après le divorce⁹⁴⁹. Cette disposition peut également donner une plus grande flexibilité dans les possibilités de compenser le dommage en anti-

⁹⁴⁴ Message susmentionné, FF 1996 I 1 ss (119); WERRO, L'entretien, 382.

⁹⁴⁵ Message susmentionné, FF 1996 I 1 ss (119).

⁹⁴⁶ Art. 130 al. 1 du projet; WERRO, L'entretien, 384.

⁹⁴⁷ Art. 126 al. 3 du projet.

⁹⁴⁸ HINDERLING/STECK, 397 note 41 in fine.

⁹⁴⁹ A ce sujet, voir le chapitre consacré à l'assurance-chômage (page 168).

cipant de futures rentrées de revenus du côté du débiteur comme de celui du créancier⁹⁵⁰.

Par ailleurs le projet maintient l'inégalité des conjoints face au manque de revenus pour assurer leur entretien minimum et celui de leurs enfants. Le débiteur d'entretien ne devra toujours pas faire appel à l'assistance sociale lorsque ses revenus sont insuffisants pour couvrir les besoins de sa famille⁹⁵¹. Le juge peut toutefois tenir compte de l'insuffisance de revenus à disposition par une prolongation de la durée de la rente ou une hausse de celle-ci dans l'hypothèse où les revenus du débiteur augmenteraient ou que ses charges diminueraient (à l'échéance d'une obligation d'entretien d'enfants par exemple)⁹⁵².

La perte des expectatives successorales n'est en principe plus considérée comme un élément du dommage pouvant donner lieu à compensation. Les héritages pourront par contre permettre de requérir une modification du jugement de divorce⁹⁵³, dans un délai de 5 ans. Il sera en effet possible de requérir une augmentation du montant alloué lorsque le débiteur fait un héritage dans les 5 ans après le divorce et que la situation économique du débiteur au moment du divorce n'avait à l'époque pas permis de fixer une indemnité suffisante à assurer l'entretien convenable⁹⁵⁴. Un héritage en faveur du créancier permettra de diminuer le montant de l'indemnité qui

⁹⁵⁰ Toute circonstance non anticipée permet en outre une modification du montant de l'indemnité lorsque les moyens à disposition au moment du divorce ne permettaient pas de couvrir l'entretien convenable (art. 143 projet).

⁹⁵¹ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), FF 1996 I, 1 ss (119); pour une critique, voir: WERRO, L'entretien, 383; pour une critique de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral sur ce point: RÜEG, 23-25.

⁹⁵² Message susmentionné, FF 1996 I, 1 ss (117).

⁹⁵³ Message susmentionné, FF 1996 I, 1 ss (118); WERRO, L'entretien, 380.

⁹⁵⁴ Art. 129 al. 3 du projet.

lui a été octroyée, à condition que celle-ci ait été d'un montant suffisant à couvrir l'entretien convenable⁹⁵⁵.

Le projet a prévu une possibilité de modifier la rente fixée par le tribunal lorsque en particulier de l'augmenter⁹⁵⁶. En effet, dans un délai de 5 ans à compter du divorce, le crédientier peut prétendre à l'allocation d'une rente, ou à l'augmentation de celle qui lui avait été octroyée, lorsqu'au moment du divorce il n'avait pas été possible de fixer une rente suffisant à couvrir son entretien convenable. Il faut pour cela que la situation du débirentier se soit améliorée depuis lors. Le projet introduit donc une possibilité, limitée dans le temps, d'obtenir après le divorce la compensation d'un dommage qui au moment du divorce n'était pas compensable, faute de moyens suffisants. Cette disposition qui étend dans le temps les possibilités de fixer une compensation équitable du dommage est un élément important du nouveau droit.

Le projet n'a par contre pas tenu compte des remarques formulées lors de la procédure de consultation à propos de la double charge du conjoint assumant l'éducation des enfants et du déficit professionnel lié à l'interrup-

⁹⁵⁵ Art. 129 al. 1 in fine du projet.

⁹⁵⁶ Art. 125 du projet.

tion de l'activité professionnelle⁹⁵⁷. Il n'est pas rare qu'un des conjoints, pendant le mariage mais aussi après le divorce, assume une double

957

Le canton du Jura ainsi que le bureau de la condition féminine du Jura se sont exprimés ainsi :

"Une contribution équitable doit être prévue, en plus de la contribution d'entretien, pour combler le déficit inhérent à une interruption de l'activité professionnelle, même si une réinsertion peut être envisagée. Si le nouveau droit matrimonial laisse aux conjoints la liberté de définir ensemble les modalités de leur contribution à l'entretien de la famille et pose le principe de l'égalité du travail ménager et éducatif et du travail lucratif, le droit du divorce se doit de faire supporter les conséquences de ce choix aux deux conjoints" (Evaluation des résultats de la procédure de consultation, Berne 1992, 368 et 378).

Les juristes démocrates de Suisse, les juristes féministes de Zurich et le groupe de travail des juristes féministes de la Suisse allemande :

"Weil eine Person Betreuungs- und Hausarbeit leistet, ist sie nicht erwerbstätig, arbeitet sie nur teilzeit und/oder klettert die Hierarchiestufe im Erwerbsleben nicht empor. Eine solche Arbeitsbiographie stellt kein Defizit, keine Abweichung vom sog. Normalfall dar, sondern ist die Realität vieler Frauen. Im Gesetzestext des Art. (130) ist diese Haus- und Betreuungsarbeit unsichtbar. (...) Unsere Erfahrungen als praktizierende Rechtsanwältinnen und -anwälte zeigen, dass das Arbeitspensum der für Betreuungs- und Hausarbeit zuständigen Person in der traditionellen Versorgung den Arbeitsumfang einer Vollzeitbeschäftigung ausser Hause oft übersteigt. Die quantitativen Auswirkungen der Mehrfachbelastung sind insbesondere dort augenfällig, wo die für die Betreuungs- und Hausarbeit verantwortliche Person zusätzlich einer Erwerbstätigkeit nachgeht. Im letztgenannten Fall entspricht der bewältigte Arbeitsausfall nicht selten 150 bis 180 Stellenprozent. Doch dass bereits die reine Reproduktionsarbeit je nach Anzahl, Alter etc. der zu betreuenden Kinder den Umfang eines Fulltime-Jobs rasch übersteigen kann, bestätigen nicht nur eine Mehrzahl geschiedener, faktisch alleinerziehender, sondern auch viele noch verheiratete, in traditioneller Ehe lebende Mütter. Wenn mit der Konkretisierung des in der Verfassung verankerten Grundsatzes der Gleichstellung von Mann und Frau auf Gesetzesstufe ernst gemacht werden soll, so folgt zwingend, dass diese, eine Vollzeitbeschäftigung übersteigende Mehrarbeit, nicht länger als Gratisarbeit hingenommen, sondern angemessen entschädigt wird. Mit anderen Worten: Im Rahmen der nachehelichen Unterhaltsregelung ist neben der Festlegung einer Rente, die der unterhaltsberechtigten Ehepartei den ihr gebührenden Unterhalt gewährleistet, dieser zusätzlich eine Entschädigung für diese aus der Mehrfachbelastung resultierende Mehrarbeit zuzusprechen" (Evaluation, 369-370 et 375, 376-377).

charge, s'occupant de l'éducation des enfants et exerçant une activité lucrative à côté. Il aurait été juste de compenser cette charge soit par le biais d'une indemnisation de la double charge, soit par le biais d'une prise en considération des conséquences professionnelles de cette double charge.

En conclusion, le nouveau droit a pour but de favoriser la réintégration professionnelle du conjoint au foyer⁹⁵⁸, en maintenant le principe d'une appréciation au cas par cas des possibilités de reprendre une activité lucrative, sur la base des critères posés par la jurisprudence et de tout autre critère que l'équité imposerait. Il supprime par contre l'idée de responsabilité des deux conjoints pour tous les dommages issus du divorce. Il fait un pas en direction d'une flexibilisation des moyens de compenser le conjoint économiquement le plus faible en ouvrant la possibilité d'une action en modification du divorce dans les 5 ans.

Dès lors que le nouveau droit du divorce règle uniquement la question de l'entretien après divorce et que l'article 125 du projet n'est clairement pas une disposition spécifique du droit de la responsabilité pour faute, on peut

Die Dachorganisation der autonomen Frauenhäuser Schweiz :

"Dass Erziehung und Haushaltsführung auch Arbeit ist, wird dabei oft grosszügig ignoriert. Gerade an allein erziehende Elternteile stellt die Betreuung der Kinder oft besonders hohe Ansprüche. Die Gefahr besteht, dass die Doppelbelastung gerade für Alleinerziehende wächst, sie dafür jedoch nicht angemessen entschädigt werden. (...) Erziehungs- und Hausarbeit müssen bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt und in jedem Falle entschädigt werden" (Evaluation, 374).

La centrale des femmes de Bâle-Campagne proposait d'indemniser le travail domestique et éducatif (Evaluation, 380).

La commission pour les questions féminines de Bâle-Ville :

"Die Betreuungsarbeit wird nicht angemessen in die Ausgleichsmechanismen einbezogen, geleistete und zu leistende Betreuungsarbeit "verschwindet", wie wir meinen, mit System. Betreuungsarbeit muss grundsätzlich einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich begründen. Das durch Mehrleistung der betreuenden Person (Erwerbsarbeit in grösserem Umfang, als aufgrund der Betreuungsarbeit eigentlich zumutbar wäre) allfällig erzielte Mehreinkommen darf bei der Unterhaltsfestsetzung nicht einbezogen werden". La commission proposait par conséquent une indemnisation du travail éducatif (Evaluation, 380-381).

⁹⁵⁸

NORDMANN-ZIMMERMANN/PERRIN, Nouveau droit, 50.

raisonnablement en conclure que tout dommage qui n'a rien à voir avec la question de la perte de l'entretien après divorce peut être compensé par le biais des règles générales des articles 41 CO et suivants. Cela signifie également que ces dommages-là seront compensables uniquement aux conditions de l'article 41 CO, en particulier à celle de la faute du défendeur et surtout d'un acte illicite de celui-ci en rapport de causalité avec le dommage.

C. L'article 152 CCS

L'article 152 CCS est formulé de la façon suivante :

Le juge peut accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénuement par suite de la dissolution du mariage une pension alimentaire proportionnée aux facultés de l'autre conjoint, même si ce dernier n'a pas donné lieu au divorce.

Cet article ne vise pas à "indemniser" un conjoint du dommage futur qu'il subira du fait du divorce mais à maintenir un niveau de vie suffisant, lorsque le dénuement dans lequel il se trouve est issu du divorce. Cette indemnité a un fondement social⁹⁵⁹. Elle est due indépendamment de l'existence d'une faute du débirentier et le montant octroyé ne doit pas compenser le dommage mais uniquement maintenir un minimum de revenus⁹⁶⁰. Le crédientier ne peut en aucun cas prétendre à un maintien du niveau de vie antérieur⁹⁶¹, sauf si ce niveau était limité à la couverture des besoins minimaux. Il trouve sa justification dans la communauté de vie qu'ont formée les conjoints pendant le mariage et qui implique le maintien

⁹⁵⁹ DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 151 n. 757.

⁹⁶⁰ HINDERLING/STECK, 298 et note 5 dans laquelle les auteurs se réfèrent à un arrêt de 1989 de la Cour d'Appel du canton de Bâle qui a estimé qu'un revenu mensuel de Fr. 4'000 ne permettait plus de parler de dénuement.

⁹⁶¹ Pour une critique de cette limite maximale de la pension alimentaire, surtout dans l'hypothèse d'un conjoint débirentier financièrement bien pourvu et d'un crédientier sans ressources financières propres : SCHWENZER, *Probleme*, 30 ss; COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS FEMININES, *Rapport FREIVOGEL*, 169; HINDERLING/STECK, 298.

d'un minimum de solidarité après le divorce⁹⁶². Ce minimum de solidarité existe toutefois dans certaines limites. Le crédientier doit être innocent dans la désunion⁹⁶³, il doit être dans le dénuement⁹⁶⁴, ce dénuement doit être la conséquence du divorce⁹⁶⁵, et le débirentier doit en tous les cas disposer de revenus lui permettant de faire face aux dépenses nécessaires à son propre entretien⁹⁶⁶.

Quelle est l'importance du critère du partage des tâches des époux pendant le mariage dans l'application de l'article 152 CCS ? Ce critère jouera un rôle dans la fixation de la pension alimentaire⁹⁶⁷. Son rôle sera très limité pour la détermination du montant octroyé. En effet, en règle générale selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le montant qui peut être octroyé est limité au minimum vital au sens large, c'est-à-dire le minimum vital au sens du droit des poursuites auquel on ajoute certaines dépenses indispensables comme par exemple les impôts courants et les contributions à certaines assurances⁹⁶⁸, augmenté de 20 %⁹⁶⁹. Cette

⁹⁶² HINDERLING/STECK, 296; BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 152, n. 4; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, ad art. 159, n. 46; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 151 n. 755.

⁹⁶³ Pour plus de détails sur l'innocence relative du crédientier, voir HINDERLING/STECK, 310 ss.

⁹⁶⁴ On entend par dénuement le minimum vital augmenté en principe de 20 % (118 II 100 ; 114 II 301 ; HINDERLING/STECK, 298-299; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 152 n. 760 ; BÜHLER/SPÜHLER, ad art. 152, n. 10; GEISER, Worin ?, 344).

⁹⁶⁵ HINDERLING/STECK, 297; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 153 n. 765 ; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 152, n. 7. Pour la question de la prise en considération des sommes versées par les institutions d'assurances sociales ou de prévoyance sociale dans l'appréciation du dénuement, voir HINDERLING/STECK, 302-303.

⁹⁶⁶ En principe, le débirentier doit pouvoir disposer d'un montant minimal équivalent au minimum vital augmenté de 10-20 % (HINDERLING/STECK, 303-306 et la note 13a; DESCHENAUX/TERCIER/WERRO, 153 n. 764).

⁹⁶⁷ HINDERLING/STECK, 301; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 152, n. 24; BRÄM, Renten, 61.

⁹⁶⁸ HINDERLING/STECK, 298-299 note 5b; 118 II 97 (99); 114 II 301 (304).

méthode de calcul laisse peu de marge pour tenir compte de la répartition des tâches.

Par contre, lors de la fixation de la durée de la rente dans le temps ce critère pourra jouer un rôle. Tout comme pour l'article 151 alinéa 1 CCS⁹⁷⁰, le juge doit apprécier les possibilités du crédientier de reprendre une activité lucrative et fixer la durée de la pension alimentaire en conséquence⁹⁷¹. Dans le cadre de cette appréciation, le partage des tâches pratiqué par les époux pendant le mariage et surtout les conséquences de ce partage sur la capacité de gain du crédientier pourront contribuer à repousser le moment à partir duquel le conjoint est apte à reprendre une activité lucrative⁹⁷². Le juge tiendra également compte du fait que le conjoint s'occupe de l'éducation des enfants⁹⁷³.

Comme on peut le constater, les conséquences du partage des tâches pratiqué par les conjoints pendant le mariage ne trouvent pas véritablement compensation par le biais de l'article 152 CCS. Cette disposition légale, qui n'a d'ailleurs pas cette vocation, permet tout au plus d'éviter que le conjoint qui souffre économiquement de ce partage ne tombe dans le dénuement.

⁹⁶⁹ Voir ci-dessus note 964, page 315.

⁹⁷⁰ Voir ci-dessus page 235.

⁹⁷¹ Le juge devra toutefois faire preuve d'une plus grande retenue dans l'appréciation des possibilités du crédientier d'assurer son propre entretien, étant donné le caractère social de l'article 152 et son but qui est d'éviter que le conjoint ne tombe dans le dénuement ensuite du divorce (HINDERLING/STECK, 300).

⁹⁷² HINDERLING/STECK, 301 ; SPÜHLER/FREI-MAURER, ad art. 152, n. 24 ; BRÄM, Renten, 61.

⁹⁷³ HINDERLING/STECK, 301.

D. La liquidation du régime matrimonial

1. GENERALITES

Les conjoints ont la possibilité de choisir entre trois régimes matrimoniaux : la participation aux acquêts, les communautés de biens et la séparation de biens. A défaut d'un choix des conjoints, manifesté par acte authentique, la participation aux acquêts s'applique.

Le régime de la séparation de biens ne prévoit aucune communauté entre les époux, de sorte qu'en cas de liquidation du régime aucun partage de biens n'intervient, sauf éventuellement une liquidation des biens en copropriété. Il n'y a donc pas de mécanisme d'indemnisation du travail non rémunéré d'un conjoint par le biais d'une liquidation des biens.

Seuls les régimes de la participation aux acquêts et de la communauté de biens, qui prévoient un partage des biens des deux conjoints au moment de la dissolution du régime, permettent à cet égard d'examiner si le partage tient compte de la contribution non rémunérée d'un conjoint à l'entretien de la famille.

2. LE REGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS

Le régime de la participation aux acquêts prévoit un partage par moitié des acquêts des conjoints au moment de la liquidation du régime matrimonial. Il ne s'agit pas d'un partage effectif de la propriété de chacun des biens mais d'un partage en valeur du bénéfice du compte d'acquêts de chacun.

Les acquêts sont les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage. La loi en donne une liste non exhaustive⁹⁷⁴. Il s'agit du produit du travail, des sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale, des dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail, des revenus des biens propres et des biens acquis en remploi d'acquêts. En outre, entrent égale-

⁹⁷⁴

Art. 197 al. 2 CCS.

ment dans la masse des acquêts tous les biens qui ne sont pas des biens propres⁹⁷⁵.

Le conjoint qui n'exerce pas d'activité lucrative est le grand bénéficiaire du régime de la participation aux acquêts. En effet, au moment de la dissolution du régime matrimonial, il a des droits sur les acquêts accumulés pendant le régime, c'est-à-dire, dans un mariage organisé traditionnellement, sur des acquêts accumulés en majeure partie par l'autre conjoint⁹⁷⁶. En principe, il a droit à la moitié du bénéfice du compte des acquêts de l'autre conjoint et doit verser la moitié du bénéfice de son propre compte des acquêts, si bénéfice il y a. Le législateur a ainsi placé sur pied d'égalité la contribution non lucrative du conjoint au foyer et la contribution pécuniaire de l'autre conjoint. Les deux époux ont en principe des droits équivalents dans le partage du bénéfice de l'union conjugale, même lorsque la masse des acquêts accumulés par le conjoint au foyer est inférieure à celle de l'autre conjoint.

Les régimes matrimoniaux ont pour but de régler le sort des biens des conjoints au moment de la liquidation du régime. Initialement, ils n'avaient pas pour but de dédommager un conjoint pour le dommage qu'il avait subi. C'est l'article 151 alinéa 1 CCS exclusivement qui joue ce rôle. Pourtant, avec le nouveau droit matrimonial et le nouveau régime légal de la participation aux acquêts qui a introduit le partage par moitié des acquêts des conjoints, le régime joue également un rôle de compensation des investissements en services effectués dans l'entretien de la famille.

Dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, seuls certains biens sont soumis au partage : ce sont les biens accumulés par les époux pendant le mariage. Or, à l'heure actuelle, une valeur importante pour les conjoints n'est pas intégrée dans la liquidation du régime matrimonial. Il s'agit de l'investissement dans la capacité de gain (études, obtention d'un certificat de capacité, etc.).

⁹⁷⁵ Art. 200 al. 3 CCS.

⁹⁷⁶ A noter toutefois que lorsque le conjoint au foyer dispose d'une fortune importante appartenant à la masse des biens propres, les revenus de cette fortune entrent dans la masse des acquêts et constituent un avantage pour le conjoint qui exerce une activité lucrative.

Pourtant, beaucoup de personnes préfèrent aujourd'hui investir dans une formation plutôt que d'accumuler de l'épargne à la banque. L'investissement est personnel car il est lié à la personne qui l'effectue. Il intervient à la charge de la communauté familiale, qui consent à un certain nombre de sacrifices, notamment pécuniaires⁹⁷⁷, pour que le conjoint en formation puisse achever ses études.

En cas de divorce, le conjoint ayant acquis une nouvelle formation garde la quasi-totalité des bénéfices qu'elle lui procure. Or, ces bénéfices sont considérables. Ils représentent les revenus futurs supplémentaires que pourra réaliser le conjoint. La valeur de l'accroissement de la capacité de gain obtenue pendant le mariage n'est pas prise en considération dans la liquidation du régime matrimonial. Il est vrai que l'article 151 alinéa 1 CCS prendra en considération les revenus de ce conjoint dans l'appréciation des possibilités de maintenir un niveau de vie convenable pour les deux époux⁹⁷⁸. Mais à partir du moment où le crédientier peut, selon l'appréciation du juge, subvenir à son propre entretien convenable, il ne reçoit plus aucun bénéfice de cette plus-value accrue pendant le mariage.

Le maximum que pourra recevoir le conjoint de celui qui a effectué la formation se monte au versement d'une indemnité équitable compensant sa contribution extraordinaire à l'entretien de la famille⁹⁷⁹, c'est-à-dire l'excédent de revenus ou de fortune consacré à l'entretien de la famille. Cette indemnité équivaudra rarement dans son montant à l'accroissement de capacité de gain que la formation représente pour l'autre conjoint. Cette indemnité peut être comparée au versement du prix du billet de loterie acquis avec l'argent d'un tiers, lorsque ce billet a rapporté le gros lot, à la seule différence que l'investissement du conjoint qui n'a pas effectué la formation lui coûte beaucoup plus cher que le prix du billet de loterie. En effet, l'investissement dans sa propre capacité de gain est un investisse-

⁹⁷⁷ Réduction ou suppression des revenus du conjoint en formation et contribution extraordinaire de l'autre conjoint à l'entretien de la famille.

⁹⁷⁸ Voir ci-dessus page 235.

⁹⁷⁹ Art. 165 al. 2 CCS, voir ci-dessous page 329.

ment qui peut amener des profits importants⁹⁸⁰. Celui qui y renonce au profit de l'autre fait un sacrifice économique important.

3. LE REGIME DE LA COMMUNAUTE DE BIENS

Le régime de la communauté de biens se compose de trois masses de biens : les biens communs et les biens propres de chacun des époux. Il existe plusieurs types de communautés en fonction des biens qui entrent dans la composition des biens communs. La plus vaste est la communauté universelle qui englobe dans les biens communs non seulement les acquêts au sens de l'article 197 CCS, mais également les biens qui appartiennent à chacun des époux au début du régime ou qui lui échoient ensuite par succession ou à quelque autre titre gratuit, ainsi que les biens acquis en remploi des biens qui seraient propres dans le régime ordinaire. Les moins vastes sont les communautés réduites aux acquêts ou les autres communautés. Les premières limitent les biens communs aux acquêts et les secondes excluent de la communauté universelle certains biens ou espèces de biens, tels que des immeubles, le produit du travail d'un époux ou les biens d'un époux qui servent à l'exercice de sa profession ou à l'exploitation de son entreprise.

Le régime de la communauté de biens souffre des mêmes problèmes que le régime légal ordinaire. En effet, l'accroissement de la capacité de gain d'un des conjoints n'est pas non plus pris en considération.

Toutefois, à la différence du régime de la participation aux acquêts, le régime de la communauté de biens peut dans certains cas apporter une compensation plus importante au conjoint au foyer. Il s'agit des cas où les conjoints ont conclu un régime de communauté universelle et que le conjoint au foyer bénéficie, au moment de la liquidation du régime, du partage de biens acquis à titre gratuit par l'autre conjoint ou dont celui-ci était propriétaire avant le mariage. Néanmoins, cet avantage ne se réalise pas en cas de divorce. En effet, l'article 242 alinéa 2 CCS prévoit que si la communauté prend fin par le divorce, chacun des époux reprend ceux des

⁹⁸⁰

Bien que, dans la situation économique actuelle, une formation professionnelle n'assure plus nécessairement la réalisation d'un revenu important, un investissement dans une telle formation demeure en règle générale profitable.

biens communs qui auraient formé ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts.

Les autres types de communautés de biens (c'est-à-dire les communautés réduites) n'apportent pas d'avantage au conjoint au foyer puisqu'elles excluent de la communauté les biens propres de l'article 198 ch. 2 CCS ou d'autres biens qui auraient normalement la nature d'acquêts de l'autre conjoint.

4. EXCURSUS DANS LE DROIT DES ETATS-UNIS

Depuis une dizaine d'années, les tribunaux de certains Etats américains ont étendu la notion de "biens" pouvant faire l'objet d'un partage au moment du divorce. Ils ont intégré dans le partage des biens qui n'ont pas d'existence tangible mais qui pourtant peuvent avoir une valeur considérable. Il s'agit des certificats de capacité professionnelle, des licences universitaires, du *goodwill* d'une entreprise⁹⁸¹ et de la renommée ou célébrité professionnelle d'un des conjoints. Tous ces nouveaux biens ont en commun qu'ils sont le fruit du développement du capital humain de celui qui en est le titulaire. Ils résultent d'un investissement de l'individu dans son capital humain, investissement qui a un coût. Lorsque l'investissement et le coût qui en résulte sont intervenus pendant le mariage, mais que la plus grande partie du bénéfice en sera retirée après le divorce, il semble juste d'envisager un partage équitable de la prospérité qui s'est créée durant le mariage. Ce système permet de mieux évaluer la véritable richesse des individus en recherchant la masse des revenus prévisibles qu'il retireront de l'accroissement de leur capital humain pendant le mariage⁹⁸².

Quelques exemples permettent de mieux comprendre de quoi il s'agit.

⁹⁸¹ En fait, contrairement à la terminologie utilisée par les tribunaux, il faudrait parler du capital humain accumulé par le chef d'entreprise (Allen PARKMAN, "The Treatment of Professional Goodwill in Divorce Proceedings", in *Family Law Quarterly* 1984, 213 ss, 222).

⁹⁸² Il s'agit d'une analyse économique aux termes de laquelle un bien existe lorsqu'il est apte à produire des revenus dans le futur, que ces revenus soient en argent ou de nature psychologique (Allen PARKMAN, "Human Capital as Property in Celebrity Divorces", in *Family Law Quarterly* 1995-1996, 141 ss, 142 note 6).

1. Le cas *O'Brien* contre *O'Brien*⁹⁸³

Michael O'Brien et Loretta O'Brien se sont mariés le 3 avril 1971. A l'époque ils enseignaient tous les deux dans une école privée. Loretta n'avait pas achevé sa formation. Elle n'avait qu'un certificat lui permettant d'enseigner temporairement. Elle aurait dû effectuer 18 mois supplémentaires de formation post-graduée pour obtenir un certificat permanent à New York. Elle a renoncé à cette possibilité, alors que son conjoint se préparait à entamer une formation de médecin en suivant des cours lui permettant par la suite de commencer des études de médecine. Pendant les études de son mari, Loretta a exercé plusieurs emplois d'enseignante. Par ses revenus, elle a ainsi contribué aux dépenses communes du couple. Deux mois après avoir obtenu son titre de médecin, Michael a demandé le divorce.

La Cour s'est basée sur l'article 236 partie B ch. 5 lit. d (6) du *Domestic Relations Law* qui prévoit que dans la distribution des biens matrimoniaux, la Cour considérera :

"(6) any equitable claim to, interest in, or direct or indirect contribution made to the acquisition of such marital property by the party not having title, including joint efforts or expenditures and *contributions and services as a spouse, parent, wage earner and homemaker, and to the career or career potential of the other party*"⁹⁸⁴.

La Cour a estimé que la disposition légale avait pour but de reconnaître que le mariage est un partenariat économique où les deux conjoints contribuent en tant que conjoint, parent, fournisseur de revenus ou conjoint au foyer. Le but est donc de partager au moment du divorce les intérêts économiques des conjoints et, dans la mesure du possible, d'assurer une coupure des liens économiques entre les conjoints par une distribution équitable des biens matrimoniaux.

⁹⁸³ Arrêt de la Cour d'Appel de l'Etat de New York, du 26 décembre 1985, 489 N.E.2d, 712.

⁹⁸⁴ Les mots en italique ne le sont pas dans le texte original.

La Cour a continué en affirmant qu'un titre professionnel est le fruit d'un effort conjoint, direct et indirect, des époux, au sens de la loi de l'Etat de New York :

"Working spouses are often required to contribute substantial income as wage earners, sacrifice their own educational or career goals and opportunities for child rearing, perform the bulk of household duties and responsibilities and forego the acquisition of marital assets that could have been accumulated if the professional spouse had been employed rather than occupied with the study and training necessary to acquire a professional license."⁹⁸⁵

La Cour en a conclu que la licence de médecine devait être considérée comme un bien matrimonial car les efforts fournis et les chances de développer la carrière qui ont été perdues pour pouvoir acquérir cette licence, de même que l'accroissement de la capacité de gain que ce diplôme favorise, ont une valeur qui peut être évaluée en argent.⁹⁸⁶ La valeur du titre de médecine a été fixée à la différence entre les revenus d'une personne titulaire d'une maturité et les revenus d'un médecin aujourd'hui et en 2012, lorsque Michael aurait 65 ans, différence qui a ensuite été capitalisée⁹⁸⁷.

2. Le cas *Dugan* contre *Dugan*⁹⁸⁸

La Cour suprême de l'Etat du New Jersey a admis que le *goodwill* dont un conjoint bénéficiait dans son cabinet d'avocat était un bien matrimonial soumis à un partage équitable au moment de la dissolution du mariage. La Cour a estimé que le *goodwill* professionnel était un intérêt juridiquement protégé. Elle a reconnu que le *goodwill* devait être différencié de la capacité de gain future. Le *goodwill* est une réputation qui engendrera des

⁹⁸⁵ 489 N.E.2d 712 (716).

⁹⁸⁶ 489 N.E.2d 712 (717).

⁹⁸⁷ Pour plus de détails sur la manière dont le calcul a été effectué (489 N.E.2d 712 [714]).

⁹⁸⁸ Arrêt de la Cour suprême de l'Etat du New Jersey, du 28 février 1983, 457 A.2d 1.

revenus dans le futur. D'un point de vue comptable, selon la Cour suprême du New Jersey, le *goodwill* est égal à la différence entre les revenus perçus et les revenus qui seraient normalement perçus à un taux de rendement usuel. Le *goodwill* reflète des valeurs intangibles comme la qualité de *management*, la capacité d'organiser la production et la commercialisation de manière efficiente, le droit d'exploiter une entreprise à l'endroit où elle a été créée et où sa réputation s'est constituée, une raison sociale reconnue, un personnel compétent, etc.⁹⁸⁹

3. Le cas *Elkus* contre *Elkus*⁹⁹⁰

Frederica von Stade et Peter Elkus se sont mariés le 9 février 1973. Frederica commençait alors sa carrière de cantatrice par de petits rôles au Metropolitan Opera de New York. Sa carrière de cantatrice qui s'avèrera être très fructueuse prendra son envol pendant le mariage de sorte que ses revenus ont énormément augmenté durant cette période. Elle est devenue une cantatrice reconnue, a enregistré des disques, donné des concerts et est apparue à la télévision. Durant le mariage, Peter, lui-même chanteur, l'a accompagnée dans ses tournées autour du monde, a assisté aux représentations, formulé des critiques et l'a prise en photo pour des couvertures d'albums et des magazines. Il fut également son professeur de chant et coach musical pendant 10 ans. Par ailleurs, il s'est occupé de l'éducation des enfants.

La Cour a répété que les biens soumis à distribution dans l'Etat de New York ne doivent pas nécessairement répondre à la définition traditionnelle des droits réels. Ils ne doivent pas forcément avoir une valeur d'échange ou être aliénables. Il peut tout à fait s'agir de biens intangibles⁹⁹¹.

Les talents d'un acteur, d'un athlète professionnel, d'un artisan ou de toute autre personne dont l'expérience dans sa carrière lui a permis de réaliser des revenus exceptionnels doivent être considérés comme un bien matri-

⁹⁸⁹ 457 A.2d 1 (4-5).

⁹⁹⁰ Arrêt de la Division d'Appel de la Cour suprême de l'Etat de New York, du 2 juillet 1991, 572 N.Y.S.2d 901.

⁹⁹¹ 572 N.Y.S.2d 901 (902).

monial car il y a un énorme potentiel de gains dans l'exploitation commerciale de personnalités⁹⁹².

Il avait déjà été reconnu par la Cour suprême du New Jersey dans l'arrêt *Piscopo*⁹⁹³ qu'un conjoint qui avait contribué au développement de la carrière artistique de l'autre conjoint par le biais de sa contribution domestique (éducative et ménagère) avait droit à une partie de ce *goodwill* artistique au moment du divorce. En l'espèce, la contribution de Peter allait bien au-delà de services éducatifs. La Cour a donc considéré juste de lui accorder une part dans le développement de la carrière artistique de Frederica⁹⁹⁴.

Ces trois décisions illustrent trois nouveaux biens qui ont été pris en considération dans la distribution équitable des biens matrimoniaux. Cette évolution de la jurisprudence vient compenser la tendance des tribunaux à réduire la durée de la contribution d'entretien après divorce à la période nécessaire à une réintégration dans la vie active. Dans la mesure où les contributions après divorce ne jouent plus un rôle de compensation du dommage, la liquidation des biens des époux conduit à un résultat inéquitable si un élément déterminant de la fortune des conjoints, c'est-à-dire le capital humain de chacun d'eux, n'y est pas intégré. En effet, comme de plus en plus de couples investissent dans leur propre formation, investissement qui va produire des revenus à long terme, mais coûte à court terme pendant le mariage (frais d'écologie, manque à gagner durant la formation), le partage des richesses est déséquilibré s'il en est fait abstraction au moment du divorce.

Par ailleurs, ce n'est pas seulement l'accroissement du capital humain d'un conjoint qui doit être pris en considération mais la diminution du potentiel de carrière de l'autre conjoint. La renonciation d'un conjoint à sa propre carrière a également un coût qui doit être facturé aux deux conjoints au moment du divorce. *PARKMAN*, qui est favorable à une prise en considé-

⁹⁹² 572 N.Y.S.2d 901 (903-904).

⁹⁹³ 555 A2d 1190 (N.J. Super. Ct. Ch. Div 1988).

⁹⁹⁴ 572 N.Y.S.2d 901 (904).

ration de la carrière sacrifiée, exprime très bien le dommage qui se crée dans une telle hypothèse :

"The (...) spouse had human capital at marriage that was conceptually her separate property. The value of that human capital was based on some future investments often in on-the-job training to maintain her skills. If she alters her career by placing more emphasis on being a homemaker and mother or accommodating his career, the value of her human capital can decline. (...) If her after-divorce income stream has declined because of communal decisions to limit her labor market participation, she is worse off. The value of her human capital declined during the marriage. Normally, she did not make these decisions gratuitously, but with the expectation that the marriage would continue and she would receive commensurate benefits from her spouse's success. Conceptually, the couple entered into an implied indemnification contract with the wife's claim at divorce being her asset and the marriage's debt. This claim is based on the present value of the difference between her expected after-divorce earnings and those that she could have expected except for the limitations that she imposed on her career."⁹⁹⁵

Dans un commentaire de l'arrêt *Elkus*, PARKMAN à juste titre rend attentif au fait qu'il faut bien distinguer entre le capital humain existant au moment du mariage, et le capital humain qui s'est accru pendant le mariage grâce au soutien de l'autre conjoint. Il aurait été justifié en l'espèce de se pencher sur la perte en capital humain subie par Peter Elkus qui a interrompu sa carrière de chanteur pour suivre celle de sa femme. La Cour aurait dû évaluer la perte qu'il subissait du fait de son absence du monde de l'opéra tout en tenant compte du fait que les contacts qu'il a pu établir grâce à sa femme pendant le mariage pouvaient contribuer à un accroissement de ses revenus après le divorce, accroissement qui ne se serait pas produit sans le mariage⁹⁹⁶.

Par ailleurs, lorsque durant le mariage le conjoint qui a renoncé à sa carrière a déjà largement bénéficié de l'investissement qu'il a effectué dans la carrière de l'autre (niveau de vie particulièrement élevé, cadeaux effectués

⁹⁹⁵ PARKMAN, *Human Capital* (voir ci-dessus note 982), 154-155.

⁹⁹⁶ PARKMAN, *Human Capital* (voir ci-dessus note 982), 168-169.

au conjoint renonçant à sa carrière qui dépassent les présents usuels, etc.), de sorte que le montant de la perte subie peut être considéré comme compensé, il ne devrait plus y avoir lieu à versement d'un capital spécifique au moment du divorce.

Ces décisions américaines nous montrent que les régimes matrimoniaux actuels du droit suisse ne reflètent pas toutes les valeurs qui sont accumulées par les conjoints pendant le mariage. Sans importer en droit suisse une telle jurisprudence, il s'agit tout de même d'être attentif à l'importance économique de l'investissement effectué par un conjoint dans sa capacité de gain pendant le mariage et de savoir que les régimes matrimoniaux n'y apportent pas de compensation.

E. Les compensations apportées pendant le mariage

1. GENERALITES

L'article 163 CCS, qui est une des dispositions clef du nouveau droit matrimonial, prévoit que les conjoints "contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille". Chaque conjoint doit, en fonction de ses possibilités, contribuer dans une mesure équivalente. L'étendue de la contribution est donc déterminée sur la base des moyens personnels et matériels, et sur la base des forces, c'est-à-dire sur la base de ce qu'il pourrait fournir en y mettant de la bonne volonté⁹⁹⁷.

Le législateur a voulu mettre sur pied d'égalité l'homme et la femme dans le devoir de contribuer à l'entretien de la famille. Il s'agit toutefois d'une égalité matérielle en ce sens que les contributions ne doivent pas être formellement équivalentes mais les conjoints doivent avoir contribué dans une même mesure. Ainsi, la contribution du conjoint invalide sera moins importante que celle de l'autre conjoint qui est en bonne santé, mais pourtant les deux contributions seront équivalentes au regard des possibilités de chacun⁹⁹⁸. L'étendue de l'obligation de chacun dépend des possi-

⁹⁹⁷ DESCHENAUX/STEINAUER, 56.

⁹⁹⁸ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 29.

bilités respectives des conjoints. L'étendue de la contribution d'un conjoint se mesure également en fonction des possibilités de l'autre conjoint⁹⁹⁹. Le conjoint qui réalise un salaire nettement supérieur à celui de l'autre conjoint devra contribuer dans une plus grande mesure à l'entretien de la famille.

La notion d'entretien de la famille englobe "tous les besoins de la vie domestique et de la vie individuelle de chaque époux et des enfants."¹⁰⁰⁰ C'est sur la base de la capacité de gain et des circonstances personnelles concrètes des deux conjoints que l'on pourra déterminer les besoins de la famille correspondant à l'entretien convenable¹⁰⁰¹.

Les besoins de la famille englobent le logement, les vêtements, la nourriture, l'hygiène, les soins médicaux et pharmaceutiques, les impôts dus aux collectivités publiques pour les revenus et la fortune (mais uniquement dans la mesure où ces derniers contribuent à l'entretien de la famille), les primes d'assurance (maladie, accident, vie et responsabilité civile), une prévoyance vieillesse, invalidité et survivant adéquate, etc. L'entretien comprend aussi la satisfaction des besoins plus personnels des époux et des enfants. Parmi les besoins de chaque époux, il y a le besoin de sociabilité, le besoin d'apprendre et de se former, le besoin de loisirs et de distractions, et aussi dans une certaine mesure le besoin de protection juridique¹⁰⁰². Pour les enfants, leurs besoins personnels concernent avant tout les soins à leur vouer, l'éducation et la formation à leur procurer, la protection à leur assurer¹⁰⁰³.

⁹⁹⁹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 30; DESCHENAUX/STEINAUER, 56.

¹⁰⁰⁰ DESCHENAUX/STEINAUER, 56.

¹⁰⁰¹ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 7 et 22 ss.

¹⁰⁰² Pour plus de détails sur ce dernier point, voir spécifiquement HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 15.

¹⁰⁰³ DESCHENAUX/STEINAUER, 54-55; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 8 ss.

Les modes de contribution à l'entretien de la famille sont énumérés, non limitativement, dans la loi¹⁰⁰⁴. Il s'agit des prestations en argent, du travail au foyer, des soins voués aux enfants et de l'aide qu'un époux prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise. Les contributions des conjoints sont de valeur équivalente, qu'elles soient fournies sous une forme pécuniaire ou en services.

La liste donnée par le législateur n'est pas exhaustive. On pourrait donc légitimement se demander si la renonciation d'un conjoint à sa carrière professionnelle, et donc la perte économique qu'il subit de ce fait pour pouvoir se consacrer au ménage et à l'éducation des enfants, constitue également un mode de contribution à l'entretien de la famille. Il faut arriver à la conclusion que cela n'est pas possible. L'article 163 CCS envisage uniquement des contributions positives à l'entretien de la famille, c'est-à-dire des prestations telles qu'une contribution en services, en argent ou une mise à disposition d'un bien. Un manque à gagner, même s'il trouve son origine dans le partage des tâches, est une non-prestation qui ne peut pas entrer dans le cadre légal de l'article 163 CCS.

Le législateur a prévu deux dispositions qui sont favorables au conjoint au foyer pendant le mariage. La première prévoit que le conjoint qui ne dispose pas de revenus a droit à un montant équitable lui octroyant une autonomie financière analogue à celle de l'autre conjoint et la seconde prévoit une indemnisation du conjoint qui fournirait une contribution notablement supérieure à celle qu'il devrait normalement fournir. Nous allons examiner successivement ces deux dispositions et regarder dans quelle mesure elles jouent un rôle d'indemnisation du conjoint au foyer.

1004

Art. 163 al. 2 CCS.

2. L'ARTICLE 164 CCS¹⁰⁰⁵

L'égalité entre homme et femme exige que le conjoint contribuant à l'entretien de la famille sous la forme de services puisse bénéficier d'une indépendance financière analogue à celle de l'autre conjoint¹⁰⁰⁶. Il doit pouvoir disposer de certaines sommes qu'il affecte à des dépenses de son choix, que ce soit pour ses besoins culturels, ses désirs de sociabilité, ou même dans une modeste mesure pour entreprendre une formation. Ce montant équitable va au-delà de l'argent de poche qui revient à chacun des conjoints et qui est prélevé sur les montants affectés à l'entretien¹⁰⁰⁷.

Il ne s'agit en aucun cas d'une rémunération des activités domestiques du conjoint au foyer¹⁰⁰⁸. Le montant équitable n'est d'ailleurs pas calculé sur la valeur du travail effectué mais dépend des montants à disposition des conjoints une fois que l'entretien de la famille est assuré. Le but poursuivi par le législateur en créant ce montant équitable est le suivant :

"Celui qui s'occupe du ménage et de l'éducation des enfants n'a, en règle générale pas dans la même mesure que son conjoint exerçant exclusivement une activité lucrative, la possibilité de réaliser des revenus ou même de mener une carrière professionnelle, et ainsi d'être reconnu et de se forger une réputation dans la société. Cela conduit facilement à une dépendance financière, aujourd'hui encore le plus souvent de la femme à l'égard de l'homme. L'aide apportée, sans rémunération, à la profession ou à l'en-

¹⁰⁰⁵ L'article 164 CCS est formulé de la façon suivante :

II. Montant à libre disposition

¹ *L'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement.*

² *Dans la détermination de ce montant, il faut considérer les revenus propres de l'époux créancier ainsi que le devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise.*

¹⁰⁰⁶ DESCHENAUX/STEINAUER, 61; STETTLER, Effets généraux, 53-54; STAMM, 13-14; BRÄM/HASENBÖHLER, ad art. 164, n. 2.

¹⁰⁰⁷ BRÄM/HASENBÖHLER, ad art. 164, n. 6.

¹⁰⁰⁸ BRÄM/HASENBÖHLER, ad art. 164, n. 7.

treprise du conjoint, et il n'est pas rare que cela se fasse aux frais de la réalisation des propres intérêts professionnels de l'intéressé, peut conduire à un tel résultat. Ces conséquences doivent être adoucies¹⁰⁰⁹ par le biais de la contribution à libre disposition. Le but de la disposition est de valoriser la position du conjoint qui renonce, dans l'intérêt de la communauté conjugale, à exercer une activité lucrative; il doit participer à la prospérité financière de l'autre conjoint et, comme le conjoint économiquement indépendant, pouvoir disposer librement d'un montant approprié."¹⁰¹⁰

Ainsi, durant le mariage, et surtout pendant la période durant laquelle un des conjoints est au foyer, l'indemnité de l'article 164 CCS permet de réduire la différence d'autonomie financière qui existe entre les époux. Couplée avec le régime légal ordinaire, cette indemnité tient compte des intérêts de celui qui a interrompu son activité lucrative. En aucun cas l'indemnité de l'article 164 CCS ne peut être considérée, à elle seule, comme un dédommagement de la perte de la capacité de gain que subit le conjoint au foyer.

¹⁰⁰⁹ N'est pas en gras dans le texte original.

¹⁰¹⁰ BRÄM/HASENBÖHLER, ad art. 164, n. 8.

3. LA CONTRIBUTION EXTRAORDINAIRE A L'ENTRETIEN DE LA FAMILLE SOUS LA FORME DE REVENUS OU DE FORTUNE (ART. 165 AL. 2 CCS)¹⁰¹¹

Le législateur a voulu éviter de monnayer toute contribution accrue d'un des conjoints à l'entretien de la famille. Il a ainsi écarté du projet de 1979 une disposition de l'avant-projet qui prévoyait que le conjoint qui, par son travail, son revenu ou sa fortune, avait contribué aux charges du mariage dans une mesure notablement supérieure à ce qui pouvait raisonnablement être exigé de lui avait droit à une compensation¹⁰¹². Il s'est limité à retenir uniquement deux situations de contributions typiquement extraordinaires : la collaboration extraordinaire d'un époux à la profession ou à l'industrie de l'autre conjoint et la contribution pécuniaire extraordinaire aux charges du mariage. Nous examinerons uniquement la seconde pour déterminer si une contribution extraordinaire peut être effectuée sous la forme de services.

Selon le texte de l'article 165 alinéa 2 CCS, le conjoint qui, par ses revenus ou sa fortune, contribue à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait, a droit à une indemnité équitable, sauf si les prestations fournies reposent sur un rapport juridique particulier. Contrairement à l'intitulé de la note marginale, l'article 165 CCS n'est pas une disposition qui prévoit une contribution d'entretien spécifique. Il

¹⁰¹¹ L'article 165 est formulé de la façon suivante :

III. Contribution extraordinaire d'un époux :

¹ *Lorsqu'un époux a collaboré à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité équitable.*

² *Il en va de même lorsqu'un époux, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait.*

³ *Un époux ne peut élever ces prétentions lorsqu'il a fourni sa contribution extraordinaire en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou en vertu d'un autre rapport juridique.*

¹⁰¹² DESCHENAUX/STEINAUER, 65 note 41.

s'agit d'une indemnisation équitable de la contribution trop importante d'un des conjoints à l'entretien de la famille¹⁰¹³.

Dans son Message, le Conseil fédéral cite comme exemple de contribution excessive la contribution pécuniaire de la secrétaire qui, par ses revenus, a permis à son conjoint de poursuivre ses études, son conjoint demandant le divorce une fois sa formation achevée¹⁰¹⁴. Ou encore celle du conjoint qui sacrifie ses économies pour l'entretien de la famille, alors que l'autre conjoint, paresseux et dépensier, méconnaît son devoir d'entretien¹⁰¹⁵.

La prestation fournie par le demandeur doit être *notablement supérieure* à ce qu'il devait fournir en vertu de l'article 163 CCS. C'est au regard de l'ensemble des circonstances familiales et des contributions non pécuniaires fournies par chacun des conjoints que le caractère "notablement supérieur" à ce qui était dû s'appréciera¹⁰¹⁶. La prestation fournie en supplément doit être largement plus importante que ce qu'exige l'article 163 CCS¹⁰¹⁷. Le caractère "supérieur" de la contribution s'apprécie par rapport aux circonstances propres aux deux conjoints. Par contre, le caractère de "notablement" supérieur dépend des circonstances propres au demandeur¹⁰¹⁸. Il ne s'agit pas de s'en remettre à l'appréciation subjective de l'intéressé mais de regarder si sa contribution dépasse *notablement* ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui¹⁰¹⁹.

¹⁰¹³ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 165, n. 7.

¹⁰¹⁴ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1179 ss (1239, n. 214.31).

¹⁰¹⁵ Message susmentionné, FF 1979 II 1179 ss (1239, n. 214.31).

¹⁰¹⁶ En application de l'article 4 CCS.

¹⁰¹⁷ HUBER G., 181.

¹⁰¹⁸ HUBER G., 165.

¹⁰¹⁹ HUBER G., 165-166.

La contribution fournie peut l'être soit sous la forme de versements en espèces (revenus et/ou fortune¹⁰²⁰), soit sous celle de contributions en nature, telle la mise à disposition d'un appartement ou d'un bien-fonds¹⁰²¹. Une contribution d'un conjoint qui ne serait pas destinée à l'entretien de la famille mais fournie en vertu du devoir d'assistance que se doivent les conjoints peut également donner lieu à une indemnité équitable lorsque les montants n'ont pas été uniquement avancés mais qu'ils restent définitivement acquis au conjoint qui en a bénéficié¹⁰²².

Une contribution en services ne pourra jamais être considérée comme une contribution extraordinaire à l'entretien de la famille car elle n'est pas effectuée sous la forme de revenus ou de fortune comme l'exige la loi.

L'article 165 alinéa 2 CCS ne permet donc pas d'indemniser le conjoint au foyer qui, pour sa contribution à l'entretien de la famille, a effectué un sacrifice bien plus important que la valeur des services qu'il a procurés. C'est le cas du cadre qui renonce à sa carrière pour se consacrer aux tâches domestiques. Et même lorsque l'effort fourni par ce conjoint apparaît comme disproportionné au regard de l'effort fourni par l'autre conjoint pour la contribution de celui-ci à l'entretien de la famille, l'article 165 alinéa 2 CCS ne prévoit aucune compensation.

Pourtant, dans l'hypothèse où un conjoint fournit une double contribution, activité domestique et contribution pécuniaire provenant de l'exercice d'une activité lucrative à plein temps, on peut raisonnablement se demander si, sauf accord des époux sur un partage objectivement inégalitaire des tâches, le conjoint au foyer ne pourrait pas prétendre à une indemnité équitable au sens de l'article 165 alinéa 2 CCS. Sauf cas exceptionnels, comme par exemple la maladie ou l'invalidité d'un des conjoints qui ne constituerait pas un obstacle à la réalisation de revenus mais empêcherait ce conjoint de contribuer aux tâches domestiques, le fait que l'activité domestique soit entièrement assumée par un seul des conjoints, alors que les deux exercent une activité lucrative, devrait permettre au juge

¹⁰²⁰ Ces deux notions doivent être comprises de la même manière qu'en droit fiscal (BRÄM/HASENBÖHLER, ad art. 165, n. 44-50).

¹⁰²¹ DESCHENAUX/STEINAUER, 68 note 49; HUBER G., 186.

¹⁰²² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 165, n. 32.

d'arriver à la conclusion qu'un des conjoints contribue excessivement à l'entretien de la famille.

F. Conclusion

La situation actuelle ne tient pas adéquatement compte d'une valeur importante que le conjoint au foyer perd pendant le mariage et dont les conséquences se manifestent durement pour lui au moment du divorce : la diminution de son capital humain. A l'heure actuelle, ni l'article 151 alinéa 1 CCS, ni l'article 152 CCS, ni les régimes matrimoniaux, ni les dispositions des articles 164 et 165 alinéa 2 CCS ne tiennent compte de ce dommage.

Comme nous l'avons vu, la jurisprudence pourrait cependant apporter quelques améliorations à cette situation, notamment dans le cadre de l'article 151 alinéa 1 CCS et dans celui de l'article 165 alinéa 2 CCS pour la situation du conjoint ayant une double charge.

1349

VII. Le modèle traditionnel et le principe de l'égalité entre homme et femme

A. Introduction

Dans ce chapitre, nous examinerons si le modèle traditionnel et ses conséquences économiques sont conformes au principe de l'égalité entre homme et femme. Pour répondre à cette question, il est nécessaire tout d'abord d'éclaircir la notion d'égalité entre homme et femme. Le principe de l'égalité est en effet un concept complexe. Il recouvre notamment les notions d'égalité formelle et d'égalité matérielle. La première, également appelée égalité de traitement, est une conception de l'égalité qui vise à éliminer les obstacles juridiques¹⁰²³ qui existent du fait de l'appartenance à un sexe et qui empêchent de faire de libres choix (professionnels et personnels)¹⁰²⁴. Selon la seconde conception¹⁰²⁵, le principe de l'égalité exige que l'on réalise une égalité de fait entre homme et femme, dans tous les domaines de la vie¹⁰²⁶.

Il faut donc tout d'abord déterminer quelle conception de l'égalité est relevante au regard de l'article 4 alinéa 2 Cst. pour juger de la conformité du modèle traditionnel au principe de l'égalité entre homme et femme.

En outre, nous mettrons en évidence le fait que le principe de l'égalité entre homme et femme ne donne pas d'indication sur le but de politique

¹⁰²³ A noter que la doctrine allemande distingue entre une conception formelle de l'égalité de traitement qui viserait à éliminer les obstacles juridiques, et une conception matérielle qui aurait pour objectif de supprimer également les obstacles sociaux, économiques et politiques (ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen*, 31-33, se référant notamment à PFARR, SOKOL et SLUPIK).

¹⁰²⁴ ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen*, 28 ss.

¹⁰²⁵ Conception que l'on peut rapprocher de la notion d'égalité des chances (ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen*, 36).

¹⁰²⁶ KAUFMANN, citée par ARIOLI, *Frauenförderungsmassnahmen*, 34-36.

juridique¹⁰²⁷ vers lequel il doit être orienté. Par égalité de l'homme et de la femme dans la famille, on peut se référer à une situation sociale, professionnelle et économique équivalente de l'homme et de la femme, autrement dit une société qui tendrait à favoriser un partage par moitié des tâches familiales. Mais on peut aussi se référer à une société qui tient équitablement compte de certaines particularités de la femme, c'est-à-dire une société qui accommoderait les exigences liées à la maternité et à l'éducation de petits enfants, par exemple. Nous essayerons donc de rechercher le but d'égalité poursuivi, dans la Constitution ainsi que dans les dispositions des traités internationaux ratifiés pas la Suisse. Nous examinerons ensuite dans quelle mesure la législation adoptée depuis l'entrée en vigueur de l'article 4 alinéa 2 CCS est conforme aux buts recherchés.

Finalement, nous ferons une appréciation critique des options prises.

B. Le principe de l'égalité entre homme et femme à l'article 4 alinéa 2 Cst.

Avant l'adoption de l'alinéa 2 de l'article 4 Cst., l'égalité de traitement entre l'homme et la femme était déjà garantie par l'alinéa 1 de l'article 4 Cst. qui stipule que "tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles". Cependant, un traitement égal ou inégal était laissé à l'appréciation du juge qui s'inspirait des "principes dominants de l'ordre juridique"¹⁰²⁸, des conceptions dominantes quant au rôle de la femme dans la société, conceptions qui à l'époque étaient traditionnelles¹⁰²⁹, et appliquait l'égalité de façon différenciée selon le domaine dans lequel surgissait le problème. Le juge devait justifier toute différence de traitement de

¹⁰²⁷ Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 73 ss (123).

¹⁰²⁸ 100 Ia 322 (328).

¹⁰²⁹ Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 73 ss (125-127).

l'homme et de la femme. Il s'agissait d'un principe d'égalité juridique relative¹⁰³⁰ qui laissait une grande liberté d'appréciation au Tribunal fédéral¹⁰³¹.

Avec l'adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst., le constituant a voulu supprimer tout jugement de valeur quant aux personnes qui doivent être traitées également¹⁰³². Il a estimé qu'il n'était plus justifié de décider au cas par cas si l'homme et la femme devaient être considérés comme égaux en droits. Il a posé le principe d'égalité juridique absolue¹⁰³³ entre l'homme et la femme.

L'alinéa 2 de l'article 4 Cst. est formulé de la façon suivante :

L'homme et la femme sont égaux en droits. La loi pourvoit à l'égalité, en particulier dans les domaines de la famille, de l'instruction et du travail. Les hommes et les femmes ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

Ce sont les phrases 1 et 2 qui nous intéressent ici, la phrase 3 ayant un rôle limité à un domaine spécifique de l'égalité, celui de l'égalité des salaires.

La phrase 1 contient un droit fondamental directement applicable, sans effet horizontal entre les individus (*keine Drittwirkung*)¹⁰³⁴. Elle exige que le droit soit neutre du point de vue des sexes, c'est-à-dire qu'il n'y ait, en principe, pas de différence de traitement sur la base du sexe. Il est toutefois possible de démontrer qu'une exception au principe se justifie pour

¹⁰³⁰ WEBER-DÜRLER, Gleichberechtigung, 3-4.

¹⁰³¹ Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 73 ss (116).

¹⁰³² WEBER-DÜRLER, Aspekte, 358.

¹⁰³³ WEBER-DÜRLER, Gleichberechtigung, 4-5; HANGARTNER, Grundzüge, 189.

¹⁰³⁴ HÄFELIN/HALLER, 486 n. 1557; WEBER-DÜRLER, Gleichberechtigung, 16; MÜLLER G., Commentaire, 71; 117 Ia 262 (265); 114 Ia 329 (331).

des motifs biologiques ou fonctionnels¹⁰³⁵. Ainsi par exemple, des circonstances liées à la grossesse ou à la naissance permettent de déroger à l'égalité de traitement¹⁰³⁶.

Les discriminations directes comme indirectes¹⁰³⁷ sont prohibées. Il y a discrimination indirecte lorsqu'une norme juridique ou une mesure est formulée de façon neutre, c'est-à-dire qu'elle traite également tant les hommes que les femmes, mais que, dans les faits, elle a des effets plus désavantageux pour les personnes appartenant à un sexe que pour celles de l'autre sexe. Le désavantage en question résulte soit du sexe de la personne soit du rôle sexuellement stéréotypé des personnes de son sexe. Ce désavantage constitue une discrimination indirecte lorsqu'il n'est pas justifié par le but poursuivi, que le critère choisi n'est ni nécessaire ni approprié à la réalisation de la mesure¹⁰³⁸. La phrase 1 de l'article 4 alinéa 2 Cst. confère à l'égalité de traitement un statut privilégié, en tant que moyen permettant de réaliser l'égalité dans les faits.

¹⁰³⁵ Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 73 ss (141).

Les dérogations justifiées par une différence fonctionnelle sont contestées en doctrine (HANGARTNER, Grundzüge, 189; MÜLLER G., Commentaire, 73 note 339). La délimitation entre une différence d'ordre fonctionnel et une différence biologique est peu claire pour la doctrine (MÜLLER J.P. Grundrechte, 229 note 86). Il n'y a pour l'instant pas d'exemple de différences fonctionnelles qui se rattacheraient ni à une différence biologique ni à un stéréotype sur le rôle de l'homme et de la femme dans la société. Voir à ce sujet la remarque de MÜLLER à propos de l'exemple cité par WEBER-DÜRLER (MÜLLER G., Commentaire, 73 note 339).

¹⁰³⁶ MÜLLER G., Commentaire, 73.

¹⁰³⁷ ARIOLI, Rechtsfigur, 1327-1331; MADER, Gleichstellungsgesetz, 13; KAUFMANN, Gleichstellungsgesetz, 1350; *contra* : WEBER-DÜRLER, Aspekte, 376 ss.

¹⁰³⁸ ARIOLI, Rechtsfigur, 1327. Pour plus de détails voir également PFARR Heide, "Mittelbare Diskriminierung von Frauen", NZA 1986, 585 ss; PFARR Heide/BERTELSMANN Klaus, *Diskriminierung im Erwerbsleben*, Baden-Baden 1989, 111 ss; HANAU Peter/PREIS Ulrich, "Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts", ZfA 1988, 177 ss, 186 ss; KRISTEN Mathias, "Anforderung an die Rechtsfertigung einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts", RdA 1990, 282 ss.

Dans l'évolution temporelle des théories sur la réalisation de l'égalité entre homme et femme, dont le chapitre consacré aux théories féministes de l'égalité nous donne un aperçu¹⁰³⁹, la phrase 1 de l'article 4 alinéa 2 Cst. concrétise une des premières conceptions de l'égalité entre homme et femme : celle de l'égalité juridico-formelle qui prévoit l'égalité dans la loi et notamment l'alignement des femmes sur les droits des hommes¹⁰⁴⁰.

Malheureusement la suppression des discriminations juridiques ne permet pas à elle seule de résoudre le problème de l'inégalité dans les faits. En effet, le traitement identique de deux individus ne peut pas contribuer à réaliser leur égalité si leurs conditions matérielles préexistantes sont inégales et "font peser des contraintes sur les possibilités effectives d'exercer ou de jouir de droits théoriquement garantis par la loi"¹⁰⁴¹. C'est pour cette raison que le constituant de 1981 a ajouté à la phrase 1 de l'article 4 alinéa 2, une phrase 2 Cst. qui permet d'aller au-delà de l'égalité de traitement.

La phrase 2 sert de base constitutionnelle aux mesures qui permettent de favoriser le processus de réalisation de l'égalité dans les faits¹⁰⁴² entre homme et femme¹⁰⁴³. Elle va au-delà d'une réalisation de l'égalité en droit, et cherche à réaliser l'égalité en fait, en particulier dans des domaines de

¹⁰³⁹ Voir pages 348 ss.

¹⁰⁴⁰ Sur la question de l'égalité formelle en tant que première conception de l'égalité entre homme et femme, VILA COSTA, 180.

¹⁰⁴¹ VILA COSTA, 181, se référant à VOGEL-POLANSKY, Les actions positives et les contraintes constitutionnelles et législatives qui pèsent sur leur mise en oeuvre dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, 1989.

¹⁰⁴² Le fait que le mandat concerne l'égalité dans les faits ne ressort pas clairement du texte français. Par contre, le texte allemand fait clairement la distinction entre la phrase 1 qui utilise le terme "gleichberechtigt" et la phrase 2 qui parle de "Gleichstellung".

¹⁰⁴³ 116 Ib 283; 116 Ib 297; WEBER-DÜRLER, Aspekte, 366-367; HENNINGER, 166 ss; MORAND, 85 ss; KAUFMANN, Gleichstellung, 33 ss; ROSSINELLI, 253 ss; MÜLLER J.-P., Grundrechte, 231; MÜLLER G., Gleichheitssatz, 52 ss; AUER, Mesures positives, 1336 ss; ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen, 96 ss; HANGARTNER, Chancengleichheit, 512-513.

la vie comme la famille, l'instruction ou le travail¹⁰⁴⁴. La phrase 2 donne mandat au législateur de prendre des mesures qui, tout en ne se conformant pas au principe de l'égalité formelle, favorisent la réalisation de l'égalité dans les faits entre l'homme et la femme. La phrase 2 contient un mandat au législateur de réaliser l'égalité dans les faits. Dans la mesure où ce mandat, ou une partie de celui-ci, ne peut être réalisé par le juge, la phrase 2 contient donc également un partage de compétences entre les autorités d'une même collectivité¹⁰⁴⁵.

La doctrine a mis à jour une incompatibilité entre la phrase 1 et la phrase 2, qui existe effectivement lorsque ces deux phrases sont mises sur un pied d'égalité quant à leur rôle dans la Constitution. En effet, lorsque la réalisation de l'égalité dans les faits exige un traitement différent de l'homme et de la femme, par une mesure favorisant temporairement la femme par rapport à l'homme, une telle mesure, conforme à la phrase 2, viole le principe de l'égalité de traitement de la phrase 1.

Les solutions apportées par la doctrine dominante sont les suivantes. La phrase 1 et la phrase 2 doivent être placées sur pied d'égalité quant à leur importance au sein de la Constitution¹⁰⁴⁶. Il n'y a pas de prépondérance d'une phrase sur l'autre ou d'un aspect de l'égalité sur l'autre. Il faut assurer une "concordance pratique" entre ces deux dispositions¹⁰⁴⁷. Il n'est possible ni de favoriser juridiquement et d'une manière générale un sexe par le biais d'une présomption telle que "*in dubio pro femina*", ni de renoncer à toute différence de traitement entre les sexes, aussi longtemps que l'égalité dans les faits n'est pas réalisée. Il faut au contraire rechercher une solution adéquate en fonction du domaine en question¹⁰⁴⁸. Il s'agit

¹⁰⁴⁴ KAUFMANN, Gleichstellung, 34; WEBER-DÜRLER, Aspekte, 366.

¹⁰⁴⁵ Il y a compétence exclusive du législateur lorsqu'il s'agit de modifier des lois fédérales, arrêtés fédéraux de portée générale et des traités internationaux qui lient le juge, ou lorsque plusieurs solutions entrent en considération, de sorte que le choix est avant tout politique (MÜLLER G., Commentaire, 75).

¹⁰⁴⁶ MÜLLER G., Commentaire, 74; SCHWANDER CLAUS, 177; EPINEY/REFAEL, 186-187.

¹⁰⁴⁷ AUER, Mesures positives, 1347.

¹⁰⁴⁸ MÜLLER G., Commentaire, 74.

d'harmoniser les mesures de réalisation de l'égalité en fait et le principe de l'égalité de traitement juridique entre homme et femme¹⁰⁴⁹.

Selon la doctrine, cette concordance doit être assurée par un *examen de proportionnalité spécifique à la structure du principe de l'égalité*¹⁰⁵⁰. Il faut ainsi examiner si la mesure proposée est nécessaire pour atteindre le but recherché¹⁰⁵¹ et appropriée pour cela¹⁰⁵². Il faut également qu'il existe un rapport raisonnable entre l'intérêt public à la réalisation de l'égalité dans les faits et l'intérêt privé à ne pas devoir supporter une restriction au droit à l'égalité de traitement des sexes ou à d'autres droits fondamentaux¹⁰⁵³.

D'ailleurs, à notre avis, si on voit un conflit entre la phrase 1 et la phrase 2, celui-ci n'existe pas seulement en matière de mesures positives. Il existe également pour toutes les mesures qui ont été prises avant l'adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst. dans l'idée de protéger la femme et qui ne sont plus conformes au principe de l'égalité de traitement contenu dans la phrase 1, ainsi que pour toutes les mesures compensatoires, c'est-à-dire les mesures qui apportent une compensation à la femme tant que l'égalité n'est pas réalisée dans les faits.

Le conflit concerne, d'une manière plus générale, toutes les normes qui ne sont pas conformes à l'égalité de traitement et qui jouent un rôle de protection d'un groupe social encore défavorisé dans les faits, ou de compensation des désavantages économiques et/ou sociaux dont il fait l'objet. De telles normes doivent également faire l'objet d'un examen spécifique de

¹⁰⁴⁹ 116 Ib 283; 116 Ib 297.

¹⁰⁵⁰ MÜLLER G., Commentaire, 74.

¹⁰⁵¹ On regardera ici notamment dans quel délai l'égalité devrait être atteinte, cet élément permettant d'adopter des mesures plus ou moins contraignantes (MÜLLER G., Commentaire, 75).

¹⁰⁵² Il faut qu'il existe un rapport étroit entre la mesure proposée et l'inégalité de fait à supprimer (MÜLLER G., Commentaire, 75).

¹⁰⁵³ AUER, Mesures positives, 1347; MÜLLER G., Commentaire, 74-75; SCHWANDER CLAUS, 177; WEBER-DÜRLER, Aspekte, 368-369, 380; HANGARTNER, Grundzüge, 190.

proportionnalité. Lorsque les normes existent déjà, l'examen de proportionnalité doit être effectué un peu différemment de celui qui est proposé pour de nouvelles mesures. Il s'agit non pas d'évaluer si l'adoption de la nouvelle norme est apte à réaliser le but recherché, nécessaire et proportionnée, mais plutôt si la suppression de la norme protectrice ou compensatoire n'est pas contraire au but d'égalité, ainsi qu'aux principes de nécessité et de proportionnalité.

Pourtant, à notre avis, il n'y a pas de véritable contradiction car la phrase 1 et la phrase 2 ont une signification différente en matière d'égalité entre homme et femme : elles sont complémentaires. La phrase 2 définit le but de l'article 4 alinéa 2 Cst., c'est-à-dire la réalisation de l'égalité en fait entre l'homme et la femme. Le but de réalisation de l'égalité dans les faits est valable tant pour la phrase 1 que pour la phrase 2¹⁰⁵⁴. La phrase 2 effectue également un partage des compétences en donnant au législateur le mandat de réaliser l'égalité dans les faits par tous moyens, y compris par d'autres moyens que l'égalité formelle, notamment par des mesures positives. La phrase 1 indique que l'égalité formelle est un moyen privilégié de réaliser le but défini à l'article 4 alinéa 2 Cst., c'est-à-dire que cette phrase privilégie le principe de l'égalité de traitement pour la réalisation de l'égalité entre homme et femme. L'application de la phrase 1 n'est cependant justifiée que dans la mesure où elle est conforme au but poursuivi par l'alinéa 2, ou en tout cas lorsqu'elle ne s'y oppose pas. Ainsi par

1054

Voir ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen, 94-96 qui dit :

"Das Normziel des Art. 4 Abs. 2 BV besteht in der Verwirklichung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern. Damit wird klar, dass es dem Verfassungsgeber nicht nur darum gegangen sein kann, die Frauen *rechtlich* mit den Männern gleichzustellen, sondern dass, mindestens ebenso wichtig, die gesellschaftlichen Verhältnisse dahingehend verändert werden sollen, dass eine faktische Gleichstellung erreicht wird. Es kann folglich nicht angehen, rechtliche Normierung bloss formal dahingehend zu überprüfen, ob sie Frauen und Männer gleich behandeln. Die Augen vor den Auswirkungen rechtlicher Normierungen zu verschliessen würde bedeuten, nur die rechtliche Gleichstellung verwirklichen zu wollen." (ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen, 95).

Dans le même sens ROSSINELLI qui estime que la phrase 1 contient déjà quelques éléments d'égalité matérielle (ROSSINELLI, 256 et 259-260). KAUFMANN voit également une garantie de réalisation de l'égalité matérielle dans la notion d'égalité en droits (*Gleichberechtigung*) telle qu'elle est formulée à la phrase 1 (KAUFMANN, Gleichstellung, 35 ss).

exemple, la suppression d'une protection spécifique de la femme qui ne contribue pas à l'amélioration de la position sociale de celle-ci mais va au contraire encore l'affaiblir davantage ne peut être conforme au but recherché par le constituant lors de l'adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst.¹⁰⁵⁵

En conclusion, la phrase 1 et la phrase 2 forment une unité fonctionnelle que l'on ne peut rompre en créant deux principes en opposition l'un avec l'autre (égalité formelle et égalité matérielle). Ces deux phrases contiennent un partage des compétences entre le juge et le législateur : elles indiquent un moyen privilégié de réaliser l'égalité et définissent le but de politique constitutionnelle qui est poursuivi, l'égalité dans les faits. C'est donc ensemble qu'elles doivent être prises en considération, de manière complémentaire, le moyen de l'égalité formelle devant être apprécié par rapport au but de réalisation de l'égalité dans les faits. Ainsi pour examiner si la législation réglant le modèle traditionnel de répartition des tâches dans la famille est conforme au principe de l'égalité entre homme et femme, il s'agit d'examiner si celle-ci se conforme au but d'égalité dans les faits, tel que postulé à l'alinéa 2.

1055

Le Tribunal fédéral s'est récemment trouvé en tout cas à deux reprises face à ce dilemme :

Dans l'examen de la compatibilité de l'interdiction du travail du dimanche avec l'article 4 alinéa 2 Cst. (116 Ib 284 [297-298]), le Tribunal fédéral, malgré le fait que l'Ordonnance contestée était couverte par une délégation législative, a fait remarquer que la simple non-application de l'interdiction permettait seulement d'obtenir une égalité formelle entre les sexes tout en détériorant la position de la femme, sans même que celle d'un homme ayant des devoirs de famille soit améliorée. Il en a conclu qu'une telle situation relevait de la compétence du législateur qui était seul "en mesure de réaliser en même temps l'égalité formelle entre les sexes et l'égalité effective dans le cadre du travail et de la famille". Autrement dit, une application du principe de l'égalité formelle n'aurait de toute façon pas été justifiée car cela ne permettait pas de réaliser l'égalité effective.

Dans l'affaire des caisses de pension soleuroises, le Tribunal fédéral, tout en reconnaissant que le principe de l'égalité de traitement n'était pas respecté par des statuts fixant l'âge de la retraite à un moment différent pour l'homme et pour la femme, a refusé d'appliquer *in concreto* le principe, se retranchant derrière l'argument selon lequel il était de la compétence du législateur de régler cette question en raison de sa complexité et de son caractère politique, notamment de ses implications financières (117 V 318 [323-328]).

On doit constater que tant le processus d'"harmonisation" des phrases 1 et 2 de l'article 4 alinéa 2 Cst. que l'idée d'une évaluation de la méthode d'égalité à appliquer au regard du but poursuivi donnent au juge¹⁰⁵⁶ un certain pouvoir d'appréciation dans l'application du principe de l'égalité entre homme et femme (sur la question de savoir si une mesure est apte à atteindre le but recherché, si elle est nécessaire et proportionnée). C'est paradoxal lorsqu'on sait que l'alinéa 2 devait justement limiter le pouvoir d'appréciation des juges dans l'application de ce principe. Toutefois, le pouvoir d'appréciation du juge ne porte plus sur la question de principe de l'égalité entre homme et femme, mais uniquement sur les possibilités de déroger au principe de l'égalité de traitement pour réaliser l'égalité dans les faits.

Il subsiste encore une question à élucider pour avoir une bonne compréhension du principe de l'égalité dans les faits : quel est le but de politique juridique qui est poursuivi en matière d'égalité dans les faits, plus spécifiquement en matière d'égalité dans la famille ? En effet, lorsqu'on définit le but de l'article 4 alinéa 2 Cst. comme étant un but de réalisation de l'égalité entre homme et femme dans les faits, on ne définit pas encore précisément le type d'égalité qui est recherché¹⁰⁵⁷. Quelle doit être la place de la femme - et celle de l'homme - dans la société pour que l'égalité soit réalisée dans les faits ? Le femme doit-elle assumer ou pouvoir assumer le même rôle que celui de l'homme ou peut-elle choisir librement un autre rôle, qui serait considéré comme équivalent au rôle typique de l'homme ? S'agit-il par exemple d'exiger de la femme, tout comme de l'homme, qu'elle fasse carrière et travaille en principe à plein temps ou est-ce que l'égalité peut être réalisée avec un modèle traditionnel de répartition des tâches ?

On trouve différentes conceptions sur cette question. Selon Myrtha WELTI par exemple, "à l'heure actuelle, il existe de nombreuses femmes qui sont obligées de travailler, mais qui préféreraient rester au foyer. L'un des principes d'une politique judicieuse de la famille consiste (...) à permettre aux femmes de rester au foyer si elles le désirent. Egalité de traitement ne veut pas du tout dire que chaque femme doit exercer une activité lucrative

¹⁰⁵⁶ Ainsi qu'au législateur qui veut se conformer au principe de l'égalité entre homme et femme.

¹⁰⁵⁷ DELLEY, 293-296.

et entrer dans la vie professionnelle. En effet, une égalité judiciaire a pour but de permettre à chaque femme de choisir sa propre manière de vivre.¹⁰⁵⁸ Myrtha WELTI plaide donc pour un libre choix de la femme de travailler ou de rester au foyer, sans faire de distinction entre un foyer avec enfants et un foyer sans enfants.

D'autres sont favorables à une égalité des chances des femmes et des hommes dans l'accès au marché du travail et dans la société plus généralement, associée à un partage des responsabilités éducatives et ménagères¹⁰⁵⁹.

La place de la femme dans la société dépend étroitement tant de sa position dans la famille que de celle dans le monde professionnel. La sphère familiale et la sphère professionnelle sont interdépendantes en la matière¹⁰⁶⁰. Le rôle de la femme dans la famille influence nécessairement sa place dans le monde professionnel, et vice versa¹⁰⁶¹. En outre, la place de la femme dans le monde du travail influence indirectement le partage des tâches effectué par les conjoints. Par ailleurs, le modèle familial de répartition des tâches choisi par le législateur comme modèle de référence sert de *Leitbild* ou d'image de référence dans le droit des assurances sociales et joue donc également un rôle primordial pour la femme. Les rôles et positions respectifs des conjoints dans la famille ont une incidence très importante, mais non exclusive, pour la réalisation dans les faits de l'égalité entre l'homme et la femme et pour la position de la

¹⁰⁵⁸ La compensation des coûts de l'enfant en discussion, entretien avec entre autres Myrtha WELTI, cité dans la bibliographie sous Ursula HAFNER ET AL., 44.

¹⁰⁵⁹ COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS FEMININES, Rapport. 81 ss, 95 ss, 115 ss et 135 ss.

¹⁰⁶⁰ KAUFMANN, Gleichstellung, 131.

¹⁰⁶¹ L'Union européenne qui consacre l'égalité entre homme et femme (notamment à l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne ainsi que dans de nombreuses directives et résolutions), mais uniquement dans les domaines déterminés limitativement par les traités, dont la politique familiale ne fait pas expressément partie, s'est peu à peu intéressée aux problèmes liés à la famille. Voir à ce sujet l'article de VILA COSTA qui plaide pour une intégration de la dimension familiale dans l'élaboration des politiques de l'union européenne (VILA COSTA, 207 ss).

femme dans la société. Pour cette raison, nous rechercherons le but de politique juridique poursuivi dans le domaine de la famille de façon à en tirer des conclusions par rapport à la place que nous réservons à la femme en Suisse d'une manière plus générale.

C. Quel est le but de politique juridique qui est poursuivi en matière d'égalité entre homme et femme en particulier dans le domaine de la famille ?

I. INTRODUCTION

Avant de déterminer la position que le droit réserve à l'homme et à la femme dans la famille, nous examinerons brièvement les discussions féministes en matière d'égalité entre homme et femme.

2. L'EVOLUTION DES THEORIES FEMINISTES DE L'EGALITE

a) Introduction

Les deux courants féministes examinés ci-dessous ne reflètent pas toutes les tendances et positions du féminisme. Nous avons limité notre analyse au féminisme libéral et au féminisme culturaliste, car ces deux courants et les auteurs qui les caractérisent ont développé leur réflexion et idées dans le domaine du droit de la famille et, en particulier, sur la question de la position de la femme dans la famille.

D'autres courants du féminisme, tel par exemple le féminisme radical, exercent une influence importante au sein de la doctrine féministe, mais ont centré leur réflexion sur des aspects sans rapport direct avec le thème développé ici¹⁰⁶² ou sur des thèmes avant tout politiques, sans développe-

¹⁰⁶²

En droit, le féminisme radical se développe dans le cadre du mouvement de la théorie féministe de critique légale (*feminist critical legal theory*), dont les membres sont surnommés "*fem crits*" en anglais. Ce mouvement, qui se rattache au mouvement marxiste des *critical legal studies*, voit la relation entre l'homme et la femme comme une relation de pouvoir et d'oppression, dont la femme doit

ment concret en droit¹⁰⁶³. Nous nous sommes donc abstenue d'en parler¹⁰⁶⁴, le but de ce chapitre étant de résumer les différents points de vue quant à la place de la femme dans une société égalitaire.

Les auteurs auxquels nous nous référons sont principalement américains. Cela ne signifie aucunement que les autres pays n'ont pas développé de doctrine légale féministe¹⁰⁶⁵. Toutefois, nous partons du principe que la doctrine américaine, par son ampleur et sa diversité, reflète adéquatement les idées professées par le féminisme. Il va de soi qu'une analyse plus détaillée permettrait probablement de relever certaines subtiles différences entre les divers courants idéologiques. Toutefois, le but de ce travail n'est pas d'établir un tableau exhaustif du féminisme mais de relater les grands principes des deux courants ayant une influence dans le domaine du mariage et du divorce.

se libérer. Les leaders de ce mouvement sont entre autres Catharine MACKINNON et Andrea DWORKIN, qui ont notamment écrit sur des sujets touchant à la sexualité de la femme et sur la manière dont la sexualité contribuait à l'oppression de la femme dans la société (harcèlement sexuel et pornographie entre autres). Pour plus de détails, voir l'ouvrage de Catherine MACKINNON, *A Feminist Theory of the State*, Cambridge 1992; et celui d'Andrea DWORKIN, *Pornography : Men possessing Women*, Londres, 1984.

¹⁰⁶³ Pour les féministes marxistes, le développement d'une sphère domestique réservée à la femme constitue une privatisation des coûts des travailleurs aux dépens des femmes et à l'avantage des employeurs (Joan C. WILLIAMS, "Deconstructing Gender", *Michigan Law Review* 87/1988-89, 797 ss (829, et les références mentionnées).

¹⁰⁶⁴ Pour une présentation des divers courants de la pensée féministe et des idées qui les caractérisent, voir Robin WEST, "Jurisprudence and Gender", *The University of Chicago Law Review* 55/1988, 1 ss.

¹⁰⁶⁵ Une doctrine féministe intéressante est développée notamment au Canada, en France et en Angleterre.

b) Vue des juristes féministes libérales

Ce courant est né dans les années 60 de la volonté des femmes d'entrer sur le marché du travail aux mêmes conditions que les hommes¹⁰⁶⁶. Les féministes libérales nient toute différence importante entre l'homme et la femme. Pour elles, l'homme et la femme sont égaux et doivent être traités de manière identique, sauf exceptions biologiques¹⁰⁶⁷.

Pour les féministes libérales, l'idéal de complémentarité entre l'homme et la femme ainsi que les idées de séparation des sphères d'influence (marché/famille) sont porteurs d'inégalités. Toute séparation entre la sphère de l'homme et celle de la femme est contraire au principe de l'égalité. Les femmes sont encouragées à exercer des activités professionnelles, tandis que le statut de ménagère à plein temps est dévalorisé¹⁰⁶⁸.

En droit, les juristes féministes libérales estiment que les règles doivent être les mêmes pour l'homme comme pour la femme car les situations sont les mêmes. Le critère du sexe n'est donc pas un critère adéquat pour distinguer l'homme de la femme. L'accent est mis sur des règles formulées de manière neutre. L'égalité doit être réalisée au travers de règles adoptant des principes qui s'appliquent à la femme comme à l'homme, sans référence au sexe. Le but ultime du féminisme libéral est d'intégrer en douceur les femmes dans le système politico-juridique en place. Contraire-

¹⁰⁶⁶ June CARBONE/Margaret F. BRINIG, "Rethinking Marriage : Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform", *Tulane Law Review* 65/1991, 953 ss, 974.

¹⁰⁶⁷ KAY définit les exceptions biologiques de la façon suivante : "biological reproductive sex differences should be relevant for legal purposes only during the discrete episodes when they are being exercised. During those episodes, measured roughly from the sexual union of sperm and egg that initiates conception through the changes that are characteristic of pregnancy and culminating in the termination of pregnancy through childbirth, miscarriage, or abortion, women and men function differently." (Herma Hill KAY, "Equality and Difference : A Perspective on No-Fault Divorce and its Aftermath", *University of Cincinnati Law Review* 56/1987-88, 1 ss, 17).

¹⁰⁶⁸ CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066), 975.

ment aux féministes culturalistes¹⁰⁶⁹, elles n'envisagent aucune restructuration de la société.

Les féministes libérales prônent donc un traitement identique de l'homme et de la femme. Elles partent de l'idée que les caractéristiques spéciales de la femme, c'est-à-dire le fait de porter et mettre au monde l'enfant, ont suscité jusqu'ici une législation paternaliste et protectrice qui forçait la femme à rester à la maison. Elles pensent que les femmes ne peuvent pas demander à être les égales des hommes et en même temps dans certaines situations réclamer un traitement préférentiel. Elles estiment par exemple qu'en matière de droit du travail, le fait d'être enceinte devrait être traité comme toute autre incapacité de travail¹⁰⁷⁰.

Aux Etats-Unis, le mouvement du divorce sans faute, selon lequel la faute ne joue plus de rôle pour le prononcé du divorce et pour la répartition des conséquences économiques du divorce, est imprégné de l'idéologie égalitaire libérale¹⁰⁷¹. La modification des règles sur le divorce a fait partie d'une grande redéfinition des règles non neutres du droit de la famille, ayant pour but de permettre aux femmes de fonctionner comme acteur économique sur le marché du travail¹⁰⁷².

Auparavant, le mariage "protégeait" la femme contre les conséquences économiques pénibles qui en résultaient pour elle en rendant le divorce difficile et en assurant une sécurité financière à la femme qui s'acquittait de sa prestation, à savoir les activités domestiques. Lorsque l'épouse

¹⁰⁶⁹ Voir ci-dessous page 352. A noter que les féministes radicales ont également pour but de remodeler la société.

¹⁰⁷⁰ Lucinda M. FINLEY, "Transcending Equality Theory : A Way out of the Maternity and the Workplace Debate", *Columbia Law Review* 86/1986, 1118 ss (1145-1146).

¹⁰⁷¹ Martha Albertson FINEMAN, "Implementing Equality : Ideology, Contradiction and Social Change, A Study of Rhetoric and Results in the Regulation of the Consequences of Divorce", *Wisconsin Law Review* 1983, 789 ss (821-825) (ci-après Equality); FINEMAN, *The Illusion of Equality*, Chicago et Londres 1991, 28 ss (33-34) (ci-après Illusion); CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066), 975-982.

¹⁰⁷² FINEMAN, Illusion (voir ci-dessus note 1071), 29.

s'était fidèlement acquittée de ses tâches et qu'elle n'était pas responsable de la désunion, elle était sûre de voir sa sécurité financière garantie.

La modification des règles sur le mariage a transformé celui-ci en un *partnership*, autrement dit en une association de deux individus qui sont placés sur pied d'égalité¹⁰⁷³. Avec le divorce sans faute, le mariage ne doit plus constituer une source de sécurité économique pour la femme. Les tribunaux ont peu à peu exigé de la femme qu'elle développe ses propres ressources financières après le divorce, estimant que sur cette question, hommes et femmes devaient aussi être mis sur pied d'égalité. Selon les féministes libérales, le postulat d'égalité exige que l'on répartisse de manière égale entre l'homme et la femme la charge que représente la nécessité de subvenir à son entretien après le divorce¹⁰⁷⁴. Les féministes libérales mettent en garde contre l'extension des indemnités accordées après divorce. Elles estiment que les femmes atteindront une égalité matérielle seulement lorsqu'elles auront atteint l'indépendance financière. Elles pensent que la société ne doit accorder aucun soutien aux femmes assumant des rôles familiaux traditionnels. Idéalement, l'éducation des enfants devrait être prise en charge par les deux parents, l'autorité parentale conjointe après le divorce devant peu à peu devenir la norme. De cette façon, les conséquences économiques (professionnelles) liées à l'éducation des enfants¹⁰⁷⁵ seraient équitablement réparties entre les conjoints.

¹⁰⁷³ FINEMAN, *Illusion* (voir ci-dessus note 1071), 24.

¹⁰⁷⁴ Lenore J. WEITZMAN et Ruth B. DIXON, "The Alimony Myth : Does No-Fault Divorce Make a Difference ?", *Family Law Quarterly* 14/1980, 141 ss (185); sur la base d'une enquête effectuée en Californie entre 1968 et 1977, elles arrivent à la conclusion que les juges ont tendance à penser que le fardeau que représente l'obligation de subvenir à son propre entretien doit être mis à la charge de chacun des conjoints, alors que la situation et la capacité de pourvoir à son entretien sont en règle générale et du fait du mariage réparties inégalement entre homme et femme.

¹⁰⁷⁵ KAY (voir ci-dessus note 1067), 80-81, 85-87.

c) Vue des juristes féministes culturalistes

Le courant du féminisme culturaliste¹⁰⁷⁶ s'est développé au travers d'écrits en psychologie, sociologie, histoire, philosophie, anthropologie ou littéraires qui sont tous partis de l'idée que la femme avait une perspective unique sur le monde et la société, en de nombreux points différente de la perspective de l'homme¹⁰⁷⁷. L'ouvrage le plus influent du féminisme culturaliste est celui de la psychologue Carol GILLIGAN¹⁰⁷⁸ "In a different Voice", qui fut à la base du mouvement. L'auteur explique la différence entre l'homme et la femme sur la base de critères psychologiques.

Selon le courant du féminisme culturaliste, la femme est plus fortement influencée par les liens qui unissent les individus les uns aux autres, les rapports entre l'individu et la communauté. L'homme a, au contraire, une

¹⁰⁷⁶ Aussi appelé *féminisme relationnel*, *relational feminism* en anglais (WEST [voir ci-dessus note 1064], 807, elle-même se référant à une terminologie utilisée par OFFEN, "Defining Feminism : A Comparative Approach", *Signs* 14/1988, 119 ss [135]) ou *féminisme de la différence* en relation avec le titre du livre de Carol GILLIGAN, *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge (Mass.) 1993.

¹⁰⁷⁷ Ainsi par exemple, en psychologie, des études arrivent à la conclusion que le développement moral et l'idée de soi-même (*concept of self*) peuvent être différents entre homme et femme; en littérature, il est suggéré que la façon d'écrire de la femme reflète une perspective radicalement différente de celle de l'homme. Toutes ces études ont cependant un point commun. Elles voient le cœur de la différence entre l'homme et la femme dans une approche différente des choses : la femme met l'accent sur les relations humaines et l'intimité, l'homme porte son attention sur la séparation d'avec l'autre et l'autonomie. Pour plus de détails, voir Suzanna SHERRY, "Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication", *Virginia Law Review* 72/1986, 543 ss (580, ainsi que les références mentionnées).

¹⁰⁷⁸ GILLIGAN, *In a Different Voice* (voir ci-dessus note 1076); voir également Nancy CHODOROW, *Reproduction of Mothering : Psychoanalysis and the Sociology of Gender*, Berkeley 1978; Jean Baker MILLER, *Toward a New Psychology of Women*, Boston, 2e éd. 1986; Suzanna SHERRY, *Civic Virtue* (voir ci-dessus note 1077); SMITH-ROSENBERG, "The Female World of Love and Ritual : Relations between Women in Nineteenth Century America", in *A Heritage of her Own, Toward a New Social History of American Women*, 1979; Betty FRIEDEN, *The Second Stage*, New York 1986.

vision qui met l'accent sur la séparation entre lui et les autres et sur sa propre autonomie. La femme est très influencée par le contexte dans lequel un problème se pose. L'homme au contraire aime raisonner en termes abstraits. PIAGET a ainsi mis à jour que les petites filles et les petits garçons abordent les règles de jeu différemment. Les filles considèrent les règles comme plus flexibles, moins rigides que les garçons. En outre, elles auront tendance à interrompre un jeu lorsque survient une dispute pour préserver la relation d'amitié¹⁰⁷⁹ avec le partenaire de jeu.

Finalement, la façon d'envisager les problèmes est différente. La femme aura tendance à rechercher les responsabilités de chacun dans la relation, tandis que l'homme recherchera les droits de chacun. Ainsi, selon GILLIGAN, une femme confrontée à un homme qui a volé un médicament pour aider sa femme mourante mettra l'accent sur la compassion que le pharmacien doit avoir pour la situation difficile dans laquelle se trouvait le mari, tandis que l'homme recherchera les droits respectifs des parties¹⁰⁸⁰.

Ces différences influencent tous les aspects de la vie de la femme, sa façon d'apprendre et de percevoir les choses, son goût esthétique, son développement psychologique, sa sensibilité littéraire. WEST décrit ces différences de la façon suivante :

"As a consequence, women's ways of knowing are more «integrative» than men's; women's aesthetic and critical sense is «embroidered» rather than «laddered»; women's psychological development remains within the sphere of «attachment» rather than «individuation»."¹⁰⁸¹

Chez la femme, l'éthique des relations avec les autres est également plus imprégnée de sentiments nourriciers, d'amour, d'affection et d'une attitude de responsabilité envers les autres, que chez l'homme.

¹⁰⁷⁹ Jean PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Paris 1992, 82, cité par SHERRY (voir ci-dessus note 1077), 587 dans sa version traduite en anglais.

¹⁰⁸⁰ GILLIGAN (voir ci-dessus note 1076), 73, cité par SHERRY (voir ci-dessus note 1077), 590.

¹⁰⁸¹ Robin WEST (voir ci-dessus note 1064), 16.

"The moral imperative (...) for women is an injunction to care, a responsibility to discern and alleviate the «real and recognizable trouble» of this world. For men, the moral imperative appears rather as an injunction to respect the rights of others and thus to protect from interference the rights to life and self-fulfillment."¹⁰⁸²

La femme accorde de l'importance à des valeurs comme l'intimité, elle développe des capacités éducatives (*nurturance*) et de soins pour les autres. Elle a un sens particulier pour les relations avec les autres que les hommes n'ont pas. Ce sens lui apporte une façon d'apprendre, un développement moral, un sens de l'esthétique et une vision du monde et de la place de chacun dans le monde qui sont en contraste total avec ceux de l'homme¹⁰⁸³.

Les féministes culturalistes ne sont pas unies sur la source de cette différence. Certaines ont apporté une réponse de nature psychologique à cette question. Comme c'est la femme qui met au monde et élève les enfants, ceux-ci développent leur identité et leur ego sur la base de ce rapport avec la mère¹⁰⁸⁴. Ainsi, la fille aura un sentiment d'identité avec sa mère, car toutes les deux sont du même sexe, tandis que le garçon, du fait de la différence de sexe entre lui et la mère, va développer son identité propre sur la base d'un sentiment de différence et de séparation envers la mère.

Selon ce raisonnement, le garçon éduqué par son père devrait avoir un sentiment d'identité avec celui-ci et donc développer une personnalité plus largement imprégnée des relations entre les individus et moins

¹⁰⁸² GILLIGAN (voir ci-dessus note 1076), 100, citation reprise de WEST (voir ci-dessus note 1064), 18.

¹⁰⁸³ WEST (voir ci-dessus note 1064), 15.

¹⁰⁸⁴ GILLIGAN met l'accent sur le fait que c'est la mère qui s'occupe à titre principal de l'enfant. D'autres féministes culturalistes implicitement ou explicitement arrivent à la conclusion que si c'est la mère qui s'occupe de l'enfant à titre principal, c'est parce que c'est elle qui l'a mis au monde (Nancy CHODOROW [voir ci-dessus note 1078], 167, cité par WEST [voir ci-dessus note 1064], 16; WEST, 20-21). Les études actuelles sur la psychologie de l'enfant arrivent à la conclusion que la mère n'est pas indispensable au développement harmonieux de l'enfant. L'enfant, même très jeune, ne subit aucun préjudice du fait que le père s'en occupe à titre principal.

influencée par la séparation entre lui et les autres¹⁰⁸⁵. Les féministes culturalistes partageant cette idée d'une différence qui trouve son origine dans les relations des enfants avec la mère n'ont pourtant pas poussé leur réflexion jusque-là. Elles ne semblent pas questionner l'idée d'une prise en charge de l'éducation des enfants par la femme.

D'autres féministes culturalistes ont lié cette différence de la femme à des facteurs biologiques¹⁰⁸⁶ (la femme met au monde les enfants, les allaite ; elle est donc naturellement nourricière à leur égard) et/ou sociologiques¹⁰⁸⁷ (des rapports patriarcaux entre homme et femme socialisent la femme dans ce rôle maternel)¹⁰⁸⁸.

Les idées directrices du féminisme culturaliste peuvent être résumées de la façon suivante :

"Women's potential for a material connection to life entails (...) an experiential and psychological sense of connection with other human life, which in turn entails both women's concept of value, and women's concept of harm. Women's concept of value revolves not around the axis of autonomy, individuality, justice and rights, as does men's, but instead around the axis of intimacy, nurturance, community, responsibility and care. For women, the creation of value, and the living of a good life, therefore depend upon relational, contextual, nurturant, and affective responses to the needs of those who are dependent and weak, while for men the creation of value and the living of a good life, depend upon the ability to respect the rights of independent co-equals, and the deductive, cognitive ability to infer from those rights rules for safe living. Women's concept of harm revolves not around a fear of annihilation by other but

¹⁰⁸⁵ Voir ci-dessus note 1077.

¹⁰⁸⁶ Marilyn FRENCH, *Beyond Power*, Londres 1985, 40-41, cité par WEST (voir ci-dessus note 1064), 24-25; Nel NODDINGS, *Caring : A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, Berkeley 1984.

¹⁰⁸⁷ FRENCH (voir ci-dessus note 1086), cité par WEST (voir ci-dessus note 1064), 25.

¹⁰⁸⁸ Pour d'autres références encore sur les diverses explications de l'origine des différences entre homme et femme, voir SHERRY (voir ci-dessus note 1077), 580-581 note 168.

around a fear of separation and isolation from the human community on which she depends, and which is dependent upon her."¹⁰⁸⁹

Les féministes culturalistes ont pour idéal une société qu'elles auraient remodelée et qui intégrerait les valeurs propres à la femme. Elles souhaitent transformer la société actuelle, construite à l'image de l'homme, et redonner de l'importance à certaines valeurs féminines comme par exemple le sens de la responsabilité à l'égard des autres et des liens entre les individus, le dévouement, l'altruisme et l'affection (*caring*)¹⁰⁹⁰. Cette société donnerait de l'importance aux relations entre les individus plutôt qu'à la compétition entre eux, mettrait l'accent sur la négociation plutôt que sur le combat, sur la communauté plutôt que sur l'intérêt individuel¹⁰⁹¹.

En droit, les féministes culturalistes rejettent la neutralité des règles car cela a pour effet d'ignorer la réalité dans laquelle vivent les femmes. Pour elles, il faut accommoder le droit à la situation spécifique de la femme. Cela signifie que dans certains cas, les règles ne seront pas les mêmes pour l'homme et pour la femme. Elles souhaitent qu'il y ait deux sortes de règles : les règles qui s'appliquent également à l'homme et à la femme et les règles qui réservent un traitement spécial à la femme lorsqu'il existe des différences (notamment biologiques) entre homme et femme, de façon à ce que le résultat final soit le même pour l'homme et pour la femme¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ WEST (voir ci-dessus note 1064), 28.

¹⁰⁹⁰ GILLIGAN (voir ci-dessus note 1076), 19-21, 64-66, 70-71, 82-83.

¹⁰⁹¹ WILLIAMS (voir ci-dessus note 1063), 811, se référant aux travaux de KARST, MENKEL-MEADOW, GILLIGAN ET WEST.

¹⁰⁹² FINLEY (voir ci-dessus note 1070), 1147; à noter que FINLEY rejette la qualification de traitement spécial pour des règles qui favorisent le congé maternité par exemple. Elle estime qu'il s'agit de règles issues d'une nouvelle vision - mettant l'accent sur les besoins humains et le devoir de responsabilité envers les autres - de la société dans laquelle hommes et femmes ont la possibilité de combiner travail et investissement dans la famille (1182). Le point de vue de FINLEY, qui s'écarte des argumentations centrées sur l'égalité, pourrait permettre au législateur de créer des règles plus imaginatives, répondant mieux aux besoins réels.

Les juristes féministes culturalistes ont écrit dans des domaines très divers¹⁰⁹³. En matière de partage des tâches entre les conjoints, elles sont favorables à une combinaison des activités domestiques et du travail professionnel. Elles demandent que le rôle domestique soit réévalué et respecté dans la société¹⁰⁹⁴. Elles cherchent également à promouvoir des améliorations sur le lieu du travail, à éliminer les discriminations à l'engagement, à assurer des structures adéquates pour la garde des enfants pendant la journée, à accommoder au mieux la responsabilité pour l'éducation des enfants et le travail professionnel, sans conduire à une marginalisation du parent chargé de l'autorité parentale¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹³ Voir notamment les écrits de : Judith AREEN, "A need for Caring", *Michigan Law Review* 86/1988, 1067 ss; FINLEY, *Transcending Equality Theory* (voir ci-dessus note 1070); Kenneth L. KARST, "Woman's Constitution", *Duke Law Journal* 1984, 447 ss; Marjorie E. KORNHAUSER, "The Rethoric of the Anti-Progressive Income Tax Movement : A typical Male Reaction", *Michigan Law Review* 86/1987-88, 465 ss; Carrie MENKEL-MEADOW, "Portia in a Different Voice : Speculations on a Women's Lawyering Process", *Berkeley Women's Law Journal* 1/1985, 39 ss; Martha MINOW, "Rights for the Next Generation : A Feminist Approach to Children's Rights", *Harvard Women's Law Journal* 9/1986, 1 ss; RIFKIN, "Mediation from a Feminist Perspective : Promise and Problems", *Law and Inequality : J. Theory and Prac.* 2/1984, 21 ss; Ann C. SCALES, "The Emergence of Feminist Jurisprudence : An Essay", *Yale Law Journal* 95/1986, 1373 ss; Elizabeth M. SCHNEIDER, "The Dialectic of Rights and Politics : Perspectives from the Women's Movement", *New York University Law Review* 61/1986, 589 ss, tous cités par WILLIAMS (voir ci-dessus note 1063), 803 note 17.

¹⁰⁹⁴ Mary P. RYAN, *Womanhood in Changing Patterns in American Culture*, 1977.

¹⁰⁹⁵ Quelques références : Mary Joe FRUG, "Securing Job Equality for Women : Labor Market Hostility to Working Mothers", *Boston University Law Review* 59/1979, 55 ss; HARTMANN, "Achieving Economic Equity for Women", in *Winning America : Ideas and Leadership for the 1990s*, Marcus RASKIN/Chester HARTMAN (éds), Boston/Washington 1988, 99; Nadine TAUB, "From Parental Leaves to Nurturing Leaves", *New York University Review of Law and Social Change* 13/1984-85, 381, tous cités par CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066), 984 note 144.

Ce courant de pensée n'est pas resté sans critiques¹⁰⁹⁶. Il est en effet confronté à certains problèmes dans le cadre de la discussion sur l'égalité de la femme et de l'homme. Avant de se voir reconnaître un statut égal à celui de l'homme, la femme a fait l'objet pendant très longtemps d'un traitement spécial, de règles de protection et d'incapacité qui la plaçaient dans une position inférieure à celle de l'homme. Il est aujourd'hui difficile de soutenir que la femme, pour être l'égale de l'homme, doit faire l'objet d'un traitement spécial. Il est encore plus difficile de délimiter les cas dans lesquels un traitement différent sera toléré et surtout de créer les solutions qui, tout en traitant différemment la femme¹⁰⁹⁷, seront conformes au principe de l'égalité.

En outre, cette rhétorique de la différence des femmes peut être utilisée au détriment des intérêts de celles-ci. Leur volonté de se consacrer à la famille plutôt qu'à une carrière, de préférer un environnement professionnel coopératif et amical plutôt que d'obtenir un avancement peut se révéler être une argumentation à double tranchant¹⁰⁹⁸.

Par ailleurs, il est reproché au féminisme culturaliste d'encourager les femmes à effectuer des choix qui contribuent à leur marginalisation éco-

¹⁰⁹⁶ Selon une des critiques les plus acerbes, le féminisme de la différence a un certain poids dans les milieux féministes car il offre une critique du système capitaliste qui est moins agressive (*strident*) que les critiques des féministes radicales : "It is Marxism you can take home to mother" (WILLIAMS [voir ci-dessus note 1063], 820 et citations note 95).

¹⁰⁹⁷ La question se pose notamment pour les mesures positives.

¹⁰⁹⁸ Ainsi, aux Etats-Unis, l'entreprise Sears, accusée de discrimination à l'égard des femmes en matière de promotion au sein de l'entreprise, a pu justifier son faible pourcentage de femmes dans les postes à rémunération plus élevée en utilisant les arguments développés par les féministes culturalistes. Sears a soutenu avec succès que les femmes choisissaient de rester dans des positions subalternes, de façon à pouvoir bénéficier d'un environnement professionnel plus coopératif et d'horaires plus flexibles, ce qui leur donnait la possibilité de combiner travail professionnel et vie familiale comme elles le souhaitaient. Voir *EEOC v. Sears*, 628 F. Supp. 1264, *aff'd*, 839 F.2d.302 (7th Cir. 1988), expliqué par Joan C. WILLIAMS (voir ci-dessus note 1063), 813 ss.

nomique, c'est-à-dire d'encourager les femmes à s'occuper de la famille et du foyer au détriment de leur indépendance financière¹⁰⁹⁹.

Aux Etats-Unis, cette redécouverte du côté maternel de la femme a conduit à un réexamen des conditions financières du divorce. En particulier, Lenore WEITZMAN a mis l'accent sur le fait que le divorce a un impact très différent sur l'homme et sur la femme. Elle a mis en évidence la situation financière désastreuse des femmes divorcées ayant de jeunes enfants à charge.

Un des premiers effets de ce courant a été de reconsidérer le soutien accordé aux femmes après divorce. Suite à la tendance américaine à favoriser une séparation *clean break*¹¹⁰⁰, influencée par la rhétorique d'égalité des féministes libérales¹¹⁰¹, les tribunaux ont cherché à accorder à la femme des indemnités destinées à couvrir les sacrifices de carrière effectués dans l'intérêt des enfants ou de la carrière du mari¹¹⁰². Il a fallu se rendre compte que les indemnités transitoires accordées aux femmes pour

¹⁰⁹⁹ Joan C. WILLIAMS (voir ci-dessus note 1063), 819.

¹¹⁰⁰ Sur la notion de *clean break*, voir ci-dessus page 278.

¹¹⁰¹ FINEMAN, *Equality* (voir ci-dessus note 1071), 821-825; FINEMAN, *Illusion* (voir ci-dessus note 1071), 33-34; CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066), 975-982.

¹¹⁰² Voir les arrêts suivants : *Grove v. Grove* 280 Or. 341, 351-52. 571 P.2d 477, 484-85 (1977); *Lash v. Lash*, 307 So 2d 241, 243 (Fla. Dist. Ct. App. 1975); Joan KRAUSKOPF, "Recompense for Financing Spouse's Education : Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital", *Kansas Law Review* 28/1980, 379 ss, 411; Elizabeth SMITH BENNINGER et Jeanne Wielage SMITH, "Career Opportunity Cost : A Factor in Spousal Support Determination", *Family Law Quarterly* 16/1982, 201 ss; Mary O'CONNELL, "Alimony After No-Fault : A Practice in Search of a Theory", *New England Law Review* 23/1988, 437 ss, 498-506; O'KELLY, "Entitlements to Spousal Support After Divorce", *North Dakota Law Review* 61/1985, 225; WEITZMAN/DIXON (voir ci-dessus note 1074), 141 ss; Ira M. ELLMAN (voir ci-dessus note 615), 3 ss, pour une justification des indemnités après divorce presque exclusivement sur la base d'une compensation de la perte des opportunités de carrière et de l'investissement dans la carrière ou les diplômes du mari.

encourager leur indépendance financière ne compensaient pas adéquatement la contribution de la femme à l'éducation des enfants¹¹⁰³.

Selon CARBONE/BRINIG, l'idéal actuel est de combiner le travail professionnel et l'éducation des enfants. Il ne suffit pas que la femme s'occupe seulement des enfants. Les deux parents effectueront un travail professionnel et domestique mais l'égalité entre homme et femme n'exige pas qu'ils le fassent dans des proportions identiques. La nouvelle idéologie de l'égalité décourage l'idée que le mariage assure la sécurité financière de la femme en contrepartie des services domestiques qu'elle fournit, mais réaffirme le rôle primaire de la femme dans l'éducation des enfants et tient compte de ses sacrifices de carrière, lorsque ceux-ci sont effectués de manière temporaire, dans l'intérêt des enfants ou du conjoint¹¹⁰⁴.

3. L'ARTICLE 4 ALINEA 2 CST.

Malheureusement, le constituant n'a pas été très disert sur la place que le droit devait faire à la femme dans la société, et en particulier dans la famille¹¹⁰⁵. L'article 4 alinéa 2 Cst. et les travaux préparatoires ne permettent pas de déterminer précisément la place que la femme occupera dorénavant dans la famille.

L'article 4 bis alinéa 2 de l'initiative populaire pour "l'égalité des droits entre hommes et femmes" proposait d'introduire le principe des "mêmes droits et mêmes devoirs dans la famille" pour l'homme et pour la femme. Cette disposition s'inspirait de certains textes internationaux¹¹⁰⁶ qui forment le principe du partage des responsabilités entre les conjoints pendant le mariage et à sa dissolution. Cet article aurait pu servir de fonde-

¹¹⁰³ Joan KRAUSKOPF, "Maintenance : A Decade of Development", *Missouri Law Review* 50/1985, 259 ss (281, 295), cité par CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066).

¹¹⁰⁴ CARBONE/BRINIG (voir ci-dessus note 1066), 986-987.

¹¹⁰⁵ KAUFMANN, Gleichberechtigung, 157.

¹¹⁰⁶ Voir ci-dessous page 362.

ment à un modèle légal qui aurait utilisé le partage des tâches domestiques par moitié entre les époux comme image de référence.

Un contre-projet à l'initiative a toutefois renoncé à régler cette question dans la Constitution et a mis dans la sphère de compétence du législateur la question de l'organisation des époux pour l'entretien de la famille. Le législateur a donc été laissé libre de prévoir un mode de partage des tâches et des responsabilités conforme à l'égalité entre homme et femme, sans que la Constitution ne lui donne d'indication très précise sur la manière de le faire¹¹⁰⁷.

En conclusion, l'article 4 phrase 2 Cst. ne donne pas véritablement d'indication sur la position de la femme dans la famille et dans la société en général.

4. LE DROIT INTERNATIONAL

Plusieurs textes internationaux liant la Suisse garantissent l'égalité entre homme et femme comme droit fondamental et précisent certains aspects spécifiquement protégés. Nous présenterons brièvement les dispositions de droit international garantissant le principe de l'égalité des sexes en mettant toutefois l'accent sur les dispositions spécifiquement consacrées à l'égalité dans le partage des tâches d'entretien de la famille. Nous retiendrons également les textes qui consacrent l'égalité lors de la dissolution de l'union conjugale, puisque c'est à ce moment que prend fin la solidarité conjugale et que se concrétise le dommage lié à un modèle traditionnel de partage des tâches.

¹¹⁰⁷ FF1980 I 73 ss (136-137).

a) Au niveau des Nations Unies

(1) Les Pactes des Nations Unies de 1966

Les deux Pactes des Nations Unies, celui relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966¹¹⁰⁸ (Pacte I) et celui relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966¹¹⁰⁹ (Pacte II) contiennent, à l'article 2 alinéa 2¹¹¹⁰ et à l'article 3¹¹¹¹ pour le premier et à l'article 2 alinéa 1¹¹¹² et à l'article 3¹¹¹³ pour le second, une clause de non-discrimina-

¹¹⁰⁸ Le Pacte I a été ratifié par la Suisse le 18 juin 1992. Il est entré en vigueur pour notre pays le 18 septembre 1992 (RS 0.103.1; RO 1993 724 [738]).

¹¹⁰⁹ Le Pacte II a été ratifié par la Suisse le 18 juin 1992. Il est entré en vigueur pour notre pays le 18 septembre 1992 (RS 0.103.2; RO 1993 747 [771]).

¹¹¹⁰ Le texte de l'article 2 alinéa 2 est le suivant :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre distinction.

Comme la plupart des dispositions du Pacte I (120 Ia 11-12), cet article n'octroie pas de droit directement applicable. Il s'applique en relation avec les obligations à caractère de programme contenues dans le Pacte I (LEUZINGER-NAEF, Bedeutung, 1506).

¹¹¹¹ L'article 3 est formulé de la façon suivante :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte.

¹¹¹² L'article 2 alinéa 1 est formulé de la façon suivante :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

tion dans la garantie des droits reconnus et un droit égal au bénéfice des droits et libertés qu'ils consacrent. En outre, l'article 26 du Pacte II garantit le principe de l'égalité entre homme et femme et interdit toute discrimination fondée sur le sexe¹¹¹⁴. Cette interdiction de toute discrimination déploie un effet entre particuliers, de sorte que les individus doivent être protégés contre des mesures discriminatoires provenant de tiers. Il s'agit cependant d'un effet horizontal indirect doublé d'une obligation à la

L'article 2 alinéa 1 n'est pas un droit indépendant puisqu'il se limite à interdire toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés contenus dans le Pacte II. Il a par contre une portée autonome de sorte qu'il n'est pas lié à la violation préalable d'un autre droit du Pacte II (MALINVERNI, Pacte international, 156).

1113 Le texte de l'article 3 est le suivant :

Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte.

Cet article n'a pas non plus de portée indépendante et n'a pas de portée plus grande que l'article 26 (voir ci-dessous). Il est également comparable à l'article 2 alinéa 2 bien qu'il crée en plus une obligation positive à la charge des Etats, qui doivent assurer le droit égal de l'homme et de la femme de jouir des droits énoncés dans le Pacte II. Il constitue par contre un droit autonome (MALINVERNI, Pacte international, 158-160).

1114 Le texte de l'article 26 est le suivant :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

L'article a une portée indépendante. Toutefois, la Suisse a formulé une réserve à cet article aux termes de laquelle l'égalité prévue par la disposition n'est garantie qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le Pacte II (RS 0.103.2; RO 1993 747ss). La réserve de la Suisse a donc fait perdre au droit conféré par l'article 26 sa portée indépendante.

A noter que l'article n'interdit pas seulement toute inégalité de traitement de la part de l'Etat. Il met également à la charge de ce dernier le devoir d'adopter des mesures positives en vue de protéger les particuliers contre toute discrimination (MALINVERNI, Pacte international, 158). Pour la Suisse ce devoir ne peut qu'être lié aux droits et libertés garantis par le Pacte II.

charge de l'Etat de prendre les mesures permettant de faire cesser les pratiques discriminatoires entre particuliers¹¹¹⁵.

Plus spécifiquement en rapport avec la famille, l'article 23 chiffre 4 du Pacte II engage les Etats parties à prendre les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution¹¹¹⁶. Le terme dissolution englobe également la dissolution par divorce¹¹¹⁷. Il n'a pas fait l'objet d'une réserve de la part de la Suisse. Cet article ne donne pas un droit directement applicable¹¹¹⁸. Il est donc moins contraignant que l'article 5 du Protocole n. 7 à la CEDH qui confère directement des droits aux particuliers¹¹¹⁹. Par égalité au moment de la dissolution de l'union conjugale, il est fait notamment référence aux inégalités de traitement basées sur le sexe en matière de pensions alimentaires et de partage des biens¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ MALINVERNI, Pacte international, 158 et les références mentionnées.

¹¹¹⁶ Le texte de la disposition est le suivant :

"Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire."

(Les passages en caractères romains ne le sont pas dans le texte original)

¹¹¹⁷ BOSSUYT, 449

¹¹¹⁸ MALINVERNI, Les Pactes, 46 ; la plupart des autres dispositions du Pacte II octroient au contraire un droit directement applicable (120 Ia 1 ss [11-12]; PJA 11/1995, 1505-1506, arrêt du Tribunal fédéral des Assurances du 20 juillet 1995, résumé par Susanne LEUZINGER-NAEF).

¹¹¹⁹ NOWAK, U.N. Covenant on civil and political rights, CCPR-Commentary, 417; ENRICH MAS, 441; MALINVERNI, Les Pactes, 46. Pourtant, comme nous le verrons ci-dessous, il semble que la jurisprudence de la Cour ne soit pas prête à admettre que l'article 5 du Protocole 7 garantit l'égalité dans le divorce (voir ci-dessous titre b, pages 371 ss).

¹¹²⁰ NOWAK (voir ci-dessous note 1119), 418.

(2) *La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979¹¹²¹, consacre l'égalité entre homme et femme dans pratiquement tous les domaines¹¹²². Elle contient un catalogue des formes de discrimination et oblige les Etats à prendre des mesures propres à "assurer une pleine participation des femmes dans tous les domaines"¹¹²³. La plupart des dispositions ne sont pas directement applicables¹¹²⁴, mais les Etats s'engagent à prendre un certain nombre de mesures de façon à réaliser les droits garantis. L'article 1er donne une définition de la discrimination à l'égard des femmes. Il s'agit d'une "distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine."

La Convention se réfère à toute forme de discrimination, directe ou indirecte, juridique ou de fait, publique ou privée¹¹²⁵. L'article 1er ne se limite

¹¹²¹ Les Chambres fédérales ont approuvé la ratification de la Convention en formulant toutefois quelques réserves. Deux des réserves ont trait à la législation suisse sur le nom de famille ainsi qu'aux dispositions transitoires relatives au régime matrimonial permettant le maintien de l'ancien régime de l'union des biens (Arrêté fédéral portant sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 4 octobre 1996, FF 1996 IV 878).

¹¹²² MALINVERNI, Principe, 15.

¹¹²³ Message du Conseil fédéral relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, FF 1995 IV 869 ss (884).

¹¹²⁴ Message susmentionné, FF 1995 IV 869 ss (893-895), le Conseil fédéral réservant toutefois l'applicabilité directe de quelques articles, dont l'article 16 dont nous parlerons ci-dessous (page 369).

¹¹²⁵ HAUSAMMANN/SCHLÄPPI, 37.

pas à considérer comme discriminatoires les dispositions qui font formellement une différence de traitement mais tient compte, pour apprécier le caractère discriminatoire d'une situation, des effets ou du but de la distinction, exclusion ou restriction.

L'article 5 lit. a spécifie que les Etats doivent faire évoluer les "schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières (...) qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes". Cela concerne en particulier les rapports homme-femme dans la famille qui ont été longtemps imprégnés de l'idée de la domination du mari sur la femme et des rôles stéréotypés de chacun. L'article 5 lit. b demande aux Etats parties qu'ils s'efforcent de contribuer à ce que la fonction sociale du travail éducatif et des soins voués aux enfants soit reconnue. Il faut en particulier que l'éducation et le développement des enfants soient reconnus comme des tâches incombant en commun à l'homme et à la femme¹¹²⁶.

L'article 5 n'indique pas de méthode que les Etats devraient utiliser pour accélérer l'évolution des schémas et modèles traditionnels de comportement¹¹²⁷. L'éducation et les médias sont les domaines de prédilection pour faire évoluer les mentalités, comme le constate le Conseil fédéral dans le Message¹¹²⁸. Mais il y a toutes sortes d'autres circonstances qui contribuent à renforcer l'organisation traditionnelle et à dévaloriser le travail au foyer. Parmi celles-ci, le fait de ne pas compenser les dommages causés par le travail éducatif et par l'activité au foyer au moment où survient le divorce, ainsi que l'inégalité des chances professionnelles et des salaires entre homme et femme.

¹¹²⁶ Message susmentionné, FF 1995 IV 869 ss (906).

¹¹²⁷ Message susmentionné, FF 1995 IV 869 ss (907).

¹¹²⁸ Message susmentionné, FF 1995 IV 869 ss (907).

L'article 11 alinéa 2¹¹²⁹ invite les Etats à prendre toutes les mesures appropriées pour permettre une meilleure coordination du travail et de la maternité, notamment à éviter les discriminations liées à la grossesse, telles que la perte des avantages sociaux, des droits d'ancienneté et de l'emploi occupé auparavant. Aux termes de l'alinéa 1 lit. e¹¹³⁰, les Etats prennent les mêmes engagements en matière de droit à la sécurité sociale, notam-

1129

L'article 11 alinéa 2 est formulé de la façon suivante :

Afin de prévenir la discrimination à l'égard des femmes en raison de leur mariage ou de leur maternité et de garantir leur droit effectif au travail, les Etats parties s'engagent à prendre des mesures appropriées ayant pour objet :

a) d'interdire, sous peine de sanctions, le licenciement pour cause de grossesse ou de congé de maternité et la discrimination dans les licenciements fondée sur le statut matrimonial;

b) d'instituer l'octroi de congés de maternité payés ou ouvrant droit à des prestations sociales comparables, avec la garantie du maintien de l'emploi antérieur, des droits d'ancienneté et des avantages sociaux;

c) d'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderie d'enfants;

d) d'assurer une protection spéciale aux femmes enceintes dont il est prouvé que le travail est nocif.

1130

L'article 11 alinéa 1 lit. e est formulé de la façon suivante :

Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans le domaine de l'emploi, afin d'assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, les mêmes droits, et en particulier :

a) ...

b) ...

c) ...

d) ...

e) Le droit à la sécurité sociale, notamment aux prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés.

f) ...

ment les prestations de retraite, de chômage, de maladie, d'invalidité et de vieillesse, ou pour toute autre perte de capacité de travail, ainsi que le droit à des congés payés. Cet article incite donc les Etats à prendre des mesures éliminant les obstacles et désavantages professionnels et d'assurances sociales liés à la grossesse. Il devrait également pouvoir être appliqué aux discriminations qui frappent le conjoint assumant après la grossesse une activité éducative, à temps complet ou partiel, de façon à s'harmoniser avec l'article 5 lit. a de la Convention qui postule une revalorisation de la fonction sociale de ce travail.

Le Conseil fédéral estime que notre législation ne contient pratiquement plus de discriminations directes et que les discriminations indirectes, notamment celles dans le domaine de la LPP pour les travailleurs à temps partiel, les interruptions de l'activité lucrative et l'âge différent de la retraite, devraient être progressivement éliminées¹¹³¹.

Selon l'article 16, les Etats parties "prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, à assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : (...) les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution"¹¹³². Cet article couvre entre autres problèmes les questions d'égalité dans le partage des responsabilités et en matière de conséquences financières du divorce¹¹³³. Il englobe la question de savoir si les

¹¹³¹ Message relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination, FF 1995 IV 869 ss (925-928).

¹¹³² C'est la lettre c de l'article 16 qui précise l'idée de mêmes droits et de mêmes responsabilités lors de la dissolution du mariage. La Suisse a formulé une réserve aux lettres f et g qui exigent les mêmes droits "en ce qui concerne le choix du nom de famille" (lit. g) et "en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de dispositions des biens" (lit. f) dans la famille. Cette réserve correspond à celle qui a été formulée à propos de l'article 5 du Protocole 7 à la CEDH (voir ci-dessous titre b page 371).

¹¹³³ FREEMAN, 158-160; Freeman estime que cette disposition est imprégnée de la difficulté qu'il y a à réaliser un partage des responsabilités entre les conjoints étant donné que cela dépend souvent d'une négociation au sein du couple. Elle cite le cas de Cuba qui a inclus en 1975 dans son code de la famille une

pensions après divorce doivent compenser les atteintes à la carrière professionnelle, pour le travail fourni à la famille et pour l'inégalité économique de base existant dans chaque société, question qui doit toutefois être appréciée en tenant compte du lien que les pensions maintiennent entre les conjoints après le divorce¹¹³⁴. De par sa formulation, cet article pourrait contenir un droit directement applicable selon une minorité de la doctrine¹¹³⁵.

Selon le Conseil fédéral, le nouveau droit du divorce répond à l'obligation imposée en l'espèce par l'article 16 lit. c¹¹³⁶. En effet, les articles 122 et 125 ss proposés dans le projet de révision du droit du divorce améliorent le partage des expectatives à l'égard du 2e pilier et suppriment les conditions de faute et d'innocence pour l'octroi d'une indemnité d'entretien¹¹³⁷.

(3) *Textes émanant de l'Organisation internationale du travail*

Il faut signaler également la Convention n. 111 de l'Organisation internationale du travail concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession du 25 juin 1958, approuvée par la Suisse le 15 juin 1961¹¹³⁸ qui oblige les Etats à éliminer toute forme de discrimination dans les domaines de l'emploi et de la profession. Cette convention a été complétée par la Convention n. 156 du 23 juin 1981 concernant l'égalité des chances et

disposition qui prévoit une obligation de partage des tâches domestiques qui, encore actuellement, a de la peine à être réalisé dans les faits.

¹¹³⁴ FREEMAN, 160.

¹¹³⁵ HAUSAMMANN/SCHLÄPPI, 42-43; *contra*: ARIOLI, Frauenförderungsmassnahmen, 188, ainsi que la doctrine citée dans le Message du Conseil fédéral relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (FF 1995 IV 869 ss [895, note 107]).

¹¹³⁶ Message susmentionné, FF 1995 IV 869 ss (940).

¹¹³⁷ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagement matrimonial), FF 1996 I 1 ss (101-119 et 211-212).

¹¹³⁸ RO 1961 824.

de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales, ainsi que par la Recommandation n. 165 du 23 juin 1981 concernant également les travailleurs ayant des responsabilités familiales. Dans la mesure où la Convention n. 111 ne contient pas de référence expresse aux distinctions fondées sur les responsabilités familiales, ces deux instruments viennent spécifiquement protéger le travailleur ayant des responsabilités familiales. Ils "visent à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d'exercer leur droit de l'occuper ou de l'obtenir sans faire l'objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales"¹¹³⁹. La Suisse n'a toutefois pas adhéré à ces deux instruments-là.

En résumé, au niveau international, le principe de l'égalité des responsabilités au moment du divorce est affirmé. Les textes internationaux tendent à favoriser également une revalorisation de l'activité éducative, un partage de cette tâche entre les conjoints, ainsi qu'une meilleure coordination du travail et de la maternité.

b) Au niveau européen

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹¹⁴⁰ (CEDH) contient une seule disposition relative à l'égalité entre homme et femme : l'article 14 CEDH. L'article 14 interdit toute discrimination basée sur le sexe dans l'application des droits garantis par la CEDH¹¹⁴¹. Il ne s'agit pas d'un droit indépendant mais d'un principe qui fait partie intégrante de chacun des droits

¹¹³⁹ Voir l'article 3 alinéa 1 de la Convention n. 156.

¹¹⁴⁰ Ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 et entrée en vigueur pour notre pays le même jour (RS 0.101; RO 1974 2148 [2168]).

¹¹⁴¹ Le texte de l'article 14 est le suivant :

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, ou toute autre situation.

et libertés consacrés par la Convention¹¹⁴². Or le droit au divorce n'est pas garanti par la Convention¹¹⁴³, de sorte que le principe de l'égalité dans les conséquences économiques du divorce n'est pas garanti par la Convention.

Un Protocole additionnel à la CEDH, le Protocole n. 7 du 22 novembre 1984¹¹⁴⁴, vient compléter l'article 14 CEDH. L'article 5 du Protocole prévoit que "les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution."¹¹⁴⁵ Il donne un droit qui est directement applicable¹¹⁴⁶. La Suisse a formulé une réserve à cet article¹¹⁴⁷, réserve qui ne concerne pas les problèmes d'égalité dans la dissolution de l'union conjugale¹¹⁴⁸.

1142 Voir l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique, arrêt du 23 juillet 1968, Série A, vol. 6, 34 al. 9, citée par MALINVERNI, Principe, 27.

1143 Johnston and others v. Ireland, Série A, n. 112; VILIGER, 368; COHEN-JONATHAN, 429 et 432-434; HAEFLIGER, Menschenrechtskonvention, 255-256; critiques : WILDHABER/BREITENMOSER, ad art. 8, 69, n. 168.

1144 Ratifié par la Suisse le 24 février 1988 et entré en vigueur pour notre pays le 1er novembre 1988 (RS 0.101.07; RO 1988 1596 ss).

1145 Les mots en italiques figurent en caractère normal dans le texte original.

1146 TRECHSEL, 208.

1147 RS 0.101.07.

1148 Cette réserve porte sur la question du nom de famille de la femme mariée, du droit de cité de la femme mariée et de la femme divorcée ou de la femme dont le mariage a été annulé, et des droits des conjoints sur leurs biens (RO 1986 I 122; FF 1979 II 1181 ss). En effet, la femme qui souhaite que son nom devienne le nom de la famille a besoin, selon le droit suisse, du consentement de l'autorité et d'une requête commune des deux fiancés (art. 30 al. 2 CCS) alors que le patronyme du mari devient nom de la famille automatiquement, et sans autorisation (art. 160 al. 1 CCS). En matière de régimes matrimoniaux, le droit suisse accorde aux couples mariés sous l'ancien droit la possibilité de maintenir l'ancien régime matrimonial qui n'octroyait pas les mêmes droits à la femme et à l'homme sur leurs biens. Ces dispositions, d'ailleurs transitoires, n'étant pas

Les droits matériels garantis par le Protocole ont la même valeur que ceux garantis dans la CEDH elle-même¹¹⁴⁹. Cela signifie que la CEDH et son Protocole n. 7 forment un tout et que l'article 14 CEDH peut être appliqué en relation notamment avec l'article 5 du Protocole n. 7¹¹⁵⁰. Cela signifie que si l'article 14 est appliqué en relation avec l'article 5 du Protocole n. 7 toute différence de traitement entre homme et femme lors de la dissolution de l'union conjugale n'est admise que si elle remplit les conditions posées par la jurisprudence de la Cour pour l'article 14 CEDH, c'est-à-dire avoir une justification objective et raisonnable et être proportionnée au but poursuivi¹¹⁵¹. Il n'y a pour l'instant pas de jurisprudence sur la question de l'égalité des conjoints lors de la dissolution du mariage telle qu'elle est postulée à l'article 5 du Protocole n. 7. La seule occasion où la Cour y a fait référence, dans l'arrêt *Johnston*¹¹⁵², elle a adopté une position restrictive en refusant d'étendre la protection de cet article à des droits non énumérés explicitement dans la Convention ou dans la Protocole¹¹⁵³, comme par exemple le droit au divorce¹¹⁵⁴. Il existe toutefois actuellement une tendance dans la jurisprudence de la Cour qui prône une interprétation évolutive des concepts de vie privée et familiale et qui tiendrait compte de l'évolution des mœurs dans la société d'aujourd'hui¹¹⁵⁵, qui permettrait donc d'admettre un droit au divorce.

conformes à l'article 5 du Protocole n. 7 à la CEDH, la Suisse a formulé sur ce point une réserve.

¹¹⁴⁹ HOTTELIER, 61.

¹¹⁵⁰ La Suisse a d'ailleurs par déclaration expresse étendu le droit de recours individuel aux droits consacrés par le Protocole n. 7 (HOTTELIER, 62).

¹¹⁵¹ ENRICH MAS, 453.

¹¹⁵² Arrêt *Johnston and others v. Irlande* du 18 décembre 1986, Série A n. 112.

¹¹⁵³ Le Protocole ne peut pas être interprété comme garantissant un droit au divorce (TRECHSEL, 209).

¹¹⁵⁴ ENRICH MAS, 452; COHEN-JONATHAN, 429 et 434.

¹¹⁵⁵ ENRICH MAS, 452.

En conclusion, à l'heure actuelle, ni la Convention ni son Protocole additionnel n. 7 ne permettent d'invoquer un droit à l'égalité dans le divorce.

En 1985, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une Recommandation concernant la protection légale contre la discrimination¹¹⁵⁶ aux termes de laquelle, dans le domaine du droit civil, l'égalité des droits et devoirs doit être accordée tant à l'homme qu'à la femme, en particulier sur les questions de la prise en charge des responsabilités familiales¹¹⁵⁷ et du versement d'aliments en cas de séparation ou de divorce¹¹⁵⁸.

Lors d'une seconde conférence des Ministres européens du Conseil de l'Europe en 1989 sur le thème de l'égalité entre homme et femme, des objectifs pour accélérer la réalisation de l'égalité réelle entre homme et femme ont été adoptés. La réalisation des objectifs doit se faire notamment par le biais de mesures appropriées ou d'initiatives, respectant le principe de l'égalité des sexes, destinées à permettre aux hommes comme aux femmes de s'engager dans une activité rémunérée et de partager les responsabilités familiales et parentales; en particulier les gouvernements des Etats membres du Conseil de l'Europe doivent prendre des mesures permettant de créer des horaires et des conditions de travail appropriés, de favoriser des congés parentaux pour les enfants, alternativement ou ensemble, et d'accroître le nombre des institutions de soins aux enfants et des écoles, par exemple¹¹⁵⁹.

En résumé, au niveau européen également, le principe du partage entre les époux des désavantages issus du divorce est affirmé. Les dispositions adoptées tendent en outre à favoriser le partage des responsabilités familiales et à flexibiliser le marché du travail pour les parents ayant des enfants à charge.

¹¹⁵⁶ Voir le texte in *A thematic Guide to Documents on the Human Rights of Women*, Gudmundur ALFREDSSON/TOMASEVSKI Katarina (éds), La Haye/Boston/Londres 1995, 82 ss.

¹¹⁵⁷ Principe I 4 lit. a.

¹¹⁵⁸ Principe I 4 lit. f.

¹¹⁵⁹ Pour le texte adopté, voir ALFREDSSON/TOMASEVSKI, 85 ss (87) (voir ci-dessus note 1156).

5. CONCLUSION INTERMEDIAIRE

Le principe du partage des désavantages économiques issus du divorce est affirmé tant en droit international qu'en droit européen comme étant un élément de la réalisation de l'égalité entre homme et femme. L'idée d'un partage des pertes professionnelles subies par un des conjoints n'est pas clairement affirmée bien qu'elle doive être incluse dans la notion de partage des responsabilités en matière de conséquences financières du divorce¹¹⁶⁰.

Les stéréotypes sur les rôles propres à chacun des sexes, stéréotypes fondés sur l'idée de supériorité/infériorité d'un sexe sur l'autre, doivent être éliminés. L'activité éducative doit incomber en commun aux deux parents et doit d'une manière générale être mieux reconnue.

Une meilleure coordination entre activités lucrative et familiale et surtout l'élimination des discriminations liées à la grossesse ainsi que, plus largement, à l'exercice d'une activité éducative sont également soulignées.

D. La concrétisation du principe de l'égalité dans la législation suisse

Dans ce chapitre, nous allons examiner de quelle manière le législateur a concrétisé le principe de l'égalité ainsi que les buts de politique juridique imposés surtout par les traités internationaux¹¹⁶¹.

1. LE DROIT DE LA FAMILLE

Il s'agit de rechercher la place que le législateur de 1984 a réservé à la femme dans un domaine où elle a traditionnellement occupé un rôle prépondérant.

¹¹⁶⁰ FREEMAN, 160.

¹¹⁶¹ La Constitution fédérale ne donne pas d'indications précises au législateur sur la manière de réaliser l'égalité entre homme et femme, voir ci-dessus page 361.

La place que l'on souhaite réserver à la femme dans la famille est fixée dans quelques dispositions-clés du droit de la famille : celle qui règle le partage des tâches entre les conjoints, celles qui fixent les droits des conjoints sur leurs biens et celle relative à l'autonomie financière de chacun des conjoints.

Nous examinerons donc successivement les dispositions sur le partage des tâches entre les conjoints (art. 163 CCS), l'autonomie financière du conjoint au foyer (art. 164 CCS) et les droits du conjoint au foyer sur ses biens et sur les biens produits par la communauté conjugale (art. 196 ss, 221 ss et 247 ss CCS). Auparavant, nous effectuerons un bref survol des idées du législateur et de la doctrine au moment de l'adoption du nouveau droit matrimonial.

a) Généralités

Selon le Message du Conseil fédéral, l'égalité dans la famille exige que "chacun des époux ait les mêmes possibilités d'épanouissement dans le cadre de la vie commune convenue entre eux, suivant sa condition, ses inclinations et ses capacités personnelles."¹¹⁶²

Selon HANGARTNER, qui cite MÜLLER, "sie (die Frauen) sollen vielmehr «frei wählen können, ob sie von ihrem Recht so Gebrauch machen wollen, wie es Männer herkömmlicherweise tun, oder ob sie sich anderen, 'nicht-quotierten' Tätigkeiten - z.B. der Sorge für Familie und Kinder - zuwenden wollen. Die Quotierung darf nicht zur *Festschreibung von Lebensbildern und Rollenerwartungen* führen.» Dieser Betrachtungsweise folgt zum Beispiel auch das neue Eherecht, das den Ehepartner, im Gegensatz zur früheren Regelung, keine Rollen zuteilt, sondern es ihnen

¹¹⁶²

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1179 ss (1191). "L'égalité de droit n'exige nullement qu'une règle identique soit appliquée en toutes circonstances aux époux, ni que la position effective de la femme soit alignée entièrement sur celle de l'homme" (FF 1979 II 1179 ss [1191]). Formulée alors que l'alinéa 2 de l'article 4 de la Constitution fédérale n'avait pas encore été adopté, cette phrase est toujours valable aujourd'hui.

überlässt, wie sie sich auf die Grundlage eines Gesetzes, das Mann und Frau gleich behandelt, in der Ehe arrangieren wollen"¹¹⁶³.

Plus précisément il s'agit de promouvoir différents modes de vie de façon à ce que la liberté de choix soit effective :

"Die Familienpolitik ist so auszugestalten, dass sie dem Einzelnen die Freiheit, sich für die ihm zusagende Lebensform zu entscheiden und diese allenfalls wieder zu ändern, gewährt. Sie hat möglichst viele verschiedene Lebensformen gezielt zu fördern, damit dieser Wahlfreiheit auch ein Inhalt verliehen werden kann."¹¹⁶⁴

Une véritable liberté de choix dans la répartition des tâches et surtout une diversification des modèles ne peuvent exister que si le travail domestique fait l'objet d'une réévaluation. Ce n'est que lorsque le travail lucratif et le travail domestique seront d'égale valeur qu'un libre choix sera réalisable. A ce moment, les hommes pourront être incités à assumer une plus grande partie des responsabilités familiales et du travail domestique¹¹⁶⁵.

Déjà aux Chambres, il avait été remarqué qu'une relation de partenaire nécessitait un plus grand investissement des hommes dans la famille. Considérer la femme comme le partenaire de l'homme dans le mariage ne pouvait donc pas uniquement signifier lui laisser le même rôle mais devait conduire à une réorganisation du partage des rôles traditionnels. Le conseiller national GERWIG exprimait alors ceci de la façon suivante¹¹⁶⁶ :

"Il faudrait que la relation de partenaires signifie que les hommes doivent eux aussi se soucier des tâches qui leur incombent dans la famille ... Dans la relation de partenaires, l'égalité des droits et celle des devoirs, c'est aussi, et surtout, un appel aux hommes à assumer une responsabilité - pratique et effective - accrue envers leur famille et leurs enfants, indépendamment de leur travail professionnel; il faudrait que les hommes sachent

¹¹⁶³ HANGARTNER, Chancengleichheit, 513, citant MÜLLER G. in Quotenregelungen.

¹¹⁶⁴ KAUFMANN, Gleichstellung, 116, en référence à HALLER, 35.

¹¹⁶⁵ KAUFMANN, Gleichstellung, 121.

¹¹⁶⁶ GERWIG, Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national 1983, 597.

que la relation de partenaires leur demande d'investir plus dans leur famille" (traduction).

En conclusion, l'idée qui sous-tendait le nouveau droit matrimonial était d'accorder aux conjoints la liberté d'assumer le rôle qui correspondait le mieux à leurs inclinations et capacités personnelles et surtout la possibilité pour la femme de s'écarter du modèle traditionnel. Il n'était pas question d'accorder au conjoint un droit à pouvoir exercer un rôle plutôt qu'un autre. Il était bien plutôt dans l'idée du législateur que le partage des tâches serait le fruit d'une décision commune des deux conjoints. Il était donc sous-entendu que l'exercice d'une activité lucrative par les deux conjoints, donc également par la femme, impliquait une plus grande prise en charge des tâches domestiques par le mari. Le législateur n'a pas voulu imposer une double charge (travail domestique et activité lucrative) à la femme.

b) Le partage des tâches entre les conjoints¹¹⁶⁷

Le partage des tâches entre les conjoints, réglé à l'article 163 CCS, a été remodelé lors de la révision du droit matrimonial en 1984, entrée en vigueur le 1er janvier 1988. L'article 163 CCS a été formulé de la manière suivante :

¹Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille.

²Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise.

³Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle.

En réglant la question du partage des tâches d'une manière conforme à l'égalité, le législateur avait le choix entre imposer un modèle égalitaire de partage des tâches, laisser aux couples la liberté de s'organiser pour l'entretien de la famille ou restreindre le modèle traditionnel à certaines situations, comme par exemple celles des couples avec jeunes enfants.

¹¹⁶⁷ Voir également page 327.

Le nouvel article 163 CCS a supprimé le rôle dominateur du mari qui était auparavant le chef de l'union conjugale¹¹⁶⁸. Actuellement les deux conjoints sont considérés comme égaux au sein de la famille. Ils sont cochefs. C'est donc ensemble qu'ils décident de la manière dont les tâches seront réparties entre eux. Ils sont d'ailleurs égaux entre eux quel que soit le rôle qu'ils assument¹¹⁶⁹.

Le législateur a voulu réaliser l'égalité par le biais d'un modèle libéral, laissant aux conjoints une grande liberté de choix. L'article 163 CCS leur donne donc la possibilité d'organiser le partage des tâches de la manière qu'ils souhaitent : modèle traditionnel, modèle traditionnel inversé, modèle égalitaire, etc. La loi n'impose plus de modèle comme c'était le cas sous l'ancien droit¹¹⁷⁰.

Le modèle traditionnel de répartition des tâches est ainsi toujours un modèle que les conjoints peuvent adopter et, dans les faits, il est le modèle que les conjoints adoptent le plus souvent. Pour le législateur

¹¹⁶⁸ Art. 160 al. 1 aCCS.

¹¹⁶⁹ "Le travail au foyer et les soins voués aux enfants - tâches généralement dévolues à la femme - sont un mode, pleinement équivalent aux prestations en argent, de contribuer à l'entretien de la famille." (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse [effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions], FF 1979 II 1179 ss [1236]).

¹¹⁷⁰ "Il ne s'agit pas de proposer aux époux un modèle de répartition des tâches. Par là, le Conseil fédéral n'entend pas jeter un discrédit sur une forme d'organisation du mariage qui est celle de la «femme au foyer»" (Message susmentionné, FF 1979 II 1179 ss [1236]). Devant les Chambres fédérales, le Conseiller fédéral FURGLER s'était exprimé ainsi : "Vom Erzwingen eines Rollenverständnis durch den Staat kann keine Rede sein. Wir wollen die volle Freiheit in der persönlichen Gestaltung der ehelichen Gemeinschaft den Partnern überlassen, und das schlägt sich letzten Endes als klarer Ausdruck dessen nieder, was mit dieser Verfassungsbestimmung gemeint ist : Gleichberechtigung der zwei Partner, die die eheliche Gemeinschaft bilden" (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats 1980, 565).

suisse, le modèle traditionnel, lorsqu'il est voulu, n'est donc pas incompatible avec l'égalité entre homme et femme¹¹⁷¹.

Le législateur a voulu que la contribution traditionnelle - en services - d'un des conjoints soit considérée comme pleinement équivalente à la contribution pécuniaire de l'autre conjoint. Il y a donc équivalence entre les deux formes de contributions¹¹⁷². Lorsque les deux conjoints exercent une activité lucrative, donc en particulier lorsque la femme travaille en dehors du foyer, "le mari doit accepter d'assumer une part plus grande des tâches domestiques et d'éducation, faute de quoi la charge de la femme serait disproportionnée au regard du 1er alinéa de l'article 163."¹¹⁷³ La loi qui prévoit que chacun fournit une contribution "en fonction de ses forces" signifie qu'il doit y avoir une égalité matérielle entre les contributions des conjoints¹¹⁷⁴. Chacun doit contribuer dans la même mesure, fournir un effort comparable.

Cette obligation de partager le travail au foyer lorsque les deux conjoints assument une activité lucrative est dénuée de sanctions, pendant le mariage. Seules les contributions pécuniaires à l'entretien de la famille peuvent être fixées par le juge, sur demande d'un des conjoints. Un partage des tâches à fournir en services ne peut pas être ordonné par le juge¹¹⁷⁵. Cela signifie que le conjoint qui refuserait d'assumer un rôle tra-

¹¹⁷¹ Comme nous l'avons vu ci-dessus, le législateur a d'ailleurs pris quelques mesures destinées à garantir à la femme au foyer un statut équivalent à celui du mari qui fournit une contribution pécuniaire à l'entretien de la famille (pages 327 ss).

¹¹⁷² HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 35.

¹¹⁷³ Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), FF 1979 II 1179 ss (1236).

¹¹⁷⁴ HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 29.

¹¹⁷⁵ Art. 173 CCS; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar, ad art. 163, n. 55; les conjoints ont la possibilité de s'adresser à des offices de consultation conjugale qui les orienteront et les aideront à trouver un accord (art. 171 CCS). Le juge a également la compétence, sur demande d'un conjoint ou des deux, de rappeler

ditionnel, ou de poursuivre le rôle traditionnel qui était le sien, mais préférerait fournir une contribution pécuniaire ne peut pas être contraint, pendant le mariage, à se consacrer au foyer par le juge.

En résumé, on constate que le droit actuel n'impose plus de modèle légal mais laisse aux conjoints la liberté de choisir le modèle qui leur convient le mieux. Le modèle traditionnel n'a donc pas été écarté, mais subsiste comme modèle que les conjoints peuvent adopter.

c) **L'autonomie financière du conjoint au foyer**¹¹⁷⁶

Pour la satisfaction des besoins personnels de chaque individu, le législateur a voulu assurer au conjoint au foyer une autonomie financière équivalente à celle du conjoint ayant une activité lucrative. Il a prévu à l'article 164 CCS une indemnité équitable que le conjoint peut utiliser comme bon lui semble, comme par exemple pour ses besoins de sociabilité ou de culture¹¹⁷⁷.

Cette indemnité est octroyée au conjoint dont l'activité essentielle est au foyer, sans qu'aucune distinction ne soit faite entre l'activité ménagère et éducative, de soins aux proches parents ou de soutien au mari. L'indemnité est en outre allouée uniquement au conjoint qui ne dispose pas de revenus - de son travail ou de sa fortune - lui assurant une indépendance financière équivalente à celle de son conjoint. Dès lors que le conjoint au foyer dispose de revenus personnels, par exemple de sa fortune, il ne peut prétendre à recevoir l'indemnité de l'article 164 CCS.

chacun à ses devoirs et de les concilier (art. 172 CCS), notamment sur la question du partage des tâches.

¹¹⁷⁶ Voir ci-dessus page 329.

¹¹⁷⁷ Exemples tirés de DESCHENAUX/STEINAUER, 61.

d) Les droits du conjoint au foyer sur ses biens et sur les biens produits par la communauté conjugale¹¹⁷⁸

Le législateur a également conçu un régime matrimonial ordinaire, le régime de la participation aux acquêts, qui, lorsqu'il n'est pas aménagé, prévoit un partage par moitié des acquêts de chacun des conjoints, c'est-à-dire des biens qu'ils ont acquis à titre onéreux pendant le régime. Ce régime matrimonial assure un partage de la prospérité conjugale accumulée pendant le mariage.

Le régime ordinaire est particulièrement recommandé pour les mariages traditionnels, car il assure au moment de la dissolution du régime un partage par moitié de la prospérité conjugale accumulée en grande partie par le conjoint qui n'est pas au foyer et dont ce dernier est seul propriétaire. Le régime de la communauté de biens universelle¹¹⁷⁹ (portant sur tous les biens et revenus des deux époux, sauf les biens propres légaux) ou de la communauté réduite aux acquêts¹¹⁸⁰ (portant sur les acquêts des deux conjoints) assurent également un statut équitable au conjoint au foyer puisque celui-ci est propriétaire commun des biens faisant partie de la communauté de biens.

Le régime ordinaire prévoit un système de restitution des investissements, augmentés d'une part à la plus-value, lorsqu'un des conjoints a contribué sans contre-prestation à l'acquisition, l'amélioration et la conservation d'un bien appartenant à l'autre conjoint¹¹⁸¹. Ce système récompense également les contributions en nature effectuées par un conjoint, comme par exemple le travail d'un époux architecte, ou des travaux de maçonnerie ou peinture d'un conjoint artisan¹¹⁸². La contribution en services du conjoint

¹¹⁷⁸ Voir ci-dessus page 317.

¹¹⁷⁹ Définition à l'article 222 CCS.

¹¹⁸⁰ Définition à l'article 223 CCS.

¹¹⁸¹ Art. 206 CCS.

¹¹⁸² DESCHENAUX/STEINAUER, 340.

au foyer n'est pas considérée comme une telle contribution à l'acquisition, l'amélioration ou la conservation d'un bien¹¹⁸³.

Par contre, un régime de séparation de biens est particulièrement désavantageux pour le conjoint au foyer. En effet, il ne participe pas du tout à la prospérité conjugale accumulée par l'autre conjoint, sous réserve des biens en copropriété des deux conjoints¹¹⁸⁴. En outre, un régime de communauté de biens réduite peut être désavantageux. Les droits du conjoint au foyer sont fonction des éléments du patrimoine qui font partie des biens communs et dépendent donc du contrat de mariage ayant défini la masse des biens propres. On peut toutefois imaginer des hypothèses dans lesquelles la situation du conjoint au foyer serait plutôt avantageuse. Ce sera ainsi le cas lorsque la communauté de biens est réduite aux seuls biens du conjoint exerçant une activité lucrative.

e) Conclusion intermédiaire

Le nouveau droit matrimonial n'a pas exclu le partage traditionnel des tâches. Au contraire, il a expressément réglé la situation du conjoint au foyer de façon à lui octroyer un statut plus conforme au postulat de l'égalité entre homme et femme. Il lui a ainsi accordé une autonomie financière équivalente à celle de son conjoint, de façon à le mettre sur pied d'égalité avec celui-ci. Il lui a également garanti dans le cadre du régime matrimonial ordinaire un partage de la prospérité conjugale accumulée pendant le mariage.

Le rôle de la loi dans la famille a par contre évolué. Alors que sous l'ancien droit le législateur imposait à l'institution du mariage une organisation déterminée, le nouveau droit est conçu selon un mode libéral, laissant aux conjoints la possibilité de tenir compte de l'égalité entre homme et femme dans le cadre de leur partage des tâches. Le législateur n'a pas

¹¹⁸³ Art. 206 al. 1 CCS.

¹¹⁸⁴ L'article 248 alinéa 2 CCS prévoit une présomption de copropriété lorsque le titre de propriété d'un des conjoints ne peut pas être apporté par celui qui s'en prévaut, ce qui peut se produire assez fréquemment pour les objets mobiliers. Pour les immeubles, le registre foncier permettra d'apporter la preuve de la propriété.

voulu *imposer* un partage égalitaire des tâches¹¹⁸⁵ en remplacement du partage traditionnel qui était imposé sous l'ancien droit¹¹⁸⁶. Le législateur s'est contenté de reconnaître que ce modèle était - et est encore - très fréquent et a posé quelques garde-fous de façon à favoriser l'égalité du conjoint au foyer, c'est-à-dire en principe de la femme, dans la société. L'objectif de réalisation d'un partage égalitaire des tâches a été en quelque sorte *privatisé*, c'est-à-dire mis à la charge des individus, en particulier des femmes qui souhaitaient renoncer au rôle traditionnel.

On peut s'interroger sur le bien-fondé de ce choix pour la réalisation du principe de l'égalité dans les faits. Le législateur a voulu laisser à l'évolution de l'égalité dans la société le soin de réaliser l'égalité dans la famille. Un modèle "libéral" ou de libre choix ne fonctionne cependant bien que lorsque les membres de la société ne sont plus sous l'influence de stéréotypes sur le "rôle normal" de chacun des sexes¹¹⁸⁷. En procédant de la sorte, le législateur a plutôt contribué à renforcer un modèle qui aurait pu

¹¹⁸⁵ Le Message du Conseil fédéral sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » (FF 1980 I 73 ss), a proposé un contre-projet qui ne reprenait pas la proposition des initiateurs d'intégrer à l'article 4 Cst. un alinéa spécifiant que "l'homme et la femme ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans la famille". Selon le Conseil fédéral, il s'agissait d'un élément qui était de la compétence du législateur (FF 1980 I 73 ss [137]). Il doutait également que ce postulat puisse être réalisé par les autorités administratives et judiciaires au travers de droits individuels (KAUFMANN, Gleichstellung, 15-16).

L'avant-projet (KAUFMANN, Gleichstellung, 193) puis le projet du nouveau droit matrimonial n'ont pas non plus repris cette idée d'un partage égalitaire des droits et des devoirs.

La Commission fédérale pour les questions féminines proposait d'introduire un alinéa supplémentaire à l'article 163 CCS spécifiant qu'en cas de litige, un partage par moitié des tâches d'entretien de la famille s'imposait. BRETSCHER, 181 et HALLER-ZIMMERMANN, 308, avaient également formulé des propositions prévoyant un partage par moitié des tâches ménagères et des soins aux enfants. Pour plus de détails, voir KAUFMANN, Gleichstellung, 217-219.

¹¹⁸⁶ Politiquement, il était d'ailleurs impossible d'imposer un modèle égalitaire dans le Code civil. Une telle obligation aurait largement contribué à un refus du nouveau droit matrimonial en votation populaire.

¹¹⁸⁷ BRETSCHER, 176-177, cité par KAUFMANN, Gleichstellung, 218.

progressivement apparaître comme inapproprié, voire injuste, dans une société où l'égalité entre homme et femme se réalise également dans d'autres domaines que la famille.

En résumé, le législateur n'a pas voulu donner la préférence à un modèle plutôt qu'à un autre. Il n'a pas mis "hors la loi" le modèle traditionnel. Au contraire, en prévoyant un certain nombre de dispositions s'appliquant spécifiquement à la situation du conjoint au foyer, il a renforcé ce modèle.

Par ailleurs, le législateur ne donne pas la préférence à un type de modèle traditionnel plutôt qu'à un autre. Il ne prend pas en considération les motifs ayant conduit les conjoints à s'organiser traditionnellement. Que cela soit pour l'éducation des enfants, pour le soin à des proches parents ou simplement pour apporter un soutien à son conjoint, les motifs sont sans pertinence au regard du droit matrimonial.

Le modèle traditionnel est équitable pendant le mariage. En effet, le conjoint au foyer bénéficie d'une certaine autonomie financière et participe, dans le régime matrimonial ordinaire, à la prospérité conjugale. Mais, dès que survient un divorce, disparaît à plus ou moins brève échéance la compensation équitable dont bénéficie le conjoint au foyer. Celui-ci doit, sauf quelques exceptions, pourvoir à son propre entretien et constituer sa propre prospérité. Il a cependant subi un dommage pendant la période d'interruption de son activité lucrative, dommage qui ne trouve pas de véritable compensation ni au travers de l'indemnité de l'article 151 alinéa 1 CCS, ni au travers de la liquidation du régime matrimonial¹¹⁸⁸.

Lorsqu'on sait que le modèle traditionnel est encore le modèle le plus fréquent et que ce sont les femmes qui assument la partie domestique, on arrive à la conclusion que cette situation n'est pas conforme au postulat d'égalité entre homme et femme, tel qu'il résulte de la Constitution fédérale ainsi que des traités internationaux que la Suisse a ratifiés¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁸ Voir ci-dessus pages 227 et 317.

¹¹⁸⁹ Cela ne nous semble conforme ni à l'article 23 ch. 4 du Pacte II, ni aux articles 5 et 16 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et pas non plus à la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de 1985 (voir ci-dessus, pages 362 ss). Ces

L'actuel droit du divorce n'est donc pas conforme à la Constitution et devrait par conséquent être adapté. Comme nous l'avons vu¹¹⁹⁰, sur ce point le projet de réforme du droit du divorce n'apporte pas d'améliorations et ne respecte donc pas non plus le mandat donné au législateur en 1981.

2. LES ASSURANCES SOCIALES¹¹⁹¹

Seules les lois conçues depuis l'adoption de l'article 4 alinéa 2 Cst. peuvent nous donner des indications quant à la place que le droit réserve désormais à la femme dans la société. Ces lois nous permettront également d'examiner dans quelle mesure le dommage causé par une organisation traditionnelle est pris en charge par la collectivité et dans quelle mesure il reste à la charge du couple. Nous concentrerons notre attention sur les lois qui ont introduit les changements les plus marquants pour le conjoint au foyer. Nous examinerons donc la 10e révision de la LAVS¹¹⁹², la dernière révision de la loi sur le chômage¹¹⁹³ ainsi que les modifications survenues en matière de 2e pilier.

La 10e révision de la LAVS a expressément revalorisé l'activité éducative en introduisant un bonus lié à l'éducation des enfants de moins de 16 ans. Elle a également revalorisé les activités de soins souvent déployées par le conjoint au foyer auprès de parents, ou proches parents devenus impotents. Elle a également introduit un *splitting* des cotisations accumulées par les deux conjoints pendant le mariage, permettant ainsi au conjoint au foyer de bénéficier de la moitié des cotisations de l'autre conjoint pendant le mariage. Pour les couples ne bénéficiant ni du bonus éducatif ni du bonus de soins, ce *splitting* représente une diminution du niveau de pré-

dispositions ne contiennent toutefois pas de droits directement applicables qui pourraient être invoqués en l'espèce.

¹¹⁹⁰ Voir ci-dessus page 311.

¹¹⁹¹ Pour plus de détails sur les désavantages que l'activité domestique cause à un conjoint dans ses droits en matière d'assurances sociales, voir le chapitre consacré à ce problème (titre V, pages 86 ss).

¹¹⁹² RO 1996 2466 ss.

¹¹⁹³ RO 1996 273 ss.

voyance qui avait été accumulé par le conjoint exerçant une activité lucrative pendant le mariage. La diminution est toutefois supportée également par les deux conjoints. Le conjoint au foyer subit par contre un préjudice supplémentaire dans la mesure où ses cotisations après le divorce reflètent l'atteinte à sa capacité de gain.

La 10^e révision a donc dévalorisé le modèle traditionnel dans les cas où il n'y a pas de raisons objectives que les conjoints s'organisent de cette manière. Le modèle traditionnel est reconnu lorsqu'il est justifié, c'est-à-dire lorsque les enfants ou des proches qui sont impotents bénéficient de l'activité domestique du conjoint au foyer. Dans les autres cas, le dommage résultant de ce mode de vie est un dommage exclusivement privé, c'est-à-dire à la charge du couple. La 10^e révision a toutefois conçu un mode de calcul des rentes qui favorise les bas revenus de façon à offrir une protection minimale aux personnes qui font généralement les frais de l'organisation traditionnelle : les femmes. C'est uniquement dans cette mesure restreinte que la société a pris en charge une partie dudit dommage.

Dans l'assurance-chômage, le législateur a introduit une exemption à l'obligation d'avoir cotisé pendant au moins 6 mois avant la survenance du chômage pour pouvoir bénéficier des indemnités de chômage. Cette exemption n'est accordée toutefois qu'aux conjoints qui se sont occupés d'enfants de moins de 16 ans et reprennent ensuite une activité lucrative, pour autant qu'ils se trouvent dans une situation de nécessité économique¹¹⁹⁴, ainsi qu'aux conjoints divorcés qui sont contraints de reprendre une activité lucrative immédiatement après le divorce, et pour autant que le divorce soit survenu moins d'une année avant la prétention à recevoir des indemnités de chômage¹¹⁹⁵. Le législateur a donc réservé un traitement privilégié au modèle traditionnel avec enfants, à l'exclusion du modèle traditionnel où un des conjoints s'occupe de proches parents. Il a en revanche tenu compte du conjoint ayant interrompu son activité lucrative pendant le mariage, lorsque ce dernier doit immédiatement reprendre une activité lucrative, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas droit à une indemnité d'entretien ou lorsque le montant ne couvre pas son entretien.

¹¹⁹⁴ Art. 13 al. 2 bis LACI.

¹¹⁹⁵ Art. 14 al. 2 LACI.

Dans les deux cas, l'indemnité de chômage est calculée forfaitairement et ne compense pas le dommage professionnel subi.

En matière de 2e pilier, le législateur a prévu un partage de l'avoir accumulé par les époux pendant le mariage lorsque survient un divorce, mais aux conditions posées par les articles 151 alinéa 1 et 152 CCS. Ici, le législateur s'en est remis aux conceptions du droit actuel en matière de divorce. Il est donc difficile d'en tirer une quelconque option quant à l'importance du modèle traditionnel. Toutefois, avec le nouveau droit un partage par moitié dans tous les cas tendra à une participation à la prospérité conjugale qui correspond au système prévu dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts. On constatera que cela reflète les mêmes lacunes, à savoir une absence de prise en considération du dommage survenant après le divorce, dommage dont la source est l'atteinte à la capacité de gain subie pendant le mariage.

En résumé, les assurances sociales tendent à valoriser l'activité éducative et de soins aux proches des conjoints pour le maintien d'un niveau de vie minimum et partagent l'avoir d'assurances sociales accumulé pendant le mariage. Elles partagent également les bénéfices d'assurances sociales accumulés pendant le mariage pour le maintien d'un niveau de vie convenable. Et elles ont amélioré les possibilités d'obtenir des indemnités chômage pour les conjoints qui se sont occupés des enfants ainsi que pour ceux qui doivent reprendre une activité lucrative immédiatement après le divorce.

3. LA LOI FEDERALE SUR L'EGALITE (LEG)¹¹⁹⁶

La loi du 24 mars 1995, entrée en vigueur le 1er juillet 1996, a pour objectif de concrétiser l'égalité dans les rapports de travail¹¹⁹⁷. Elle interdit toute discrimination directe comme indirecte de l'homme ou de la femme à raison du sexe, qui serait fondée sur l'état civil, la situation familiale ou la grossesse¹¹⁹⁸. Indirectement, elle s'inscrit dans une vaste politique de

¹¹⁹⁶ RO 1996 1498 ss.

¹¹⁹⁷ Art. 1 LEg.

¹¹⁹⁸ Art. 3 al. 1 LEg.

réalisation de l'égalité des chances sur le marché du travail comme en dehors, dans tous les domaines de la société¹¹⁹⁹. Le Message du Conseil fédéral met en évidence le lien étroit qu'il existe entre égalité dans le domaine du travail et des mesures à prendre en matière de politique familiale, de droit fiscal, de formation et de sécurité sociale¹²⁰⁰. Il s'agit en particulier de "permettre aux femmes et aux hommes de mieux concilier leur vie professionnelle et leur vie familiale"¹²⁰¹.

L'article 14 de la loi institue d'ailleurs un programme d'aide financière destiné à apporter un soutien à des projets visant spécifiquement la concrétisation de l'égalité et notamment à des projets comportant des mesures permettant de mieux concilier les tâches professionnelles et les tâches familiales.

Qu'entend-on par "vie familiale" ? Le Conseil fédéral dit :

"En outre, il ne faut pas perdre de vue que la situation familiale affecte elle aussi de manière significative l'activité professionnelle des femmes. Ce sont les femmes qui, aujourd'hui encore, assument la majorité des contraintes familiales. Des études démontrent que, dans le monde du travail, le fait d'être marié et d'avoir des enfants est un avantage pour un homme, les hommes mariés rentabilisant mieux leur diplôme que les hommes célibataires. En revanche, les femmes célibataires rentabilisent mieux leur diplôme en termes de situation professionnelle que les femmes mariées. *En raison du manque d'infrastructures d'accueil pour les enfants, de l'organisation du travail et de l'absence de congés parentaux, il reste très difficile pour une mère de concilier vie professionnelle et vie familiale. Les interruptions de l'activité lucrative ont à leur tour des répercussions sur la carrière et la rémunération, de même que sur les prestations des assurances sociales.*"¹²⁰²

¹¹⁹⁹ KAUFMANN, Gleichstellungsgesetz, 1353.

¹²⁰⁰ Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163 ss (1207).

¹²⁰¹ Message susmentionné, FF 1993 I 1163 ss (1183).

¹²⁰² Message susmentionné, FF 1993 I 1163 ss (1182).

Le Message dit également que le travail ménager et d'éducation des enfants reste un facteur important de discrimination, et que les exigences du foyer et de la famille sont en effet très difficilement compatibles avec les exigences d'une activité rémunérée, dont les structures ont été conçues pour l'emploi masculin déchargé des contingences domestiques et familiales¹²⁰³. Pour le Conseil fédéral, des mesures de politique familiale, telles que la mise à disposition de structures d'accueil des enfants ainsi que des congés maternité et des congés parentaux, peuvent contribuer à résoudre de tels problèmes¹²⁰⁴.

Le but de coordination visé par la LEg semble avant tout concerner l'activité éducative et la grossesse, plutôt que les activités de soins aux proches ou simplement domestiques mais non éducatives. Cette remarque ne vaut cependant que pour les efforts de coordination encouragés par la loi. Il va de soi qu'une discrimination qui trouverait son origine dans l'idée stéréotypée que c'est plutôt la femme qui reste au foyer tomberait sous le coup de la loi, indépendamment du fait que la femme exerce une activité éducative ou non. Ce serait le cas s'il était par exemple choisi de licencier, à qualification égale, les employés dont le conjoint exerce également une activité lucrative. Le modèle traditionnel, avec la femme qui est au foyer, est en effet beaucoup plus répandu que le modèle traditionnel inversé, avec l'homme qui s'occupe du foyer. Les femmes seraient donc plus facilement touchées par une telle mesure que les hommes.

4. CONCLUSIONS ET APPRECIATION CRITIQUE

La législation adoptée depuis que le principe de l'égalité entre homme et femme a été réaffirmé a eu pour effet de préciser la manière dont le législateur conçoit la place de la femme dans la société.

En matière d'assurances sociales, les nouvelles dispositions visent à *valoriser l'activité éducative* de la femme ainsi qu'à tenir compte des désavantages qui y sont liés dans le droit aux prestations sociales. Il subsiste

¹²⁰³ Voir également SCHULZ, *Anstellung*, 47.

¹²⁰⁴ Message susmentionné, FF 1993 I 1163 ss (1176).

encore des lacunes¹²⁰⁵. Néanmoins, les lois qui ont été révisées améliorent la situation du conjoint qui interrompt son activité lucrative pour s'occuper des enfants. Par contre, les conjoints qui adoptent un modèle traditionnel de répartition des tâches, sans qu'il y ait de raisons éducatives, n'obtiennent que peu de prise en considération par la collectivité publique. Seule l'activité de soins aux proches bénéficie d'un bonus dans l'AVS.

Le droit de la famille met l'accent sur la *liberté de choix* des conjoints dans la répartition des tâches (art. 163 CCS) et effectue une *valorisation de la contribution en services*, que celle-ci soit fournie sous la forme d'une activité éducative, de soins aux proches ou d'une activité ménagère. Cette valorisation intervient sous la forme d'une indemnité équitable pour le conjoint au foyer qui ne dispose pas d'autres revenus (art. 164 CCS) et d'un partage de la prospérité conjugale dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 ss CCS). Dans le régime de la communauté de biens, le partage des biens communs constitue également une valorisation de la contribution en services (art. 221 CCS)¹²⁰⁶. Le régime matrimonial de la séparation de biens n'effectue aucun partage de la prospérité conjugale. D'une manière générale, les régimes matrimoniaux ne tiennent pas compte de l'atteinte que le conjoint au foyer subit dans sa capacité de gain après le divorce.

La loi fédérale sur l'égalité contribue à une conciliation de l'activité lucrative et de l'activité domestique, autrement dit à limiter les dommages professionnels que le fait de fonder une famille peut causer. C'est avant tout l'activité éducative qui semble ici visée. L'élimination des discriminations englobe par contre toutes les discriminations, directes comme indirectes, que celles-ci trouvent leur origine dans un stéréotype sur le rôle éducatif ou sur le rôle ménager de la femme, ou même sur celui de soutien aux proches parents.

Les désavantages liés au modèle traditionnel d'un couple sans enfants et n'effectuant pas d'activité de soins aux proches sont laissés à la charge des conjoints. Il y a donc *privatisation des conséquences économiques du modèle traditionnel en cas d'activité purement ménagère*. C'est aux con-

¹²⁰⁵ Voir ci-dessus titre V, pages 86 ss.

¹²⁰⁶ Qui existait déjà avant l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial.

joint de tenir compte des intérêts de chacun des membres du couple de façon à garantir une égalité des chances entre eux. Cette privatisation du problème n'a jusqu'ici malheureusement pas conduit à une amélioration de la position de la femme, bien au contraire. Le modèle est encore très fréquent malgré l'augmentation de la main-d'oeuvre féminine sur le marché du travail et les mécanismes privés de compensation sont insuffisants¹²⁰⁷.

On peut donc arriver à la conclusion que le législateur a concrétisé le principe constitutionnel de l'égalité entre homme et femme dans le domaine de la famille en poursuivant un triple objectif. Il a souhaité laisser la liberté de choisir le rôle que le conjoint souhaite assumer dans la famille. Il a également souhaité que la collectivité prenne en considération les désavantages liés à l'exercice d'une activité éducative et, dans une moindre mesure, d'une activité de soins aux proches. Il a finalement voulu que les conséquences du modèle traditionnel avec activité purement ménagère soient privatisées.

Est-ce que la politique juridique suivie en matière d'égalité est bien-fondée ? L'égalité signifie qu'un individu appartenant à une minorité¹²⁰⁸ doit pouvoir avoir accès, sans obstacles discriminatoires, à une activité rémunérée qui sera la source de son indépendance financière. Ce principe est également valable lorsqu'il s'agit d'assurer l'égalité entre homme et femme. Hommes et femmes doivent avoir les mêmes chances d'exercer une activité rémunérée, les mêmes possibilités de promotion et le même salaire à qualification égale¹²⁰⁹. L'égalité signifie également qu'une activité biologiquement liée à un sexe ne doit pas conduire à des désavantages particuliers en matière d'emploi, c'est-à-dire dans un domaine qui repré-

¹²⁰⁷ Voir ci-dessus titre VI, page 193.

¹²⁰⁸ Le terme "minorité" doit être compris comme un groupe qui ne bénéficie pas des mêmes droits et avantages qu'un autre groupe - la majorité ou le groupe dominant - dans la société.

¹²⁰⁹ Les salaires des femmes sont encore actuellement nettement inférieurs à ceux des hommes. Les études récemment effectuées en Suisse situent la différence entre le salaire horaire moyen de la femme et celui de l'homme entre environ 20% (FERRO-LUZZI G. et FLÜCKIGER Y., *Analyse des inégalités entre les femmes et les hommes sur le marché du travail à Genève*, Genève 1996, 38) et 30 % (DIEKMANN/ENGELHARDT, cité et adapté par FERRO-LUZZI/FLÜCKIGER, op. cit., 39).

sente la source de l'indépendance financière d'un individu. La maternité ne doit donc pas constituer un obstacle à l'exercice d'une activité lucrative.

Or le travail au foyer est souvent un obstacle aux possibilités d'exercer une telle activité, un obstacle aux chances de promotion. En outre, il déprécie, à des degrés divers, les qualifications professionnelles de celui qui l'exerce à la place d'une activité rémunérée ou en plus d'une activité rémunérée à temps complet.

On peut donc se demander si la liberté de choix laissée aux conjoints quant au mode de partage des tâches ne heurte pas le principe de l'égalité. A notre avis, l'égalité entre homme et femme est respectée lorsque le libre choix ne signifie pas un maintien des femmes dans une situation économique désavantageuse. Si le modèle traditionnel contribue à une paupérisation de la femme, l'égalité n'est pas respectée. Le libre choix, tel qu'il est actuellement consacré par la loi, doit par conséquent être accompagné de mesures qui viennent soit pallier les conséquences économiques liées à l'exercice de l'activité au foyer, soit en effectuer un partage au moment où les conjoints se séparent. A l'heure actuelle, le libre choix consacré par le législateur n'est donc pas suffisant pour que le mandat qui lui a été donné de réaliser l'égalité entre homme et femme soit respecté.

Il faut en outre se demander si le fait de compenser les désavantages issus du modèle traditionnel respecte l'idée d'égalité ? En effet, l'égalité n'y trouve pas son compte si cette compensation contribue à maintenir les femmes dans un rôle traditionnel.

La compensation par la collectivité, envisagée uniquement pour l'activité éducative, évite que la personne qui assume une tâche socialement utile se retrouve dans une situation économique difficile au moment où on lui demande de reprendre une activité lucrative. Mais elle peut également contribuer à rendre le rôle de parent éducateur attractif et ainsi à maintenir les femmes dans ce rôle. A notre avis, pour éviter tout maintien de la femme dans un rôle au foyer, même si celui-ci est largement compensé, il est indispensable d'accompagner les efforts de compensation des désavantages du conjoint au foyer par une politique de sensibilisation des hommes à l'importance du rôle du père assumant, totalement ou en partie, l'éducation des enfants. C'est uniquement de cette façon qu'on parviendra à éviter qu'une plus grande attractivité du rôle de parent éducateur ne déploie ses effets uniquement à l'égard des femmes.

Quant à l'activité purement domestique qui ne trouve de justification ni dans l'éducation des enfants, ni dans les soins aux proches parents, il nous semble juste d'en mettre les conséquences à la charge des deux conjoints. Il ne s'agit pas de solliciter une aide de la collectivité pour un dommage dont les conjoints sont seuls responsables, lorsque l'activité déployée n'a pas une utilité sociale prépondérante. Il faut au contraire mettre ce dommage à la charge des intéressés et surtout en effectuer le partage entre eux. Il est en effet profondément inéquitable qu'un individu qui est mis dans une position de faiblesse, quelquefois par le biais de schémas ou modèles de comportement traditionnels qui se transmettent d'une génération à l'autre, ne trouve pas de soutien dans la loi pour l'obtention d'une compensation, même partielle, de son dommage. C'est le rôle du législateur, s'il tolère le modèle, d'en faire partager les conséquences à tous les participants, c'est-à-dire en l'espèce aux deux conjoints. Une telle politique législative aurait pour effet de rendre les deux membres du couple plus conscients de leur choix et éviterait qu'un membre ne soit tenté d'imposer une répartition traditionnelle des tâches, y voyant beaucoup d'avantages pour lui-même.

En conclusion, le modèle traditionnel n'est pas un obstacle à la réalisation de l'égalité s'il fait l'objet d'une compensation équitable qui tient compte de l'ensemble des circonstances ou si les conséquences désavantageuses en sont partagées entre les conjoints au moment du divorce. Toute idée de compensation ou de partage devrait en outre être accompagnée d'une promotion du rôle du père dans l'éducation des enfants¹²¹⁰.

Comme nous l'avons vu, la législation actuelle sur les conséquences du divorce ne partage pas équitablement le dommage véritablement survenu. Une grande partie du dommage résultant de l'activité tant éducative que ménagère reste, au moment du divorce, à la charge de celui qui a assumé cette activité. On ne peut donc pas en conclure que la législation applicable à la situation des couples ayant adopté un modèle traditionnel respecte le principe de l'égalité. Toutefois, ce n'est pas parce que le législateur n'impose pas un partage des tâches égalitaire, mais parce qu'il règle de manière insatisfaisante les conséquences financières du divorce.

¹²¹⁰

A cet égard on peut imaginer toute une palette de mesures, allant de la publicité qui valorise le rôle de père, à la flexibilisation des horaires de travail des deux parents, en passant par une éducation des garçons qui mettraient l'accent sur l'importance de l'activité éducative assumée par le père.

VIII. De lege ferenda

A. Une diversification des moyens d'indemniser le conjoint économiquement le plus faible

1. LE PROBLEME

Actuellement, le grand problème pour le conjoint qui a subi un dommage à sa carrière professionnelle, c'est que l'autre conjoint n'a souvent pas suffisamment de revenus ou de fortune à disposition pour pouvoir lui verser une indemnisation. Est-il possible d'envisager une diversification des moyens d'assurer la réparation de ce dommage ?

2. UN EXEMPLE QUI NOUS VIENT DES ETATS-UNIS

a) Généralités

Le droit de la famille aux Etats-Unis est un droit qui est de la compétence des Etats. Chacun des Etats a sa propre législation sur le divorce. Sans faire une description complète du droit du divorce dans les Etats américains, nous nous contenterons de décrire un système qui devrait nous permettre d'enrichir la discussion sur les moyens de mieux compenser les désavantages issus du divorce. Il s'agit de la distribution équitable des biens des conjoints. La description qui suit est faite sur la base du droit de l'Etat de New York.

b) Le partage équitable des biens

Le partage équitable des biens est un élément complémentaire de la tendance *clean break* aux termes de laquelle le conjoint économiquement le plus faible ne peut en règle générale plus prétendre à une indemnité à vie (*alimony*) mais seulement à une indemnité transitoire de réinsertion dans

la vie active (*maintenance*)¹²¹¹. En effet, le partage des biens doit conformément à l'équité tenir compte des intérêts économiques des deux parties et permettre par une répartition équitable des biens à disposition un règlement définitif de ces derniers. Un certain nombre de facteurs doivent guider le juge dans le partage¹²¹². Parmi ceux-ci, on trouve notamment le critère de la contribution du conjoint au foyer à l'acquisition, l'accroissement, la préservation et la dépréciation des biens matrimoniaux¹²¹³. Le partage des biens est effectué indépendamment du titre de propriété de chacun des conjoints sur les biens. L'Etat de New York connaît le partage équitable des biens au moment de la dissolution de l'union conjugale. Par ailleurs, le *Uniform Marriage and Divorce Act* (UMDA), qui est un texte qui fixe des règles standard et des critères de décision notamment en matière de divorce, et dont le but est d'unifier les différentes législations des Etats¹²¹⁴, recommande également une distribution équitable des biens matrimoniaux dans les Etats qui n'ont pas un système de biens apparte-

¹²¹¹ «Equitable distribution was based on the premise that a marriage is, among other things, an economic partnership to which both parties contribute as spouse, parent, wage earner or homemaker. Consistent with this purpose, and implicit in the statutory scheme as a whole, is the view that upon dissolution of the marriage there should be a winding up of the parties' economic affairs and a severance of their economic ties by an equitable distribution of the marital assets. Thus, the concept of alimony which often served as a means of lifetime support and dependence for one spouse upon the other long after the marriage was over, was replaced with the concept of maintenance which seeks to allow "the recipient spouse an opportunity to achieve [economic] independence" (Assembly Memorandum, 1980 N.Y.Legis. Ann., at 130)» (in *O'Brien*, 489 N.E.2d, 712 [716]).

¹²¹² Ce système ressemble beaucoup à notre régime de la participation aux acquêts qui reconnaît également la contribution indirecte du conjoint au foyer dans la formation des biens d'acquêts. Cependant, le juge d'un Etat américain connaissant le système de l'*equitable distribution* bénéficie d'un plus grand pouvoir d'appréciation que le juge suisse dans la fixation de la part équitable qui revient à chacune des parties.

¹²¹³ Comme dans le code de la Caroline du Sud par exemple (DEWITT GREGORY, 8-4, 8-5).

¹²¹⁴ Il s'agit d'une loi modèle.

nant en commun aux conjoints pendant le mariage (*common-law State*)¹²¹⁵.

Dans le système de l'*equitable distribution*, le juge peut attribuer plus de la moitié des biens matrimoniaux au conjoint économiquement le plus faible si cela paraît équitable. Ainsi, par exemple dans l'Indiana, un tribunal a récemment accordé à la femme les 60 % des biens matrimoniaux, tenant compte de la différence de revenus entre les conjoints après le divorce et de la longue absence de la femme de la vie active¹²¹⁶. En outre, dans certains Etats, les biens matrimoniaux ne sont pas limités aux biens acquis par un conjoint pendant le mariage mais englobent tous les biens

¹²¹⁵ Art. 307 alternative A UMDA; Herbert JACOB, *The Silent Revolution*, Chicago/Londres 1988, 120.

Le texte de l'article 307 alternative A UMDA est le suivant :

In a proceeding for dissolution of a marriage, legal separation, or disposition of property following a decree (...) the court, without regard to marital misconduct, shall, and in a proceeding for legal separation may, finally equitably apportion between the parties the property and assets belonging to either or both however and whenever acquired, and whether the title thereto is in the name of the husband or wife or both. In making apportionment the court shall consider the duration of the marriage, any prior marriage of either party, any antenuptial agreement of the parties, the age, health, station, occupation, amount and sources of income, vocational skills, employability, estate, liabilities, and needs of each of the parties, custodial provisions, whether the apportionment is in lieu of or in addition to maintenance, and the opportunity of each for future acquisition of capital assets and income. The court shall also consider the contribution or dissipation of each party in the acquisition, preservation, depreciation, or appreciation in value of the respective estates, and as the contribution of a spouse as a homemaker or to the family unit.

Les mots en caractères romains ne le sont pas dans le texte original (KRAUSE, 434-435).

Actuellement le UMDA a été adopté par 8 Etats (Arizona, Colorado, Illinois, Kentucky, Minnesota, Missouri, Montana et Washington) (Marti E. THURMAN, "Maintenance : A Recognition of the Need for Guidelines", *Journal of Family Law* 1994-95, 971 [975]).

¹²¹⁶ *Hunt v. Hunt*, 645 N.E.2d 634 (Ind. Ct. App. 1994), résumé par Linda D. ELROD, in "Family Law in the Fifty States 1994-95", *Family Law Quarterly* 1995-96, 775 (819).

des conjoints, y compris ceux qui étaient propriété du conjoint avant le mariage¹²¹⁷.

Le système est intéressant pour deux raisons : il flexibilise les moyens d'indemniser le conjoint lésé, puisque le partage équitable est effectué sans que le titre de propriété d'un conjoint sur un bien ne constitue un obstacle pour l'attribution de ce bien à l'autre conjoint en indemnisation du dommage subi. De plus, le système accroît le réservoir des biens soumis au partage puisque les biens propres peuvent également être intégrés à la liquidation. De la sorte il peut y avoir suffisamment de biens pour que la quote-part de biens revenant au conjoint lésé englobe une indemnisation de la perte des opportunités professionnelles de l'intéressé.

Le désavantage du système tient cependant au fait que le résultat dépend largement de l'appréciation du juge, ce qui ne conduira pas nécessairement à une amélioration de la position du conjoint économiquement le plus faible¹²¹⁸.

¹²¹⁷ Les Etats du Massachusetts, de Hawaï, de Utah, du Montana et du New Hampshire par exemple ne partagent pas uniquement les biens matrimoniaux (John DEWITT GREGORY, *The Law of Equitable Distribution*, Boston/New York 1989, 2-22; Linda E. EROLD et Robert G. SPECTOR, "A Review of the Year in Family Law : Children's Issues Take Spotlight", *Family Law Quarterly* 1995-96, 741 ss [table 5 en annexe]).

¹²¹⁸ Deux exemples récents peuvent nous convaincre du fait que le pouvoir judiciaire n'utilise pas toujours le pouvoir d'appréciation qui est le sien de manière à favoriser la réalisation de l'égalité entre homme et femme :

Le fait que le constituant de 1981 a ajouté un nouvel alinéa à l'article 4 de la Constitution fédérale tient en grande partie au fait que l'alinéa 1, qui postulait déjà un principe d'égalité juridique entre les sexes (MÜLLER, Commentaire, ad art. 4, n. 133, 68-69), n'était pas interprété par la jurisprudence comme un principe d'égalité de l'homme et de la femme dans tous les domaines.

Selon l'étude BINKERT/WYSS, et si les résultats en sont corrects, l'introduction du nouveau droit matrimonial n'empêcherait pas le fait que certains juges recourraient encore à une interprétation traditionnelle du droit du divorce, c'est-à-dire à une interprétation fortement influencée par les concepts traditionnels de rôle de chacun des sexes (BINKERT/WYSS, Résultats statistiques, 163-168, pour quelques éléments statistiques caractéristiques d'une interprétation traditionnelle; IDEM, Résultats Interviews, 39-51, pour quelques exemples des déclarations faites par un juge ayant une vision traditionnelle).

c) Conclusion intermédiaire

Il pourrait être utile d'avoir une plus grande flexibilité dans les règles sur la liquidation du régime matrimonial légal. Lorsqu'une partie du dommage existant ne peut pas être compensée faute de moyens à disposition, le juge pourrait alors exceptionnellement requérir d'un débirentier qui est propriétaire de biens propres d'entamer une partie de ceux-ci pour indemniser l'autre conjoint. Il pourrait également ordonner un partage des acquêts à disposition qui soit favorable au conjoint lésé, comme par exemple 2/3-1/3 en faveur du conjoint au foyer.

Une telle liquidation des biens des conjoints interviendrait en équité, sur la base d'une appréciation de l'ensemble des circonstances, et devrait être justifiée par l'absence d'autres moyens d'indemniser le conjoint économiquement le plus faible.

Il est évident qu'une flexibilité accrue des règles sur les régimes matrimoniaux ne conduira pas nécessairement à une amélioration de la position du conjoint économiquement le plus faible, puisque comme expliqué ci-dessus le juge bénéficiera toujours d'un grand pouvoir d'appréciation. Toutefois une telle modification législative aurait le grand avantage de mettre à disposition des règles qui pourraient permettre une plus large indemnisation du conjoint économiquement le plus faible. Cela viendrait partiellement pallier le problème actuel qui tient dans une certaine limitation dans les sources de financement du dommage.

3. QUELQUES AUTRES PROPOSITIONS

1. On peut se demander si le système de l'épargne fiscalement avantageé, tel que développé avec succès pour le 3e pilier, ne pourrait pas être pratiqué de la même manière, dans un but alternatif à celui de la prévoyance vieillesse, décès ou invalidité, c'est-à-dire dans le but d'assurer une compensation du dommage subi par le conjoint économiquement le plus faible en cas de divorce. Le montant épargné serait donc versé à l'ayant droit soit dans l'hypothèse de la réalisation d'un divorce, soit dans celle de la réalisation d'un cas de prévoyance.

Une telle épargne augmenterait les chances du conjoint économiquement le plus faible d'obtenir une compensation du dommage professionnel causé par un partage traditionnel des tâches en cas de divorce. Elle per-

mettrait en outre d'écarter la perspective du maintien d'un lien économique entre les conjoints après le divorce. Cela permettrait de réaliser un divorce *clean break*, sans que le conjoint économiquement le plus faible ne subisse un dommage professionnel qui reste en partie non compensé.

Un tel système ne pourrait pas être réalisé par une modification de l'actuelle OPP3, car une base légale fait défaut. Cela nécessiterait l'adoption d'une loi fédérale spécifique.

2. Les conventions sur les effets patrimoniaux du divorce devraient plus souvent inclure une clause prévoyant que pour chaque accroissement des revenus du débirentier après le divorce, l'indemnité due au crédientier augmentera dans une certaine proportion. De telles dispositions permettraient de remédier au fait que les circonstances ne sont pas suffisamment certaines au moment du divorce pour pouvoir être prises en considération dans la fixation de l'indemnité. Elles permettraient d'apporter une meilleure compensation du dommage subi par le crédientier. Cette possibilité d'augmenter le montant de la rente après le divorce a d'ailleurs été retenue par le projet de droit du divorce. Aux termes de l'article 129 alinéa 3 du projet, le crédientier peut prétendre à un accroissement du montant qui lui a été octroyé au moment du divorce ou même à l'allocation d'une rente, lorsqu'il n'avait pas été possible au moment du jugement de fixer une rente suffisant à couvrir l'entretien convenable du crédientier et que la situation du débirentier s'est améliorée par la suite. Les droits du crédientier ont toutefois été limités dans le temps. Celui-ci ne peut faire valoir sa prétention que dans un délai de 5 ans après le divorce¹²¹⁹.

B. Un soutien en matière d'assurances sociales ?

1. INTRODUCTION

Aujourd'hui, le divorce est devenu un facteur important de paupérisation de la population, en particulier des femmes qui ont la charge de l'éducation des enfants après le divorce. Cette paupérisation est en partie due au

¹²¹⁹ Voir ci-dessus page 311.

modèle traditionnel de partage des tâches qui contribue à diminuer la capacité de gain du conjoint au foyer.

2. UN NOUVEAU RISQUE SOCIAL ?

a) Développement

Les assurances sociales ont pour objectif d'apporter une compensation au besoin qui prend naissance dans le cadre d'une situation que l'on doit considérer comme caractéristique d'un risque socialement reconnu. Elles compensent ainsi les besoins qui se créent lors de restrictions passagères de la capacité de travail (assurance-maladie, assurance-accidents, assurance-maternité, assurance-chômage), de diminution durable de cette capacité (assurance-vieillesse, assurance-invalidité) ainsi que ceux qui trouvent leur origine dans un décès (assurance au décès)¹²²⁰.

Les motifs qui ont poussé le constituant suisse à instaurer un système d'assurances sociales sont les suivants.

Tout d'abord, il s'agit de protéger l'individu face à des risques qui pourraient le conduire, avec sa famille, dans le dénuement. Il s'agit de pourvoir entièrement ou partiellement à une situation de besoin économique causée soit par un événement accidentel, indépendant de la volonté de l'assuré, soit par un autre genre d'événement, non accidentel mais qui dépend du cours du temps et dont le moment où il va se produire et la durée du besoin qu'il va engendrer restent indéterminés¹²²¹.

Ensuite, les assurances sociales constituent une partie de la politique sociale de l'Etat, qui consiste à régler les conditions économiques de la population en cherchant à adoucir les contrastes de la société humaine. A juste titre, le Conseil fédéral fait remarquer qu'une substitution aussi étendue que possible de l'assurance sociale à l'assistance publique des indigents est d'autant plus opportune que la première diminue le risque d'ap-

¹²²⁰ FF 1919 IV 1 ss (9).

¹²²¹ FF 1919 IV 1 ss (8).

pauvrissement pour des catégories entières de la population, tandis que la seconde se borne à parer à la misère dans des cas donnés¹²²².

Comme le relèvent certains auteurs américains spécialisés dans les théories économiques du droit, le mariage traditionnel peut être comparé à un contrat dans le cadre duquel les parties ne fournissent pas leur contre-prestation à des moments identiques¹²²³. Le conjoint au foyer fait un sacrifice important au début du contrat et fournit la part importante de sa contribution à ce moment-là. En effet, il quitte la vie active, réduisant ses chances de pouvoir lui-même à son propre entretien, et en général s'occupe des enfants. L'autre conjoint fournit la partie importante de sa contre-prestation lorsqu'il continue d'entretenir le conjoint au foyer alors que celui-ci ne doit plus s'occuper des enfants qui ont quitté la maison. Lorsqu'il est possible de remettre en question le contrat passé entre les parties, ce décalage dans le moment où intervient la contre-prestation rend plus vulnérable le conjoint qui fournit le premier sa prestation. Cette vulnérabilité est d'autant plus importante que le marché du travail s'accommode mal d'interruptions dans l'activité professionnelle et qu'il est difficile voire impossible de réparer les dommages subis.

C'est pour cette raison que la disparition de l'entretien fourni par le conjoint du fait du divorce pourrait être prise en considération par les assurances sociales comme étant un risque social que l'on doit couvrir.

b) Statistiques¹²²⁴

A l'époque où l'article 34 quater Cst. a été élaboré et la LAVS adoptée, le cadre social était bien différent de celui que l'on connaît aujourd'hui.

En 1925, année de l'adoption de l'article 34 quater de la Constitution, et même en 1946 lors de l'adoption de la LAVS, le nombre des divorces

¹²²² FF 1919 IV 1 ss (9).

¹²²³ Voir ci-dessus page 199.

¹²²⁴ Ces chiffres sont tirés de l'Annuaire statistique de la suisse des années 1925, 1946, 1950 et 1996.

était très bas. En septante ans, le nombre de divorces par 100'000 habitants a été multiplié par 40 environ¹²²⁵.

En 1994, l'indice conjoncturel de divortialité qui mesure la proportion des mariages, contractés dans l'année, qui seront dissous par un divorce dans la même année ou plus tard, dans les conditions de divortialité de l'année considérée est de 38. Cela signifie que sur 100 mariages conclus en 1994, 38 finiront par un divorce. Le divorce est donc devenu un risque que l'on ne peut raisonnablement ignorer au moment du mariage.

Si l'on fait une comparaison entre le risque de devenir veuve pendant le mariage et le risque de divorcer, on peut constater que le nombre des divorces s'est à ce point accru au cours de ces 70 dernières années qu'il est en 1994 environ six fois plus important que le nombre de décès touchant un des membres d'un couple marié. Par comparaison, en 1925, c'est-à-dire l'année où il a été décidé de donner mandat à la Confédération de prendre des mesures pour promouvoir une prévoyance suffisante notamment au moment du décès, le nombre des décès était huit fois plus important que le nombre des divorces !

En 1925, le nombre des divorces par 100'000 habitants étaient de 0.056 %¹²²⁶. En 1946, ce nombre était de 0.96 et en 1994, il est de 2.2 %. Par comparaison, en 1921/25¹²²⁷, le nombre de veufs/veuves par 100'000 habitants était de 0.45, de 0.44 en 1941/45 et de 0.36 en 1994.

A ces constatations, il faut ajouter que la grande majorité des divorces surviennent avant que les conjoints soient à la retraite¹²²⁸, c'est-à-dire

¹²²⁵ Voir les chiffres ci-dessous.

¹²²⁶ Calculé sur la base d'un nombre absolu de 2'223 divorces pour une population de résidence moyenne de 3'936'330 personnes (Annuaire statistique de la Suisse 1925, 10 et 18).

¹²²⁷ Les statistiques à disposition donnent des chiffres pour la période 1921/1925 sans qu'il soit possible de connaître le nombre de veufs par 100'000 habitants pour l'année 1925 seulement.

¹²²⁸ Il n'y a pas de statistiques précises sur le nombre de divorces de conjoints retraités. Les chiffres publiés (qui donnent des indications sur le nombre des divorcés qui ont 50 ans et plus) permettent toutefois de dire que moins de 12 %

durant une période où le conjoint divorcé qui n'a pas de revenus propres se trouve dans une situation financière précaire et dépend très largement des indemnités après divorce octroyées par le juge civil. Or comme nous l'avons vu, la situation financière du débirentier après le divorce ne permet souvent pas d'indemniser convenablement le crédentier, et ce dernier risque par conséquent de tomber dans la pauvreté. Par comparaison, la majorité des décès mettant fin à l'union conjugale surviennent après que le conjoint survivant a atteint 65 ans (environ 68%)¹²²⁹.

En conclusion, le divorce est un facteur de paupérisation aujourd'hui bien plus important en nombre que le décès du conjoint.

c) Conclusion intermédiaire

Actuellement, le divorce contribue dans une plus grande mesure à la paupérisation de la population que le décès du conjoint. Il n'est plus justifié d'avoir un système d'assurances sociales qui indemnise la perte de revenus au moment du décès du conjoint mais ignore celle qui survient au moment du divorce.

L'augmentation du nombre des divorces a profondément changé les relations des époux dans la mesure où le mariage ne peut plus nécessairement être considéré comme une union pour la vie. Au moment du mariage, les époux doivent tenir compte du fait que l'union a 38 % de risques de finir par un divorce, selon les chiffres publiés à ce jour.

Le type des biens accumulés par les époux pendant le mariage a également beaucoup changé. Auparavant, les conjoints accumulaient des immeubles ou des biens mobiliers. Aujourd'hui, ils ont tendance à accumuler des droits à l'égard des assurances privées ou sociales et souvent des expectatives à l'égard des institutions d'assurances privées ou socia-

des femmes et moins de 17 % des hommes divorcent après l'âge de 50 ans (Annuaire statistique de la Suisse 1996, 48).

¹²²⁹

Ce chiffre a été obtenu par un calcul effectué sur la base des données statistiques de l'année 1994. Le calcul a porté sur une division du nombre de conjoints survivants hommes (5'074) et femmes (12'102) de plus de 65 ans par le nombre de mariages dissous par décès (25'306) (Annuaire statistique de la Suisse 1996, 52).

les¹²³⁰. Les valeurs des époux sont souvent constituées d'expectatives de revenus à l'égard d'institutions d'assurance. La formation acquise peut également être considérée comme une expectative de revenus pour l'avenir¹²³¹.

Au moment du divorce, les biens que les époux peuvent partager sont souvent très limités. En outre, les revenus du conjoint actif ne permettent pas toujours de couvrir les dépenses supplémentaires liées à l'existence de deux ménages distincts. Le conjoint au foyer devra dans la mesure du possible reprendre une activité lucrative pour couvrir son propre entretien. Il aura cependant subi des désavantages professionnels dont l'importance dépendra de la durée du mariage, du moment où est survenue l'interruption de travail (pendant les études ou après 10 ans d'activité par exemple), du degré de réduction de l'activité lucrative et du marché du travail.

Il s'agit d'un nouveau risque social qui s'est développé progressivement au cours de ces 50 dernières années¹²³². Il mérite que le législateur le place sur pied d'égalité avec le risque de perte de soutien après décès.

3. UNE NOUVELLE RENTE DE BESOIN

Au regard du texte clair de l'article 34 quater Cst., qui couvre uniquement la prévoyance en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité, la création d'une rente de besoin destinée à couvrir le manque de ressources immédiatement après le divorce nécessiterait une modification constitutionnelle.

Cette nouvelle rente devrait accorder le droit à une rente de besoin uniquement au conjoint qui a assumé un rôle traditionnel pendant le mariage dans le but d'assurer l'éducation des enfants ou d'apporter des soins à de

¹²³⁰ TRIGO TRINDADE, 443; REUSSER, *Vorsorge*, 1510. Cette tendance correspond à ce qui a été constaté aux Etats-Unis. Pour plus de détails, voir GLENDON (voir ci-dessus note 7) et WEITZMAN (voir ci-dessus note 176).

¹²³¹ GLENDON, *New Family* (voir ci-dessus note 7).

¹²³² Le chômage et le divorce apparaissent comme étant deux des principaux facteurs de pauvreté (MANON, *Cours de droit social*, 83).

proches parents. En ce sens, la nouvelle législation se conformerait à l'option prise par le législateur lors de la 10^e révision de la LAVS.

La couverture de ce nouveau risque devrait être liée à une clause de ressources limitant le droit aux prestations au conjoint se trouvant en situation de précarité après le divorce. Cela permettrait de garantir un minimum de revenus uniquement au conjoint se trouvant dans le besoin du fait qu'il a assumé un rôle socialement utile pendant le mariage.

Quant au financement, on pourrait admettre que seuls les couples mariés soient astreints à contribuer à la couverture de cette nouvelle prestation. Cela aurait l'avantage d'éviter que des assurés n'ayant quasiment aucune chance de bénéficier de la rente ne soient obligés de participer à son financement.

- Probleme um die zivilstandsunabhängige Alterssicherung der Frau in Gesetzgebung und Rechtsprechung, in *Mélanges Berenstein*, 379 ss

Bräm Verena	Die Auswirkungen des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 auf scheidungsrechtliche Leistungen im Sinne von Art. 151 und 152 ZGB, RSAS 1995, 1 ss (cit. Auswirkungen)
Brocas Anne-Marie	L'égalité de traitement des hommes et des femmes dans le domaine de la sécurité sociale : un examen d'ensemble, in <i>L'égalité de traitement</i> , BIT, Genève 1988
Bruchez Véronique	Modalités de la compensation des lacunes de prévoyance résultant du divorce (art. 151/152 CC; 22 LFLP); Zum neuen Art. 22 FZG, résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 août 1995 destiné à la publication, RJB 1995, 870-871
Cadotsch Paul	10e révision de l'AVS, modifications dans le domaine des cotisations, <i>Sécurité sociale</i> 5/1996, 234 ss
Christe Pierre	Divorce et transfert des prestations acquises de prévoyance, <i>Schweizer Personalvorsorge</i> 1995, 449 ss
Christoffel Mario	Conditions du splitting des revenus, en particulier en cas de divorce, <i>Sécurité sociale</i> 5/1996, 236 ss
Curti Eugen	Freizügigkeitsgesetz der Personalvorsorge bei Ehescheidungen, RSJ 1995, 111 ss
Deschenaux Henri/ Steinauer Paul-Henri	Le nouveau droit matrimonial, Beme 1987
Duc Jean-Louis	Les assurances sociales en Suisse, Lausanne 1995

- Ferrari Pierre Divorce et assurances sociales, RVJ 1987, 369
- Furer Hans 400 francs d'allocation pour enfants : une utopie ?, Questions familiales 2/95, 49 ss
- Geiser Thomas
- Pensionskassengesetz, Auswirkungen auf Scheidungsrecht, Plaidoyer 5/1984, 14 ss
 - Die Auswirkungen der AHV und der beruflichen Vorsorge auf die Scheidung de lege lata et ferenda, Recht 1991, 1 ss
 - Die Auswirkungen der AHV und der beruflichen Vorsorge auf die Scheidung de lege lata et ferenda, in Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, 111 ss
 - Das EVG als heimliches Familiengericht ?, in Le droit des assurances sociales en mutation, Mélanges pour le 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances, Berne 1992, 353 ss (cit. EVG)
 - Freizügigkeitsgesetz, RJB 1995, 185 ss
 - Die goldenen Fesseln der Ehescheidung und Altersvorsorge, in Questions au féminin 1/1992, 14 ss (cit. Questions)
 - Der Versorgungsausgleich im neuen Scheidungsrecht, RDS 1996, 395 ss (cit. Versorgungsausgleich)
- Gerhards Gerhard
- Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Berne/Stuttgart/Vienne 1996 (cit. Grundriss)

- La sécurité sociale des chômeurs, in Sécurité sociale, revue de l'Office fédéral des assurances sociales 2/1993, 6 ss (cit. sécurité sociale)

Gilliand Pierre/
Mahon Pascal

- L'égalité des droits entre l'homme et la femme dans le cadre des politiques et prestations familiales, in Egalité de traitement et sécurité sociale, Genève, 179 ss
- La sécurité sociale dans une société en mutation, Rapport présenté au Conseil de l'Europe pour la 4e Conférence des ministres européens responsables de la sécurité sociale (Lugano, 12-14 avril 1989), Strasbourg 1989

Greber Pierre-Yves

- La portée de l'article 4 de la Constitution en droit de la sécurité sociale, RDS 1992, 473
- Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale, Lausanne 1984

Guinand Jean

Le sort des prestations d'assurances dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des successions, RNRF 1989, 65 ss

Häberli Christoph

Freizügigkeitsgesetz : die Folgen für das Scheidungsverfahren, Plaidoyer 5/1994, 34 ss

de Haller Geneviève

Divorce et LPP, Divorce et assurances sociales, Colloques de Martigny 1987, Lausanne 1988

Héritier Lachat Anne

Divorce, succession et prévoyance professionnelle, in Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich 1994, 7 ss

Herzig Michael

De la nécessité de réformer le système suisse d'allocations familiales, Questions familiales 2/95, 6 ss

- Heyden Frank Das Verhältnis zwischen den Kognitionen des Scheidungsrichters und des Versicherungsrichters nach Art. 22 LFLP, RSJ 1996, 21
- Isaak-Dreyfus Liliane Das Verhältnis des schweizerischen Ehescheidungsrecht zum Sozialversicherungsrecht, thèse Zurich 1992
- Köbl Ursula Der Versorgungsausgleich - Ordnungsauftrag und Rollenverteilung von Familienrecht und Sozialrecht, in Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis, Schriftenreihe für internationales und vergleichendes Sozialrecht, vol. 11, Berlin 1985, 47 ss
- Kocher Martin Zum Wesen der Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung, recht 1994, 90 ss
- Kohler Nathalie La situation de la femme dans l'AVS, thèse Lausanne 1986
- Koller Thomas Die Berücksichtigung von AHV-Altersrenten bei der Bemessung von Scheidungsfolgerenten, recht 1992, 141 ss
- Jaquemoud-Rossari
Jacqueline Quelques considérations pratiques sur les expectatives de prévoyance du conjoint divorcé sous le régime de l'article 22 de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP); aspects judiciaires, SJ 1995, 485 ss
- Leuzinger-Näf Susanne - Ausgleich der beruflichen Vorsorge bei Scheidung, Plaidoyer 2/1989, 42 ss
- Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte : Bedeutung für das schweizerische

Sozialversicherungsrecht, Commentaire de l'arrêt du TFA du 20 juillet 1995, PJA 1995, 1505-1506 (cit. Bedeutung)

- Locher Thomas
- Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Berne 1994 (cit. Grundriss)
 - Nahtstellen zwischen Scheidungs- und Sozialversicherungsrecht, RJB 1991, 347 ss (cit. Nahtstellen)
- Mahon Pascal
- Institutions de sécurité sociale, Lausanne 1983 (cit. Institutions)
 - Cours de droit social, vol. 1, Neuchâtel 1996 (cit. Cours de droit social)
 - Structures familiales et sécurité sociale, in Familles et solidarité dans une société en mutation, Gilliard/Lévy (éds), Lausanne 1990, 207 ss
- Maurer Alfred
- Bundessozialversicherungsrecht, 2e édition non modifiée, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1994
 - Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Berne 1985
- Message
- relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1946 II 353 ss
- Message
- concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1990 II 1 ss
- Message
- concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, FF 1992 III 529 ss

- Meyer-Blaser Ulrich** Die Bedeutung von Art. 4 BV für das Sozialversicherungsrecht, RDS 1992, 209
- Murer Erwin**
- Zur wirtschaftlichen Sicherung der geschiedenen Frau, cahiers genevois de sécurité sociale 1990/7, 41 ss
 - Zur Koordination der Sozialversicherungsleistungen mit der eigenen Leistungsfähigkeit des Versicherten, in Le droit des assurances sociales en mutation, Mélanges pour le 75e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances, Berne 1992, 283 ss
- Nef Urs**
- Der Einfluss des Sozialversicherungsrechts auf das Privatrecht, RSJ 1981, 23 ss
 - Familien- und Sozialversicherungsrechts im Wandel familiärer Lebensmuster, RSJ 1982, 141 ss (cit. Wandel)
- Office fédéral des assurances sociales**
- Mémento sur les allocations familiales en faveur des salariés, état au 1er avril 1996, Berne 1996
 - Aperçu des régimes cantonaux d'allocations familiales, état au 1er avril 1996, Berne 1996 (cit. Aperçu)
- Pauchard Catherine** Femmes divorcées et sécurité sociale, Lausanne 1991
- Pfiffner Brigitte**
- Vorsorgeansprüche bei Scheidung - Versuche zur Quantifizierung, Plaidoyer 2/1993, 32
 - AHV-Neuregelung : Folgen bei der Scheidung, Plaidoyer 6/1994, 26-29

- Piotet Paul
- Divorce, régime matrimonial et prévoyance professionnelle, Berne 1992 (cit. Divorce)
 - L'avenir de la prévoyance professionnelle en cas de liquidation du régime matrimonial, PJA 1994, 588 ss (cit. prévoyance professionnelle)
- Reber Urs
- Scheidungsrecht und Sozialversicherung (insbesondere AHV und IV), RSJ 1983, 89 ss
- Reusser Ruth
- Die Vorsorge für die geschiedene Ehefrau unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des neuen Freizügigkeitsgesetzes, PJA 1994, 1510 ss (cit. Vorsorge)
- Riedi Anna Maria
- Sozial gesicherte Gleichberechtigung, Eine Untersuchung zur Dialektik von Emanzipation und sozialer Sicherheit, Coire 1995
- Riemer-Kafka Gabriela
- Die Gleichstellung vom Mann und Frau in der schweizerischen Sozialversicherung, RSAS 5/1991, 225 ss
- Schweizer Rainer J.
- Probleme der Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Ausrichtung von Haushaltszulagen, ZBl 1992, 1 ss
- Sommer Jürg H./
Höpflinger François
- Wandel der Lebensformen und soziale Sicherheit in der Schweiz, Grusch 1989
- Spycher Stefan/
Bauer Tobias/
Baumann Beat
- De nouveaux outils pour compenser les coûts de l'enfant en Suisse, Questions familiales 2/95, 21 ss

- Bräm Verena**
- Auswirkungen von Art. 163-165 nZGB auf Renten bei Scheidung und Getrenntleben, RSJ 1988, 57 ss (cit. Renten)
 - Tendenzen des Scheidungsrechtsrevision, RSJ 1990, 257 ss
 - Commentaire de l'ATF 116 II 101, PJA 1992, 125 ss
- Bräm Verena/
Hasenböhler Franz**
- Das Familienrecht : die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159, Art. 163-168, 3e éd., Zurich 1993
- Breitschmid Peter**
- Ehegattenerbrecht bei Scheidung, PJA 1993, 1447 ss
 - System und Entwicklung des Unterhaltsrechts, PJA 1994, 835 ss
- Bretscher Susanne**
- Die Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten nach geltendem Recht sowie nach Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts, Bâle 1979
- BühlerWalter/
Spühler Karl**
- Berner Kommentar, Die Ehescheidung, Berne 1980
- Caritas**
- Berichte 2/91, Existenzsicherndes Grundeinkommen ?, Tagungsbericht, Lucerne 1991
- Commission fédérale
pour les questions
féminines**
- Femmes et hommes : faits, perspectives et utopies, Berne 1987

- Effets juridiques du nouveau droit matrimonial, Berne 1991, avec des rapports de Doris Farner-Schmidhauser, Jean-François Perrin et Elisabeth Freivogel (cit. Rapport)

Deschenaux Henri/
Tercier Pierre

Le mariage et le divorce, 3e éd., Berne 1985

Deschenaux Henri/
Tercier Pierre/
Werro Franz

Le mariage et le divorce, la formation et la dissolution du lien conjugal, 4e éd., Berne 1995

Dumusc Daniel

Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, thèse Lausanne 1980

Egli Steffen Margareta

Eherechtwidriges Steuerrecht, in Mélanges Schnyder, Berne 1995, 193 ss

Engler Urs

- Unterhaltsbeitrag und BVG-Leistungen an geschiedene Frauen, BJM 1991, 169 ss
- Aus der Praxis des Ehegerichtspräsidenten Basel-Stadt, BJM 1990, 169 ss (172 ss) (cit. Praxis)

Frank Richard

Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts der Schweiz, Bâle 1987

Frick-Moccetti Heidi

Die Festlegung der Geldbeiträge an den Unterhalt bei Auflösung des gemeinsamen Haushaltes - eine Ergänzung, RSJ 1988, 303 ss

Geiser Thomas

- Herabsetzung von Unterhaltsleistungen wegen (absichtlicher) Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit? RJB 1992, 529 ss (cit. Herabsetzung)

- Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und Art. 152 ZGB ?, RJB 1993, 339 ss (cit. Worin ?)
- Die güterrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus Steuerbegünstigtem Sparen, PJA 11/1992, 1394 (cit. Güterrechtliche Behandlung)
- Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, PJA 1993, 903 ss (cit. Tendenzen)
- Die Säule 3 a kann im Scheidungsverfahren aufgeteilt werden, RJB 1997, 141 ss (cit. Säule 3 a)
- Fussangeln für Scheidungswillige, Plaidoyer 5/1984, 14 ss
- Erste Erfahrungen mit dem neuen Eherecht. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und oberer kantonaler Gerichte, Recht 1990, 38 ss
- Critique de l'ATF 121 I 97, PJA 1995, 939 ss (cit. Commentaire de l'ATF 121 I 97)

Geiser Thomas/
Lüchinger Adolf

Art. 151 in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Hoesell/Vogt/Geiser (éds), Bâle 1996

Gessler Dieter

Kritische Bemerkungen zur Rentenfestsetzung bei Scheidungen, RSJ 1995, 65

Gilliand Pierre

Familles en rupture, pensions alimentaires et politique sociale, Travaux réunis par Pierre Gilliand, Lausanne 1984

- Gilliand Pierre/
Schaub Christine/
Stucki Geneviève
- Pensions alimentaires : Pratiques et enjeux,
Lausanne 1985
- Grossen Jacques-Michel
- Une révolution tranquille : Une lecture des arrêts récemment rendus au sujet de la limitation dans le temps de la rente allouée en vertu de l'art. 151 al. 1 CC, in Problèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, 57 ss (cit. Une révolution tranquille)
 - Le droit suisse du divorce : solutions actuelles et réformes possibles, in Familles en rupture, pensions alimentaires et politique sociale, édité par Pierre Gilliand, Lausanne 1984
- Guillod Olivier
- Finie la recherche du temps perdu ?, Les conséquences pécuniaires du divorce, Plaidoyer 3/1986, supplément français
- Guler Albert
- Die Bemessung von Unterhaltsbeiträgen der Kinder, RDT 1990, 54 ss
- Hafner Ursula/Spycher
Stefan/Meier-Schatz
Lucrezia/Welti Myrtha/
Jaggi Maia
- La compensation des coûts de l'enfant en discussion : entretien, Questions familiales 2/95, 38 ss
- Haller-Zimmermann Greta
- Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm. Bemerkungen zur Gleichstellung von Mann und Frau im Eherecht, RSJ 1976, 307 ss
- Hausheer Heinz
- Vom alten zum neuen Eherecht, Berne 1986
 - Arbeitsleistungen in Beruf und Gewerbe unter Ehegatten de lege lata und ferenda, in Mélanges Frank Vischer, Zurich 1983, 399 ss

- Grundeigentum und Ehescheidung aus zivilrechtlicher Sicht, RNRF 1984, 265 ss
- Das neue Eherecht und seine Auswirkungen auf die Scheidung, in Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Kaufmann Albert et Huwiler Bruno (éds), Berne 1988, 211 ss (cit. Auswirkungen)
- Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung, in Mélanges Hegnauer, 167 ss (174 ss)
- Vor der Revision des Scheidungsrechts, in Zusammenhänge 1 : Scheidung in der Schweiz, Bericht über eine Arbeitstagung, Zurich 1980, 165 ss
- Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung, RJB 122/1986, 49 ss (55-71) (cit. Tendenzen)
- Nachehelicher Unterhalt : Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der Anstehenden Scheidungsrechtsrevision, RJB 1993, 644 ss (cit. Nachehelicher Unterhalt)
- Gesichtspunkte bei der Regelung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts, in Recht, Staat und Politik am Ende des 2. Jahrtausends, Berne 1993, 287 ss (cit. Gesichtspunkte)
- Fragliche und offene Fragen bei der Anwendung des neuen Eherechts, in Mélanges Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, 141 ss

- Hausheer Heinz/
Geiser Thomas
- Koordination Scheidungsunterhalt und AHV/IV -
Ergänzungsleistungen, RJB 1994, 620-624
- Hausheer Heinz/
Reusser Ruth/
Geiser Thomas
- Das Güterrecht der Ehegatten, Berner Kom-
mentar II.1.3.1, Berne 1992 (cit. Güterrecht)
 - Kommentar zum Eherecht, Vol. I, Berne 1988
(cit. Kommentar)
- Hegnauer Cyril
- Zur Revision des schweizerischen Familien-
rechts : Ursprung, Wandel und Ausführung
eines Konzepts, Mélanges Grossen, Bâle /
Francfort-sur-Je-Main, 1992, 155 ss
 - Die Reform des schweizerischen Scheidungs-
rechts, FamRZ 1994, 729-735
- Hegnauer Cyril/
Breitschmid Peter
- Grundriss des Eherechts, 2e éd., Berne 1993
- Hinderling Hans
- Das schweizerische Ehescheidungsrecht,
3e éd., Zurich 1967 et Supplément à la 3e éd.,
Zurich 1981 (cit. Supplément)
 - Divorces (causes) II-III, Fiches juridiques suis-
ses n. 509 ss, Genève 1978
 - Scheidungsgründe - Rückkehr zum Recht der
französischen Revolution ?, in Mélanges
Vischer, Bâle 1983, 35 ss
- Hinderling Hans/
Steck Daniel
- Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4e éd.,
Zurich 1995

- Die Berücksichtigung von AHV-Altersrenten bei der Bemessung von Scheidungsfolgerenten, recht 1992, 141 ss
- AHV und Eherecht - Standortbestimmung und Ausblick, RJB 1985, 305 ss
- Familienrecht und AHV, Bemerkungen zu zwei neueren Urteilen des EVG, RSJ 1988, 229 ss
- Neues Eherecht und Versicherungen, Schweizerische Versicherungszeitschrift 1988, 65 ss et 97 ss
- Zur Zweckentfremdung von Leistungen der beruflichen Vorsorge durch ein (gutgemeindes) Zivilgericht, RSJ 1989, 246 ss
- Praktische Aspekte bei der Berücksichtigung von sozialversicherungsrechtlichen Anwartschaftsverlusten in der Ehescheidung, RJB 1992, 345 ss
- Die eidgenössische Alters- und Hinterlassenenversicherung im Verhältnis zum schweizerischen Eherecht, thèse Berne 1983, 135 ss (cit. Alters- und Hinterlassenenversicherung)

Krause Harry D.

Family Law, 3e éd., Saint Paul 1995

Leuzinger Susanne

- Ist das Garantierte Mindesteinkommen die Lösung für die soziale Sicherung der Frauen ?, in Festschrift Bigler-Eggenberger, Bâle 1993, 189 ss
- Ausgleich der beruflichen Vorsorge bei Scheidung, Plaidoyer 2/1989, 42

- Le remariage des personnes divorcées, Office fédéral de la statistique, Berne 1985

Nordmann-Zimmermann

Ursula

- L'avant-projet de la révision du droit du divorce du 14 avril 1992 : Quelques innovations essentielles, PJA 1992, 1013 ss et 1154 ss (cit. L'avant-projet)
- Travail et divorce, in Femmes et travail, travaux réunis par Béatrice Despland, Lausanne 1991, 177 ss
- Rapport sur la révision du droit du divorce en Suisse, Berne 1987

Nordmann-Zimmermann

Ursula/

Geiser Thomas

Inskünftig weniger Streit und mehr naheheilige Solidarität, Entretien de Plaidoyer avec les deux membres de la commission d'expert susmentionnés, Plaidoyer 3/1992, 6 ss

Nordmann-Zimmermann

Ursula/

Perrin Jean-François

Nouveau droit du divorce : l'avant-projet en question, Plaidoyer 3/1992, 47 ss

Office fédéral
de la justice

Evaluation des résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet pour une révision du Code civil (conclusion du mariage et divorce, état civil, filiation, dette alimentaire, tutelle, asiles de famille et courtage matrimonial) du 28 janvier 1992, Berne 1993

Oswald Denis

L'opposition au divorce, thèse Neuchâtel 1977

- Piotet Paul
- Les expectatives de droit dans la liquidation du régime matrimonial, notamment en matière de prévoyance professionnelle, RSJ 1986, 237 ss
 - Divorce, régime matrimonial et prévoyance professionnelle, Berne 1992 (cit. Divorce)
 - La dernière jurisprudence et la loi en préparation sur la prévoyance professionnelle dans le divorce, JT 1993, 248 ss
 - Des rapports entre les articles 151 et 152, JT 1986 I 98
 - Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts, Berne 1986
- Reber Urs
- Scheidungsrecht und Sozialversicherung (insbesondere AHV und IV), RSJ 1983, 89
- Reusser Ruth
- Fragen und Postulate zu einem neuen Scheidungsrecht, NZZ 24.11.1987, 25
 - Die Gleichstellung von Mann und Frau im neuen Scheidungsgesetz, in Mélanges Bigler-Eggenberger, Bâle 1993, 281 ss (cit. Gleichstellung)
 - Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen : Übersicht, Unterhalt der Familie, Referat am Luzerner Rechtsseminar, 7 ss
 - Auf dem Weg zu einem neuen Scheidungsrecht, Mélanges Widmer, Berne 1995, 47 ss

- Eherechtliche Aufgabenteilung im Lichte der frauenpolitischen Forderung nach Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, in *Mélanges Schnyder, Fribourg 1995*, 539 ss (cit. Aufgabenteilung)
- Gedankensplitter zur Revision des Scheidungsrechts, *RDS 1996*, 337 ss (cit. Gedankensplitter)

Riemer Hans Michael

Die Objektivierung der Nebenfolgen im künftigen schweizerischen Ehescheidungsrecht, *BJM 1977*, 41 ss

Roelli Bruno

Zur Befristung der Renten nach Art. 151 und 152 ZGB kinderbetreuender Ehegatten, *RSJ 1992*, 328

Rüeg Viktor

Für die Frau den Gang aufs Sozialamt, *Plaidoyer 1/1994*, 22 ss

Schäublin Matthias H.

Art. 142 Abs. 1 ZGB : Eine Untersuchung der ehelichen Zerrütung in Theorie und Praxis unter besonderer Berücksichtigung von zwei Revisionsvorschlägen des allgemeinen Scheidungsgrundes, *thèse Bâle 1991*

Schnyder Bernhard

- Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1982, *Familienrecht, RJB 1984*, 110 ss (115-120)
- im Jahre 1983, *RJB 1985*, 78 ss (81-86)
- im Jahre 1984, *RJB 1986*, 79 ss (82-87)
- im Jahre 1985, *RJB 1987*, 87 ss (93-96)
- im Jahre 1988, *RJB 1990*, 79 ss (89-97)
- im Jahre 1989, *RJB 1991*, 114 ss (119-124)

- im Jahre 1991, RJB 1993, 111 ss (113-123)
- im Jahre 1992, RJB 1994, 144 ss (146-150)
- im Jahre 1993, RJB 1995, 141 ss (144-145)
- im Jahre 1994, RJB 1996, 211 ss (229-236)
- Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, in das neue Ehe und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung, Kaufmann Albert et Huwiler Bruno (éds), Berne 1988, 11 ss

Schulz-Borck/
Hofmann

Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 3e éd., Karlsruhe 1987

Schwander Vital

Die Entschädigung wegen Eheauflösung nach Art. 151 al. 1 ZGB, thèse Fribourg 1937

Schwarzenbach René

Die Vererblichkeit der Leistungen bei Scheidung, Art. 151 und 152 ZGB, thèse Zurich 1987

Schwenzer Ingeborg

- Unterhaltsrechtliche Probleme nach Trennung und Scheidung, in F. Hasenböhler (Hrsg.), Ehe-recht in der praktischen Auswirkungen, Zurich 1991, 29 (cit. Probleme)
- Vom Status zur Realbeziehung - Familienrecht im Wandel, Baden-Baden 1987, 73 ss
- Familienrecht im Umbruch, RJB 1993, 257 ss (cit. Umbruch)

Simonius Pascal

Scheidungsrente - heute und morgen, in Familienrecht im Wandel, Mélanges Hinderling, Bâle/Stuttgart 1976, 237 ss

- Spühler Karl/
Frei-Maurer Sylvia
- Supplement zum Berner Kommentar, Berne 1991
 - Berner Kommentar, Familienrecht, die Ehescheidung Art. 137-158 ZGB, Ergänzungsband, Berne 1991
- Spycher Annette
- Unterhaltsleistungen bei Scheidung : Grundlagen und Bemessungsmethoden, unter besonderer Berücksichtigung des neuen Scheidungsrechts gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 15. November 1995 sowie des Rechts der Bundesrepublik Deutschland, thèse Berne 1996
- Stamm Cornelia
- Der Betrag zur freien Verfügung gemäss Art. 164 ZGB, Fribourg 1991
- Steinauer Paul-Henri
- Evolution des structures juridiques de la famille en Suisse, dans Mariage et famille en question : L'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région scandinave, sous la direction de Roger Nerson et H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, Lyon 1980, 7 ss
 - Droit de la famille, in La famille - un défi face à l'avenir, éd. par Bernhard Schnyder, Fribourg 1982, 219 ss
- Stettler Martin
- La prise en compte de la sécurité sociale des conjoints dans le règlement des effets accessoires du divorce, SJ 1985, 318 ss (cit. Sécurité sociale)
 - Droit civil III, effets généraux du mariage (art. 159-180 CC), Fribourg 1992 (cit. Effets généraux)

- Stettler Martin/
Waelti Fabien
- Droit civil IV, Le régime matrimonial, les dispositions générales (art. 181 à 195a CC), la participation aux acquêts (art. 196 à 220 CC), Fribourg 1992
- Tercier Pierre
- L'indemnisation de la perte des avantages successoraux en cas de divorce (Art. 151 al. 1 CC), in *Mélanges Hegnauer*, Berne 1986, 553 (cit. L'indemnisation)
 - L'indemnité due à l'épouse divorcée pour la perte du droit à l'entretien, dans *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle 1975, 297
- Tuor Peter/
Schnyder Bernhard
- Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10e éd., remise à jour et complétée, Zurich 1982
- Vetterli Rolf
- Über den pratikschen Umgang mit Scheidungsrenten, PJA 1994, 929 ss
- Voser Nathalie
- Die Begrenzung des Berufsausübungsrechts der Ehegatten durch das Wohl der ehelichen Gemeinschaft, RSJ 1992, 193 ss
- Werro Franz
- L'entretien de l'époux après le divorce, Bilan et perspective, RDS 1996, 365 ss (cit. L'entretien)
- Zobl Dieter
- Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht, in *Mélanges Meier-Hayoz*, Berne 1982, 495 ss
 - Le divorce en Europe occidentale. La loi et le Nombre, CETEL-INED, Genève/Paris 1983, éd. par Kellerhals et Perrin

- Le divorce en Suisse. Rapport sur les enquêtes réalisées par l'Institut für Ehe und Familie, publié par l'Office fédéral de la justice, Berne 1980

Zweifel Ernst

Festlegung der Geldbeiträge an den Unterhalt bei Auflösung des gemeinsamen Haushaltes durch Eheschutzrichter, RSJ 1988, 189 ss

C. Droit constitutionnel

Alfredsson Gudmundur/
Tomasevski Katarina
(éds)

A thematic Guide to Documents on the Human Rights of Women, La Haye/Boston/Londres 1995

Arioli Kathrin

- Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, PJA 1993, 1327 ss (cit. Rechtsfigur)
- Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, Zurich 1991 (cit. Frauenförderungsmassnahmen)

Aubert Jean-François

Traité de droit constitutionnel suisse, édition de 1967 retravaillée, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991/1995

Auer Andreas

- Commentaire de l'arrêt G. du 31 mai 1991, PJA 1992, 258-25
- Les mesures positives et l'article 4 alinéa 2 Cst., PJA 1993, 1336 ss (cit. Mesures positives)

- Balmer-Cao
Thanh Huyen** Gleichheit und Differenz : Paradigmen der Beziehung zwischen Frauen und Männern, in *Les femmes et la Suisse en évolution*, Aaran / Francfort-sur-le-Main 1989, 157
- Bertschi Susanne** Gleichheit im internationalen Recht - Kulturelle Differenz in der nationalen Rechtspraxis, in *Differenz und Gleichheit in Theorie und Praxis des Rechts*, Bâle 1995
- Bigler-Eggenberger
Margrith** - Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 2 BV, recht 1994, 1 ss

- Ehetrennung und Getrenntleben : und wo bleibt die Gleichstellung der Ehegatten ?, PJA 1996, 3 ss
- Bossuyt Marc J.** Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1987
- Chevalley Marie-José** L'influence du modèle familial sur les discriminations à l'égard des femmes, in *L'égalité entre hommes et femmes : bilan et perspectives*, Charles-Albert Morand (éd.), Lausanne 1988, 14 ss
- Cohen-Jonathan Gerard** Respect for private and family life, in *The European System for Protection of Human Rights*, MacDonald/Matscher/Petzold (éds), Dordrecht/Boston/Londres, 1993
- Delley Jean-Daniel** La mise en oeuvre de l'égalité des droits : Question de méthode, in *L'égalité entre hommes et femmes : bilan et perspectives*, Charles-Albert Morand (éd.), Lausanne 1988, 289 ss

- Enrich Mas Montserrat
 Commentaire de l'article 12 CEDH et de l'article 5 du Protocole additionnel n. 7, in La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, Paris 1995, 437 ss
- Epiney Astrid/
 Refaeil Nora
 Chancengleichheit : ein teilbarer Begriff ?, Zur Zulässigkeit von "Bevorzugsregeln" im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rs 450/93 - *Kalanke*, PJA 1996, 179 ss
- Ferro-Luzzi Giovanni
 Flückiger Yves
 Analyse des inégalités entre les femmes et les hommes sur le marché du travail à Genève, Rapport N° 3 de l'Observatoire universitaire de l'emploi, sur mandat du bureau de l'égalité des droits entre homme et femme (Genève), Genève 1996
- Freeman Marsha A.
 The Human Rights of Women in the Family : Issues and Recommendations for the Implementation of the Women's Convention, in Women's Rights Human Rights: international feminist perspectives, Peters Julie/Wolper Andrea (éds), New York/London 1994, 149 ss
- Häfelin Ulrich/
 Haller Walter
 Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1993
- Haefliger Arthur
 - Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Beme 1985
 - Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Berne 1993 (cit. Menschenrechtskonvention)
- Hänni Peter
 Das Bild der Frau im Wandel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, 237ss

- Hangartner Yvo**
- Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Vol II : Grundrechte, Zurich 1982 (cit. Grundzüge)
 - Geschlechtergleichheit und Frauenquoten in der öffentlichen Verwaltung, PJA 1992, 835-838
 - Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu öffentlichen Ämtern, Bemerkungen zum Urteil des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften im Fall *Kalanke*, PJA 1995, 1554 ss
 - Chancengleichheit oder Quotengleichheit, Bemerkungen zur Kritik am Entscheid *Kalanke* des Europäischen Gerichtshofs, PJA 1996, 512 ss (cit. Chancengleichheit)
- Hausamann Christina/
Schläppi Erika**
- Menchenrechte und Frauenrechte : das ÜNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, PJA 1995, 32 ss
- Henninger Roland**
- Gleichberechtigung von Mann und Frau im Wandel, Fribourg 1984
- Hottelier Michel**
- La Suisse et le Protocole n. 7 à la CEDH, ZBl 1991, 45 ss (58 ss)
- Huber Hans**
- Gleiche Rechte für Mann und Frau, RJB 1982, 161 ss
 - Die Bedeutung der Grundrechte für die soziale Beziehungen unter den Rechtsgenossen, RDS 1955, 173 ss
- Jaag Tobias**
- Gesetzgebungsaufträge, in *Mélanges Häfelin*, Zurich 1989, 275 ss

- Malinverni Giorgio
- Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen, in *L'égalité entre hommes et femmes : bilan et perspectives*, Lausanne 1988 (cit. Principe)
 - Les pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen, in *La Suisse et les pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1991, 37 ss (cit. Les Pactes)
 - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité des sexes en droit suisse, in *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991 (cit. Pacte international)
- Message
- sur l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes », FF 1980 I 73 ss
- Message
- concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, FF 1993 I 1163 ss
- Message
- relatif à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, FF 1995 IV 869 ss
- Morand Charles-Albert
- L'érosion jurisprudentielle du droit fondamental à l'égalité entre hommes et femmes, in *L'égalité entre hommes et femmes : bilan et perspectives*, Lausanne 1988, 73 ss
- Müller Georg
- Commentaire de la Constitution fédérale suisse, Art. 4, Bâle/Zurich/Berne 1995 (cit. Commentaire)

- Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht, in *Mélanges Hegnauer*, Berne 1986
- Quotenregelungen - Rechtssetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, *ZBl* 1990, 306 ss (cit. Quotenregelungen)
- Der Gleichheitssatz, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer* 1989, 37 ss (cit. Gleichheitssatz)

Müller Jörg Paul

- Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung, 2e éd., Berne 1991 (cit. Grundrechte)
- Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Berne 1982
- Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, *RDS* 1978, 265 ss
- Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte, in *Der Staat* 1990, 33 ss
- *Commentaire de la Constitution fédérale suisse, Introduction aux droits fondamentaux*, Bâle/Zurich/Berne 1993

Nowak Manfred

U.N. Covenant on Civil and Political Rights, *CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993

Olsen Frances E.

Differenz und Gleichheit in Wirtschaft und Familie, in *Differenz und Gleichheit in Theorie und Praxis des Rechts*, Bâle 1995

- Pfister Béatrice Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 4 Abs. 2 BV). Bemerkungen zu BGE 108 Ia 22 ss, recht 1983, 68 ss
- Prengel Annedore Gleichheit versus Differenz - eine falsche Alternative im feministischen Diskurs, in Differenz und Gleichheit, Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Francfort-sur-le-Main, 120 ss
- Rapport sur le programme de réalisation de l'égalité "Les mêmes droits pour l'homme et pour la femme", du 26 février 1986, FF 1986 I 1144 ss
- Reusser Ruth Die Gleichstellung von Mann und Frau im neuen Scheidungsgesetz, in Mélanges Bigler-Eggenberger, Bâle 1993, 281 ss
- Rossinelli Michel Actions positives et égalité des sexes en droit suisse, in L'égalité des sexes entre hommes et femmes : bilan et perspectives, Lausanne 1988, 253 ss
- Saladin Peter Grundrechte im Wandel, Berne 1970
- Schulz Patricia
- De quelques interrogations sur le rôle du droit dans les rapports de sexe, Chavannes-près-Renens 1992
 - Effets et manque d'effets de l'article 4 al. 2 Cst, PJA 1993, 1313 ss (cit. Effets)
 - Von einem diskriminierenden Recht zu einem Recht, mit dem Diskriminierung bekämpft werden kann ? : die Entwicklung der Begriffe "Gleichheit" und "Differenz" im schweizerischen Recht, in Differenz und Gleichheit in Theorie und Praxis des Rechts, Bâle 1995, 65 ss

- Les enjeux du concept d'égalité pour femmes et hommes dans le droit suisse, Lausanne 1994
- Die Anstellung, insbesondere Schutz vor Diskriminierung in Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, Ivo Schwander/René Schaffhauser (éds), Gaint-Gall 1996, 45 ss (cit. Anstellung)

- Schwander Claus Marianne Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Berne 1995
- Sokol Bettina Gleichheit und Differenz in ihrer Rechtspraktischen Wirkungen, in Differenz und Gleichheit in Theorie und Praxis des Rechts, Bâle 1995
- Stettler Martin Egalité des sexes en droit de la famille, in L'égalité entre hommes et femmes : bilan et perspectives, Lausanne 1988
- Trechsel Stefan Das Verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, in Mélanges Felix Ermarcora, Manfred Nowak/Dorothea Steurer/Hannes Treter (éds), Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington 1988
- Vila Costa Blanca Les droits des femmes dans la Communauté européenne, in Human Rights and the European Community: the Substantive Law, Cassese/Clapham/Weiler (éds), Baden-Baden 1991, 177 ss
- Villiger Mark E. Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Zurich 1993
- Weber-Dürler Béatrice - Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau - Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, RDS 1985, 1 ss (cit. Gleichberechtigung)

- Grenzen des Rechtsschutzes bei der Gleichberechtigung, in *Mélanges Bigler-Eggenberger*, Bâle 1993
- Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, *RJB* 1992, 357 ss (cit. Aspekte)
- Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in *Mélanges Häfelin*, Zurich 1989
- Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsprechung, Berne 1973

Wildhaber Luzius/
Breitenmoser Stephan

Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention : Kommentierung des Artikels 8, Cologne/Berlin 1992

Zöllner Wolfgang

Gleichberechtigung und Gleichstellung der Geschlechter, in *Mélanges Strasser*, Vienne 1983, 223 ss