



EQUALITY.CH

Schweizerische Konferenz der Gleichstellungsbeauftragten SKG
Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité CSDE
Conferenza svizzera delle/dei delegate/i alla parità CSP

Inégalités dans la prévoyance professionnelle suisse et possibilités d'action

Avis de droit

de Dr. iur. Stéphanie Perrenoud und Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler

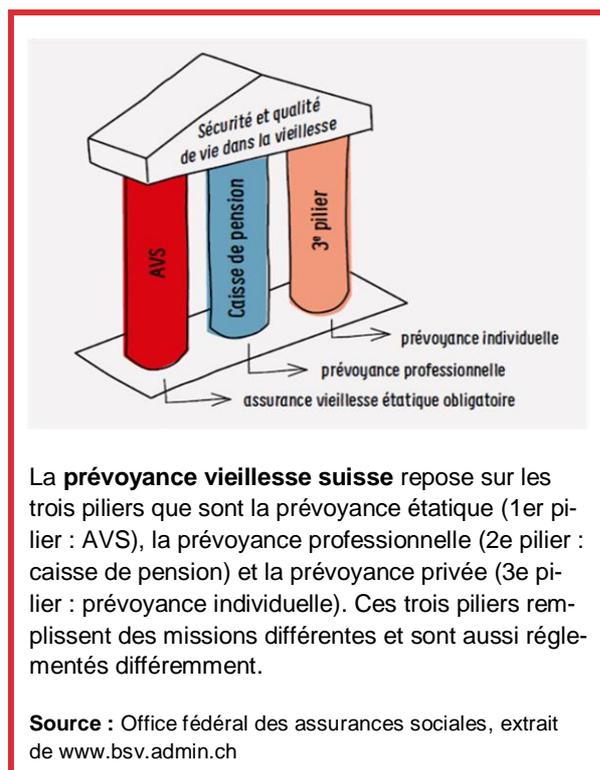
Bern, le 8 décembre 2021

Préambule

L'égalité des sexes inscrite dans la Constitution n'est toujours pas réalisée dans la prévoyance professionnelle ni dans certaines parties du droit de la sécurité sociale. L'écart entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes - ce que l'on appelle le *Gender Pension Gap* - montre que le deuxième pilier en particulier présente des inégalités structurelles entre les sexes.

Dans ce contexte, la Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes (CSDE) a mandaté en 2020 Stéphanie Perrenoud (Dr. iur, Université de Neuchâtel) et Marc Hürzeler (prof. Dr. iur, Université de Lucerne) afin de rédiger un avis de droit sur la question.

INFO Prévoyance vieillesse



I. Contenu de l'expertise

Disponible en deux langues, cet avis de droit approfondi traite des inégalités entre les femmes et les hommes dans la prévoyance professionnelle suisse (chapitres III.1 et III.2) et en examine les causes structurelles (chapitre III.3).

Le mandat confié aux auteur·e·s consistait également à proposer des mesures à même d'éliminer les inégalités entre les sexes (chapitre III.4) et à identifier les options d'action envisageables dans le cadre du système de prévoyance professionnelle (chapitre IV).

Dans le même temps, l'expertise aborde au chapitre IV des questions juridiques adressées régulièrement aux Bureaux de l'égalité, telles que:

- Les femmes assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) peuvent-elles déduire de la LEg un droit à la poursuite de leur activité professionnelle après 64 ans ?
- Comment évaluer les différences de taux de conversion entre les sexes dans la prévoyance professionnelle sous l'angle de l'égalité ?

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière d'entretien après divorce et son impact sur le 2e pilier sont également analysés par les auteur·es (chapitre V).

L'avis de droit est synthétisé dans un « *Executive Summary* » qui présente les principales conclusions de l'étude (chapitre VI).

INFO assurances sociales

La Suisse dispose d'un réseau d'assurances sociales ramifié qui couvre largement celles et ceux qui y vivent et y travaillent, ainsi que les membres de leur famille, des risques dont ils ne pourraient supporter seuls les conséquences financières.

Le système suisse de sécurité sociale comprend cinq domaines, qui sont :

1. la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité (système dit des trois piliers) ;
2. la couverture d'assurance en cas de maladie et d'accident ;
3. les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ;
4. l'assurance-chômage ;
5. les allocations familiales.

Ces assurances couvrent les risques sociaux par des prestations financières (rentes, allocations) ou par la prise en charge des coûts en cas de maladie ou d'accident.

Source : Office fédéral des assurances sociales, extrait de www.bsv.admin.ch

II. Conclusions de l'expertise

Dans l'ensemble, le rapport montre que les causes des inégalités entre les sexes en matière de droit de la sécurité sociale et de la prévoyance professionnelle sont multiples.

La CSDE met en évidence ci-dessous les principales conclusions du rapport :

1. Gender Pension Gap

Le deuxième pilier, c'est-à-dire la prévoyance professionnelle en tant que système de prévoyance lié à l'entreprise, est basé sur le modèle d'un emploi à temps plein ininterrompu. Le montant de la rente de vieillesse dépend de la durée de l'emploi et des revenus perçus par la personne assurée. La différence entre les rentes de vieillesse des hommes et des femmes tient donc en grande partie au fait que le travail non rémunéré n'est pas pris en compte et aux interruptions de travail liées à la famille ou à la participation réduite au marché du travail, qui caractérisent le parcours professionnel des femmes en particulier.

L'écart de rente entre les sexes dépend également de l'état civil (célibataire, marié, divorcé ou veuf) et de la situation familiale. L'écart augmente si la femme est mariée et/ou a des enfants. L'écart est plus faible pour les célibataires, ce qui peut s'expliquer par la similitude des parcours professionnels des femmes et des hommes. L'écart important chez les personnes mariées est un vestige de la division traditionnelle des tâches au sein du couple, où la femme mariée ne travaille (travaillait) pas ou occupe (occupait) un emploi faiblement rémunéré afin de s'occuper des enfants et du ménage.

INFO Gender Pension Gap

En chiffres, le **Gender Pension Gap** se présente comme suit pour 2016 : les femmes perçoivent des rentes de vieillesse inférieures de 37% à celles des hommes, soit une différence de CHF 19'585 par an. Si cet écart est relativement faible dans le premier pilier (AVS) avec 2.7%, il atteint 54% dans le 3^e pilier, la prévoyance individuelle. L'écart atteint même un taux particulièrement marquant de 63% dans le deuxième pilier, la prévoyance dite professionnelle, ce qui correspond à CHF 18'674 par an.

Source : Office fédéral des assurances sociales, extrait de www.bsv.admin.ch

2. Âge de la retraite et droit à une poursuite de l'activité salariée après 64 ans

L'âge AVS est actuellement de 64 ans pour les femmes et de 65 ans pour les hommes. Toutefois de nombreuses caisses de pension ont fixé un âge de retraite uniforme de 65 ans pour les deux sexes

Dans leur expertise, Perrenoud et Hürzeler analysent si les femmes ont un droit à une poursuite de l'activité professionnelle après 64 ans. En effet, les femmes peuvent être licenciées par les employeurs et employeuses dès 64 ans (âge AVS) même si la caisse de pension prévoit un âge de la retraite de 65 ans. Cela soulève la question de savoir si les employeurs et employeuses peuvent forcer une femme à prendre sa retraite à 64 ans, même contre sa volonté, ou s'il existe un droit à une poursuite du travail jusqu'à l'âge terme de la caisse de retraite.

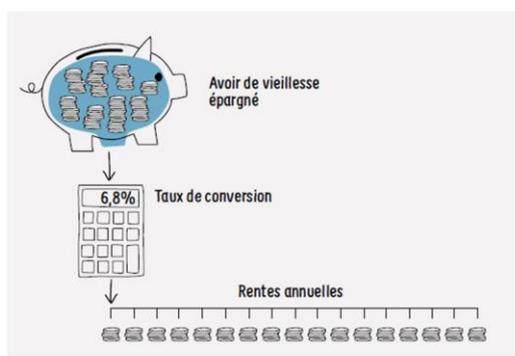
La Loi fédérale sur l'égalité (LEg) oblige les employeurs et employeuses à veiller à ce que les conditions de travail soient exemptes de discrimination, ce qui, selon l'avis des expert-es, inclut également la prévoyance professionnelle. Selon Perrenoud et Hürzeler, les licenciements de femmes âgées de 64 à 65 ans violent l'interdiction de discrimination et les employées concernées pourraient exiger une indemnité ainsi qu'éventuellement d'autres réparations.

On ne peut toutefois pas déduire de la loi sur l'égalité un droit à la poursuite du travail après 64 ans. En raison d'un âge de retraite inférieur, les femmes ont des montants de retraite plus faibles que les hommes puisqu'il leur manque les cotisations de retraite de la 65e année.

3. Taux de conversion

L'avis de droit a également analysé la légalité des taux de conversion différents selon le sexe appliqués par de nombreuses caisses de pension. Perrenoud et Hürzeler les jugent problématiques.

INFO Taux de conversion minimal



Le taux de conversion est un pourcentage qui permet de convertir l'avoir de vieillesse en une rente de retraite annuelle. Le **taux de conversion minimal** détermine comment l'avoir de vieillesse au moment de l'âge ordinaire de la retraite (actuellement 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes) doit être converti en rente dans le cadre de la prévoyance professionnelle obligatoire (partie obligatoire). Il est actuellement de 6,8 %. Cela signifie que la rente annuelle de la caisse de pension représente 6,8 % de l'avoir de vieillesse. Pour chaque tranche de 100'000 francs d'avoir, la caisse de pension verse au moins 6'800 francs de rente annuelle.

Source : Office fédéral des assurances sociales, extrait de www.bsv.admin.ch

III. Mesures visant à éliminer les inégalités entre les sexes

Dans leur avis de droit, les expert-es présentent les mesures nécessaires à l'élimination des inégalités matérielles entre les sexes aussi dans la prévoyance professionnelle.

Entre autres choses, Perrenoud et Hürzeler préconisent

1. la suppression du seuil d'entrée dans la prévoyance professionnelle ;
2. la suppression de la déduction de coordination dans la prévoyance professionnelle ;
3. la modification de la méthode d'évaluation de l'invalidité dans les régimes de prévoyance professionnelle pour les personnes exerçant une activité à un taux d'occupation partiel.

En outre, Perrenoud et Hürzeler identifient les options d'action suivantes :

1. la nécessité d'introduire un congé parental rémunéré ;
2. la nécessité de réaliser l'égalité salariale ;
3. la nécessité de mesures permettant de concilier vie professionnelle et vie familiale ;
4. la nécessité de renforcer le statut du travail à temps partiel ;
5. la nécessité de prendre en compte le travail de care et domestique non rémunéré dans la prévoyance professionnelle.

Cette étude complète et conforte les précédentes enquêtes et recommandations émises par la CSDE ces dernières années.

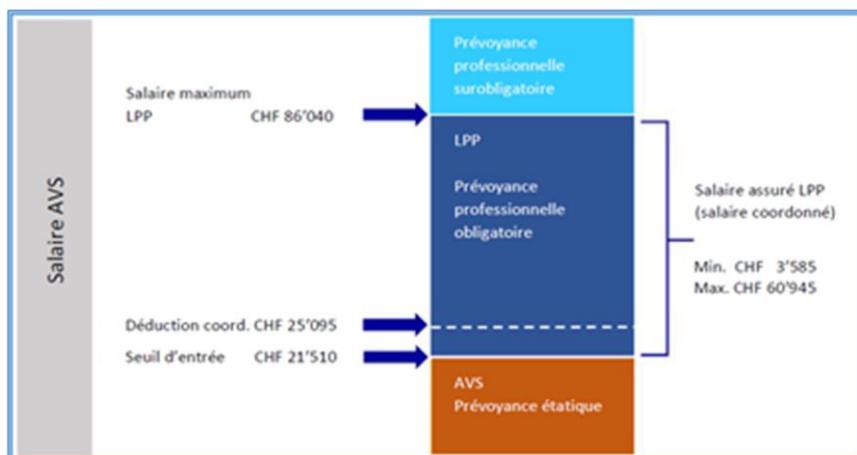
INFO Evaluation de l'invalidité dans la prévoyance professionnelle

Dans les arrêts 9C_133/2017 et 9C_426/2017 du 7 mars 2018 (tous deux destinés à la publication), le Tribunal fédéral a refusé de modifier sa pratique et de calculer le degré d'invalidité (comme dans l'assurance-accidents et, depuis le 1er janvier 2018, dans l'assurance-invalidité) sur la base d'un travail à plein temps.

Le Tribunal fédéral a résumé la doctrine relative à l'évaluation de l'invalidité des employé-e-s à temps partiel dans la prévoyance professionnelle (9C_426/2017 consid. 5.3) et expliqué pourquoi il s'en tient à sa pratique antérieure. Ce faisant, il a mis en évidence la différence de conception entre la prévoyance professionnelle, l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents et montré qu'une application de l'évaluation de l'invalidité analogue au droit de l'assurance-accidents ou au modèle mixte de l'assurance-invalidité en vigueur dès le 1er janvier 2018 (art. 27bis al. 2-4 RAI) serait contraire au système de la prévoyance professionnelle et contredirait le principe d'assurance. Ainsi, contrairement à ces autres assurances, le degré d'invalidité en droit de la prévoyance professionnelle est toujours déterminé sur la base du revenu de la personne sans invalidité et de son taux d'activité partiel - et non par rapport à une activité lucrative (hypothétique) à plein temps.

Source : iusNet AR-SVR 13.04.2018, extrait de https://arbeitsrecht-sozialversicherungsrecht.iusnet.ch/de/sozialversicherungsrecht/rechtsprechung/bund/berufliche-vorsorge/invalidit%C3%A4tsbemessung-bei-teilerwerbst%C3%A4tigkeit-der-beruflichen-vorsorge-9c_1332017 (uniquement en allemand), voir aussi Perrenoud & Hürzeler (2021), page 97

INFO Salaire assuré (salaire coordonné)



La prévoyance professionnelle, en tant que deuxième pilier de la prévoyance vieillesse, s'appuie sur les prestations de l'AVS (premier pilier). Par conséquent, la totalité du revenu n'est pas assurée dans le cadre de la prévoyance professionnelle, mais une **déduction** dite **de coordination** est effectuée. Ce montant s'élève à 25'095 francs suisses.

Le salaire assuré correspond au revenu annuel moins la déduction de coordination, mais au minimum à 3585 francs. C'est pourquoi on l'appelle aussi le **salaire coordonné**.

Le salaire assuré le plus élevé dans la prévoyance professionnelle obligatoire est de 60'945 francs, soit 86'040 francs moins 25'095 francs (en 2021). Dans la pratique, de nombreuses caisses de pension assurent également des salaires plus bas. Elles y parviennent en appliquant une déduction de coordination plus faible, en l'adaptant au taux d'occupation ou en renonçant complètement à la déduction.

La prévoyance professionnelle est obligatoire pour les salariés qui touchent au moins 21'510 francs chez un employeur. C'est ce qu'on appelle le **seuil d'entrée**.

Source : Office fédéral des assurances sociales, extrait de www.bsv.admin.ch

IV. Recommandations

Etude « Effets du travail à temps partiel sur la prévoyance professionnelle » (2016)

L'étude « Effets du travail à temps partiel sur la prévoyance professionnelle » (2016) a souligné l'importance d'une meilleure connaissance et d'un débat plus large sur l'impact du travail à temps partiel sur les prestations de retraite. Sur la base des résultats, la CSDE a proposé une réflexion sur la relation entre le travail à temps partiel et son impact durable et fort sur les prestations de retraite, avec des recommandations qui sont toujours d'actualité.¹

Baromètre national de l'égalité (2018 et 2021)

Le premier baromètre de l'égalité, focalisé sur l'égalité salariale (2018), a montré que la majorité des personnes actives en Suisse considèrent que les mesures en faveur de l'égalité salariale sont judicieuses et nécessaires. Pour la grande majorité des personnes interrogées,

¹ https://www.equality.ch/pdf/f/CSDE_Resume_Recommandations_Temps_partiel.pdf

l'égalité entre les femmes et les hommes dans la famille, l'éducation et le travail, telle qu'exigée entre autres par la Constitution fédérale, n'est toujours pas atteinte.²

Le deuxième baromètre national de l'égalité, récemment publié, centré sur l'emploi rémunéré et le travail de care et domestique non rémunéré (2021), montre que l'état de l'égalité entre les sexes est évalué de manière beaucoup plus critique que trois ans auparavant. Il confirme la nécessité pour les femmes et les hommes de se répartir plus équitablement les tâches de care et domestiques et que les conditions cadres pour atteindre cet objectif soient améliorées.³

Du point de vue de la CSDE, le congé parental rémunéré - dont l'introduction est recommandée par les auteurs de l'expertise - devrait être conçu de manière égalitaire, par exemple en ce sens qu'une part importante du congé parental ne puisse être divisée librement entre les parents. C'est le seul moyen de parvenir à une meilleure répartition des soins non rémunérés et des tâches domestiques entre les femmes et les hommes.

Etude « Les crèches, facteur clé de l'égalité » (2020)

L'étude « Les crèches, facteur clé de l'égalité » (2020) a clairement montré que des structures d'accueil de bonne qualité et à prix abordable ont une influence directe sur la participation au marché du travail et l'indépendance économique des femmes (et de leurs familles), constituant ainsi un élément central de l'égalité des sexes en Suisse.⁴

Cette expertise montre combien l'égalité des sexes et le droit de la sécurité sociale ont partie liée. Il s'agit de trouver une solution globale qui tienne compte de la vue d'ensemble.

Un premier pas pourrait être franchi par l'abolition du seuil d'entrée et la suppression de la déduction de coordination, ainsi que par l'élimination du problème de l'évaluation de l'invalidité dans les régimes de pension professionnelle pour les personnes exerçant une activité partielle, ainsi que le recommande le rapport. Ce premier pas devrait alors être suivi d'autres.

² https://www.equality.ch/pdf_f/20181116_Medienmitteilung_Barometer_FR.pdf

³ https://www.equality.ch/pdf_f/Barometer_FR_komplett.pdf

⁴ https://www.equality.ch/pdf_d/Literaturreview_Kitabetreuung_final.pdf (seulement en allemand)

Schweizerische Konferenz der
Gleichstellungsbeauftragten SKG
Hotelgasse 1
Postfach
3001 Bern

Expertise août 2021 / Gutachten August 2021

Inégalités dans la prévoyance professionnelle suisse et possibilités d'action

Gleichstellungsrechtliche Probleme und Handlungsoptionen in der schweizerischen beruflichen Vorsorge

Dr. iur. Stéphanie Perrenoud et Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler

Table des matières

	Paragraphe
I. Mandat et situation initiale	
II. Quelles conditions-cadre et quels mécanismes s'appliquent à la prévoyance vieillesse et en particulier au système du deuxième pilier ?	N 1
1. Le premier pilier	N 2
a) Les personnes assurées et l'obligation de cotiser	N 6
b) Les prestations et les principes à la base du calcul des rentes	N 9
c) L'évolution	N 11
2. Le deuxième pilier	N 15
a) La prévoyance professionnelle obligatoire	N 20
b) La prévoyance professionnelle plus étendue	N 25
3. Le troisième pilier	N 31
a) La prévoyance liée	N 33
b) La prévoyance libre	N 35
III. Les inégalités structurelles dans la prévoyance professionnelle	N 36
1. Les inégalités formelles entre les sexes	N 40
a) L'âge différencié de la retraite	N 43
b) Les anciennes inégalités formelles entre les sexes	N 49
2. Les inégalités matérielles entre les sexes	N 52
a) L'absence de protection des personnes sans activité lucrative	N 54
b) Les désavantages liés à la perception de bas revenus et à l'exercice d'une activité à temps partiel	N 57

	ba) Les désavantages résultant du seuil d'accès et de la déduction de coordination	N 58
	bb) L'apport de la prévoyance plus étendue	N 62
3.	Les causes des inégalités matérielles entre les sexes	N 63
	a) Les caractéristiques de la biographie professionnelle des femmes	N 66
	aa) Le travail à temps partiel et la multiactivité	N 69
	ab) Les bas salaires, la position hiérarchique moins élevée et la flexibilité moindre des horaires de travail	N 73
	ac) Le travail non rémunéré et les interruptions de la carrière professionnelle	N 77
	b) L'incidence de l'état civil et de la situation familiale	N 82
4.	Les possibilités d'action pour remédier aux inégalités matérielles entre les sexes	N 84
	a) La nécessité de réaliser l'égalité salariale	N 85
	b) La nécessité de mesures de conciliation des vies professionnelle et familiale	N 88
	c) La nécessité de valoriser les formes d'emploi à temps partiel	N 91
	d) La nécessité de prendre en compte le travail non rémunéré	N 94
IV.	Identification des options d'action et évaluation juridique	N 98
1.	Question	N 98
2.	Les femmes assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) peuvent-elles déduire de la LEg un droit à la poursuite de leur activité professionnelle après 64 ans ?	N 99
	a) Situation initiale et remarques préliminaires	N 99
	b) La LEg garantit-elle un droit aux femmes assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) de continuer à travailler après 64 ans ?	N 103
	ba) Clarification des relations juridiques concernées	N 104
	bb) Relations entre employé-e-s et institutions de prévoyance	N 105
	bc) Relations entre employé-e-s et employeur-euse-s	N 106
	bd) Conclusion intermédiaire	N 115
	c) Évaluation juridique et possibilités d'action	N 117
3.	Comment évaluer les différences de taux de conversion entre les sexes dans la prévoyance professionnelle sous l'angle de l'égalité ?	N 120
	a) Situation initiale et remarques préliminaires	N 120
	b) Paramètres déterminants pour fixer le taux de conversion	N 125
	c) Interdiction des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes ?	N 136
	d) Évaluation juridique et possibilités d'action	N 143
4.	Seuil d'entrée et déduction de coordination : peut-on déduire de la LEg une obligation de renoncer à la déduction de coordination ou de l'adapter en fonction du taux d'occupation ?	N 147
	a) Situation initiale et remarques préliminaires	N 147
	b) Peut-on déduire de la LEg une obligation, pour l'institution de prévoyance, de renoncer à la déduction de coordination ou d'en adapter le montant ?	N 151
	c) Évaluation juridique et possibilités d'action	N 153
5.	Évaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité à temps partiel	N 160
	a) Situation initiale et remarques préliminaires	N 160
	b) Évaluation juridique et possibilités d'action	N 165
V.	Les principes régissant l'entretien après divorce	N 168
VI.	Executive Summary	N 171
	Version française	N 171
	Deutschsprachige Version	N 180
VII.	Recommandations	N 189

I. Mandat et situation initiale

Le présent avis de droit a été commandé par la Conférence suisse des délégué-e-s à l'égalité entre femmes et hommes (CSE) à Stéphanie Perrenoud, Dr. iur, et au Prof. Dr. iur Marc Hürzeler en septembre 2020. Il a pour objet d'examiner et d'expliquer les inégalités structurelles entre les femmes et les hommes qui existent dans la prévoyance professionnelle suisse. A cette fin, les conditions-cadre et mécanismes de la prévoyance vieillesse, en particulier, du deuxième pilier, seront d'abord présentés, tout comme les inégalités qui existent entre les sexes dans ce régime d'assurance (II. et III.). Il s'agira ensuite d'identifier les possibilités d'action envisageables pour créer un système plus équitable du point de vue de l'égalité des sexes. Dans ce contexte, il sera nécessaire d'examiner comment le cadre juridique existant permet d'améliorer l'égalité et de déterminer quels sont les ajustements législatifs nécessaires (IV.). L'avis de droit donne également un aperçu des principes généraux régissant l'entretien après divorce (V.). Il se termine par un résumé en français et en allemand (VI.) et comprend des recommandations (VII.).

II. Quelles conditions-cadre et quels mécanismes s'appliquent à la prévoyance vieillesse et en particulier au système du deuxième pilier ?

1. En Suisse, la protection contre l'invalidité, la vieillesse et le décès (ou prévoyance) s'articule sur trois piliers (art. 111 Cst.). La conception d'une prévoyance reposant sur trois piliers ou étages de protection est apparue à l'occasion de la 6^e révision de l'AVS, en 1964¹. Elle a été inscrite dans la Constitution le 3 décembre 1972, lors de la révision de l'art. 34^{quater} aCst. (art. 111 Cst.²).

1. Le premier pilier

2. Le premier pilier, qui est constitué par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (AVS/AI) et les prestations complémentaires, est un régime public obligatoire et universel destiné à garantir le minimum vital à toute la population (cf. art. 112-112a Cst.).
3. Bien que l'AVS/AI soient considérées comme une seule assurance sociale (art. 63 al. 2 LPGA³), elles reposent sur deux lois distinctes : la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS)⁴, et la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI)⁵. Cela étant, un grand nombre de dispositions de la LAVS sont applicables en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 66 LAI), et une continuité est garantie entre ces deux régimes. En particulier, une personne assurée cesse d'avoir droit à la rente d'invalidité dès qu'elle peut prétendre à la rente de vieillesse de l'AVS (art. 30 LAI).
4. Lorsque les rentes de l'AVS ou de l'AI ne permettent pas de couvrir les besoins vitaux, l'assuré-e a droit à des prestations complémentaires (art. 112a al. 1 Cst.). Ces prestations existent depuis le 1^{er} janvier 1966⁶.

1 Cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants, ainsi qu'à l'initiative populaire pour l'augmentation des rentes de l'AVS et de l'AI en vue d'assurer un minimum vital suffisant du 16 septembre 1963, FF 1963 II 497 (500-501).

2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

3 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

4 Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), RS 831.10.

5 Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI), RS 831.20.

6 La loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 19 mars 1965 (RO 1965 541) a été abrogée par la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI du 6 octobre 2006 (LPC, RS 831.30), avec effet au 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 6055).

5. Le **principe de la solidarité** est important dans l'AVS/AI. A l'occasion de l'adoption de la LAVS, le Conseil fédéral a en effet expliqué que ce régime d'assurance repose sur « quatre formes de solidarité »⁷ : une solidarité entre les revenus (ou solidarité économique), puisque le salaire soumis à cotisations n'est pas plafonné, à l'inverse des prestations ; une solidarité entre les générations, dès lors que les rentes actuellement versées sont financées par les cotisations actuellement prélevées, selon le principe de la répartition (« *Umlageverfahren* ») ; une solidarité selon l'état civil (des célibataires envers les personnes mariées), au vu notamment de la fiction en matière de cotisations dont bénéficient les personnes mariées (et celles liées par un partenariat enregistré ; cf. art. 3 al. 3 LAVS), et de l'absence de droit des concubins à une rente de veuf ou de veuve, quand bien même leurs cotisations au premier pilier servent également au financement de ces prestations ; une solidarité entre les sexes (des hommes envers les femmes). La **solidarité des assurés envers les assurées** résulte principalement de l'âge différencié de la retraite, ainsi que de l'espérance de vie plus élevée des femmes⁸. Elle a été instaurée afin de tenir compte de la dépendance économique de la femme à son époux qui découlait de la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes prévue par l'ancien droit matrimonial (cf. art. 161 al. 3 aCC⁹), ainsi que de la double charge assumée par les femmes qui exerçaient une activité lucrative en sus des tâches découlant de leur rôle d'épouse et de mère (*infra*, III., 1.). La solidarité des assurés envers les assurées doit toutefois être relativisée, car les femmes perçoivent des salaires généralement moins élevés que les hommes (*infra*, III., 3., ab et III., 4., a). Par ailleurs, avant l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS, le 1^{er} janvier 1997, les assurés rentiers avaient le droit à des rentes complémentaires pour leur épouse, prestations dont ces dernières ne pouvaient pas bénéficier.

7 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 mai 1946, FF 1946 II 353 (430-433).

8 Sur la solidarité entre les sexes, en particulier avant la dixième révision de l'AVS, cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la huitième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 11 octobre 1971, FF 1971 II 1057 (1088) : « Notre assurance, qui englobe l'ensemble de la population de résidence, se distingue par une large égalité de traitement des deux sexes sans que le caractère communautaire de la famille en soit négligé pour autant. Les femmes mariées et les veuves sans activité lucrative, bien que libérées de l'obligation de cotiser, sont assurées et jouissent d'une rente de vieillesse, soit directement, soit par l'intermédiaire du droit du mari à une rente pour couple, alors même qu'elles n'ont, elles-mêmes, jamais payé de cotisations. C'est ainsi que, dans le système actuel, se trouve réalisée la solidarité entre hommes et femmes ».

9 RO 1908 245.

a) Les personnes assurées et l'obligation de cotiser

6. L'AVS et l'AI reposent sur le **principe de l'universalité**. Toute personne domiciliée ou exerçant une activité lucrative en Suisse est en effet en principe obligatoirement assujettie à ce régime d'assurance (art. 1a LAVS, art. 1b LAI). L'octroi d'une couverture d'assurance obligatoire aux personnes sans activité lucrative constitue une caractéristique importante de l'AVS/AI. Le premier pilier se distingue en cela du deuxième pilier, qui est un régime professionnel (*infra*, 2.)

7. Dans l'AVS/AI, les personnes assurées sont tenues de payer des cotisations tant qu'elles exercent une activité lucrative (art. 3 al. 1 LAVS, art. 2 LAI)¹⁰. Cette même obligation incombe aux personnes sans activité lucrative qui sont domiciliées en Suisse, dès le 1^{er} janvier de l'année qui suit celle où elles ont accompli leur 20^e année et jusqu'à la fin du mois où elles atteignent l'âge légal de la retraite, soit 64 ans pour les femmes, respectivement 65 ans pour les hommes (art. 3 al. 1 et 21 al. 1 LAVS)¹¹. Le **sexe** produit ainsi des effets s'agissant de l'obligation de cotiser puisque les femmes sans activité lucrative cotisent une année de moins que les hommes, du fait de l'âge différencié de la retraite entre les sexes. Si lors de l'adoption de la LAVS, en 1946, l'âge légal de la retraite avait été fixé à 65 ans tant pour les hommes que pour les femmes¹², la différence quant à l'âge légal d'ouverture du droit à la rente de vieillesse a été introduite le 1^{er} janvier 1957, date de l'entrée en vigueur de la 4^e révision de l'AVS¹³. Selon le Conseil fédéral, l'abaissement de l'âge de la retraite des femmes devait avant tout permettre de compenser la « *double charge* » pesant sur les femmes qui exercent une activité lucrative à côté

10 Les cotisations des assuré-e-s qui exercent une activité lucrative sont calculées en pourcentage du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Pour les salarié-e-s, il s'agit de cotisations paritaires, dans la mesure où l'assuré-e et son employeur-euse s'acquittent tous/toutes deux d'une cotisation de 4.35 % au titre de l'AVS, et de 0.7 % au titre de l'AI (soit, 10.1 % au total ; cf. art. 5 al. 1 et 13 LAVS, art. 3 al. 1 LAI). La cotisation due par les indépendant-e-s est fixée à 8.1 % pour l'AVS et 1.4 % pour l'AI (cf. art. 8 al. 1 LAVS, art. 3 al. 1 LAI).

11 Les assuré-e-s n'exerçant aucune activité lucrative paient une cotisation selon leur condition sociale, dont le montant s'élève entre CHF 413.- et CHF 20'650.- dans l'AVS, respectivement entre CHF 66.- et CHF 3'300.- dans l'AI (cf. art. 10 LAVS, art. 3 al. 1^{bis} LAI).

12 RO 1947 843.

13 Modification de la LAVS du 21 décembre 1956, RO 1957 264. A cette occasion, l'âge légal de la retraite des femmes a été fixé à 63 ans. Après avoir été abaissé à 62 ans lors de l'entrée en vigueur de la 6^e révision de l'AVS, le 1^{er} janvier 1964 (Modification de la LAVS du 19 décembre 1963, RO 1964 277), il a ensuite été augmenté à 63 ans en 2001, puis à 64 ans en 2005, dans le cadre de la 10^e révision de la LAVS, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 (cf. lit. d al. 1 des dispositions finales de la modification de la LAVS du 7 octobre 1994, RO 1996 2466).

de leur rôle d'épouse et de mère¹⁴. Les inégalités formelles en défaveur des hommes trouvent en effet généralement leur origine dans la volonté du législateur de compenser la situation inégalitaire dans laquelle hommes et femmes ont été placés, tant dans le monde du travail que dans la sphère domestique, compte tenu de la répartition traditionnelle des rôles prévue par l'ancien droit du mariage entre les sexes (*infra*, III., 3.).

8. L'**état civil** est également un critère important en matière de cotisations, puisque les conjoints et partenaires enregistré-e-s bénéficient d'une « *fiction* », en vertu de laquelle le/la membre du couple qui n'exerce pas d'activité lucrative est réputé-e avoir lui-même/elle-même payé des cotisations si l'autre membre exerce une activité lucrative et s'acquitte de cotisations s'élevant au moins au double de la cotisation minimale (art. 3 al. 3 lit. a LAVS).

b) Les prestations et les principes à la base du calcul des rentes

9. L'AVS et l'AI accordent différentes prestations en nature et en espèces¹⁵. Dans la mesure où l'un des principes cardinaux de l'AI est celui de « *la réadaptation prime la rente* »¹⁶, cette assurance est avant tout destinée à financer des mesures de réadaptation (prestations en nature), et une rente d'invalidité ne doit être allouée qu'en *ultima ratio*, lorsque la réadaptation n'est pas possible ou a échoué (*cf.* art. 1a lit. a LAI).
10. S'agissant des prestations en espèces du premier pilier, les plus connues sont les rentes, qui sont allouées en cas de vieillesse, d'invalidité ou de

14 Cf., p. ex., Rapport sur le programme législatif « *Egalité des droits entre hommes et femmes* » du 26 février 1986, FF 1986 I 1132 (1195-1196) ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 mai 1946, FF 1946 II 353 (395).

15 Dans l'AVS, les prestations en espèces comprennent les rentes de vieillesse (art. 18-22^{ter} et 29-31 LAVS) et de survivants (art. 18-20 et 23-28^{bis} LAVS), ainsi que les allocations pour impotent (art. 43^{bis} LAVS) et contributions d'assistance (art. 43^{ter} LAVS). S'ajoutent à cet éventail, en tant que prestations en nature, les moyens auxiliaires (art. 43^{quater} LAVS). 73. L'assurance-invalidité octroie différentes prestations et mesures : des mesures de détection et d'intervention précoces (art. 3a-c et 7d LAI), des mesures de réadaptation (mesures médicales en cas d'invalidité [art. 12 et 14 LAI] et d'infirmité congénitale [art. 13-14 LAI], mesures d'ordre professionnel [art. 15-18d LAI], et moyens auxiliaires [art. 21-21^{quater} LAI], notamment) pendant l'exécution desquelles des indemnités journalières peuvent être allouées (art. 22-25 LAI), des rentes d'invalidité (art. 28-40 LAI), ainsi que des allocations pour impotent (art. 42-42^{ter} LAI) et contributions d'assistance (art. 42^{quater-octies} LAI).

16 Cf. FF 1958 II 1161 (1176) : « Des rentes ne doivent être allouées qu'autant que l'assuré ne peut plus utiliser sa capacité résiduelle dans l'activité économique ou ne le peut plus d'une manière suffisante ».

décès. On distingue entre les **rentes ordinaires** et les rentes extraordinaires¹⁷. Peuvent prétendre à une rente ordinaire de vieillesse ou de survivant-e-s tous les ayants droit auxquels il est possible de porter en compte au moins une année entière de revenus, de bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance, ou leurs survivant-e-s (art. 29 al. 1 LAVS)¹⁸. Les dispositions de la LAVS sont applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires d'invalidité (art. 36 al. 2 LAI et art. 32 RAI¹⁹), à cela près que l'assuré-e a droit à une rente ordinaire d'invalidité s'il compte, lors de la survenance de l'invalidité, trois années au moins de cotisations (art. 36 al. 1 LAI). Le calcul de la rente ordinaire est déterminé par les années de cotisations, les revenus provenant d'une activité lucrative, ainsi que les bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance entre le 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle l'ayant droit a eu 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation du risque assuré (art. 29^{quater-septies} LAVS, art. 36 al. 2 LAI). Les **années de cotisations** déterminent l'échelle de rentes applicable²⁰. Il existe 44 échelles de rentes. Chaque échelle indique le montant mensuel des rentes de l'AVS et de l'AI, en fonction du revenu annuel sur la base duquel l'assuré-e a cotisé (ou revenu annuel moyen déterminant ; cf. art. 29^{quater} LAVS). Les échelles fi-

-
- 17 Le cercle des bénéficiaires de rentes extraordinaires se limite aux ressortissant-e-s suisses rentré-e-s de l'étranger et aux assuré-e-s qui présentent des lacunes importantes en matière d'années de cotisations. Conformément à l'art. 42 al. 1 LAVS, en effet, les rentes extraordinaires sont servies aux ressortissant-e-s suisses qui ont leur domicile et leur résidence habituelle (art. 13 LPGA) en Suisse s'ils/si elles ont le même nombre d'années d'assurance que les personnes de leur classe d'âge, mais n'ont pas droit à une rente ordinaire parce qu'ils/elles n'ont pas été soumis-e-s à l'obligation de verser des cotisations pendant une année entière au moins. Dans l'AVS, seules des rentes extraordinaires de survivant-e-s sont encore d'actualité ; elles entrent en ligne de compte lorsque l'assuré-e décède avant d'avoir accompli sa 21^e année (cf. art. 3 al. 1 LAVS). En revanche, dans l'AI, les rentes extraordinaires sont plus courantes, étant donné qu'elles sont servies aux personnes (domiciliées en Suisse) invalides de naissance ou devenues invalides avant le 1^{er} décembre de l'année suivant celle au cours de laquelle elles ont atteint l'âge de 22 ans révolus, si celles-ci n'ont pas droit à une rente ordinaire (cf. art. 39-40 LAI).
- 18 L'art. 50 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS, RS 831.101) précise qu'une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée (cf. art. 1a ou 2 LAVS) pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, elle a versé la cotisation minimale ou a présenté des périodes de cotisations au sens de l'art. 29^{ter} al. 2 lit. b ou c LAVS (périodes durant lesquelles son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale ou pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance peuvent être prises en compte).
- 19 Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), RS 831.201.
- 20 L'art. 29^{ter} al. 2 LAVS précise que sont considérées comme années de cotisations, les périodes pendant lesquelles une personne a payé des cotisations, pendant lesquelles son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale ou pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou d'assistance peuvent être prises en compte.

gurent dans les « Tables des rentes » édictées par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS)²¹. Une durée complète de cotisations²² permet de prétendre à une **rente complète**, en application de l'échelle 44, qui contient les rentes les plus élevées ; des rentes partielles sont versées aux assuré-e-s qui présentent une durée incomplète de cotisations (échelles 43 à 1 ; cf. art. 29 al. 2 LAVS)²³. Seules les années de cotisations à l'assurance suisse sont prises en compte pour déterminer si la durée de cotisations est complète²⁴. Dans la mesure où tant les personnes qui travaillent en Suisse que celles qui y sont domiciliées sont soumises à l'obligation de cotiser à l'AVS/AI (cf. art. 1a al. 1 lit. a et b et art. 3 LAVS, art. 2 LAI ; *supra*, a), le fait d'interrompre son activité lucrative pour s'occuper de l'éducation des enfants ou prodiguer de l'assistance à un proche ne produit pas d'effet sur l'échelle de rentes applicable. A l'inverse, cette circonstance a une incidence sur le **revenu annuel moyen**, soit sur l'élément qui détermine le montant de la rente au sein de l'échelle applicable (soit, un montant mensuel allant de CHF 1'195.- à CHF 2'390.- dans l'échelle 44²⁵). Le revenu annuel moyen correspond en effet à la somme des revenus de l'activité lucrative réalisés durant la période de cotisations²⁶, divisée par le nombre d'années de cotisations (art. 30 LAVS). Afin de tenir compte des **tâches éducatives ou d'assistance** effectuées par l'assuré-e, les bonifications qui lui ont été créditées doivent être ajoutées aux revenus de l'activité lucrative avant d'opérer ce calcul (art. 29^{bis} et 29^{quater} LAVS, art. 36 al. 2 LAI). Au sein de l'échelle 44 (rentes complètes), la rente maximale

21 OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Tables des rentes 2021 AVS/AI, valables des le 1^{er} janvier 2021 (disponible à l'adresse: www.sozialversicherungen.admin.ch)

22 La durée de cotisations est réputée complète lorsqu'une personne présente le même nombre d'années de cotisations que les assuré-e-s de sa classe d'âge (art. 29^{ter} al. 1 LAVS).

23 Lorsque la durée de cotisations est incomplète au sens de l'art. 29^{ter} LAVS, les périodes de cotisations accomplies avant le 1^{er} janvier suivant l'accomplissement des 20 ans révolus sont prises en compte à titre subsidiaire aux fins de combler les lacunes de cotisations apparues depuis cette date (art. 52b RAVS). Il peut en aller de même des périodes de cotisations entre le 31 décembre précédant la réalisation du cas d'assurance et la naissance du droit à la rente ; dans cette hypothèse, les revenus provenant d'une activité lucrative réalisés durant cette période ne sont toutefois pas pris en considération pour le calcul de la rente (art. 52b RAVS).

24 Cf. ATF 113 V 105.

25 Au sein d'une échelle, la rente maximale correspond en effet au double de la rente minimale (art. 112 al. 2 lit. c Cst., art. 34 al. 3 LAVS).

26 Il s'agit des revenus d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été prélevées (art. 29^{quinquies} al. 1 LAVS). Pour les personnes sans activité lucrative, le revenu d'une activité lucrative est obtenu en multipliant les cotisations (dont le montant est déterminé en fonction de la condition sociale ; cf. art. 10 LAVS) par 100, puis en divisant ce montant par le double du taux de cotisation fixé à l'art. 5 al. 1 LAVS (cf. art. 29^{quinquies} al. 2 LAVS). Pour les conjoints et partenaires enregistrés, les revenus réalisés pendant les années civiles de mariage ou de partenariat commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun d'eux (cf. art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS).

(CHF 2'390.- par mois), est servie aux personnes dont le revenu annuel moyen s'élève à CHF 86'040.- ou plus ; la rente minimale (CHF 1'195.- par mois) est quant à elle octroyée aux personnes dont le revenu annuel moyen est inférieur ou égal à CHF 14'340.-.

c) L'évolution

11. Depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1948²⁷, la LAVS a fait l'objet de plusieurs révisions²⁸. La 10^e et dernière révision, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997²⁹, poursuivait entre autres buts, celui de réaliser l'égalité entre femmes et hommes et celui d'offrir une meilleure protection aux personnes accomplissant du travail d'assistance ou d'éducation non rémunéré. Elle a en effet introduit la rente de veuf, les bonifications pour tâches éducatives et pour tâches d'assistance, qui permettent d'augmenter le revenu formateur de rente, ainsi que le principe du partage des revenus entre époux (ou « *splitting* ») ; elle a également progressivement relevé l'âge de la retraite des femmes de 62 à 64 ans, et a supprimé l'exemption de cotiser des épouses et veuves sans activité lucrative, la rente complémentaire pour l'épouse, ainsi que la rente de couple (qui s'élevait à 150 % de la rente individuelle de l'époux), qui a été remplacée par un droit individuel à la rente, en reprenant cependant, pour des raisons de coûts, le principe du plafonnement. La 10^e révision de l'AVS a également introduit une « *nouvelle formule des rentes* », qui a substitué au principe de la progression linéaire des rentes, une augmentation plus rapide du montant de la rente versée aux personnes qui percevaient un revenu modeste³⁰.
12. Si l'égalité entre hommes et femmes était l'un des buts majeurs de la 10^e révision de l'AVS, des différences entre les sexes sont encore observables, s'agissant notamment des conditions d'octroi des rentes de conjoint survivant et de l'âge de la retraite. Dans les faits, selon une étude

27 RO 1947 843.

28 Sur la genèse de la LAVS et pour un aperçu des révisions intervenues dans ce régime d'assurance, cf., p. ex., BINSWANGER, *Geschichte der AHV : schweizerische Alters- und Hinterlassenversicherung*, Pro Senectute, Zurich 1986. Au sujet des tentatives de révision de la LAVS depuis la 10^e révision, cf., spécifiquement, FF 2015 I (15 ss).

29 Modification de la LAVS du 7 octobre 1994 (10^e révision de la LAVS), RO 1996 2466. Cf. aussi Message concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 5 mars 1990, FF 1990 II 1. Pour une présentation des nouveautés introduites par cette révision, cf., p. ex., BERGER Alfons, *La 10^e révision de l'AVS, un tournant dans la politique sociale*, Sécurité sociale, CHSS n° 6-1994, pp. 248-257 ; ESCHMANN Nicolas, *10^e révision de l'AVS : bilan*, Sécurité sociale, CHSS n° 2-2003, pp. 73-78.

30 Au sujet de la « *nouvelle formule des rentes* » introduite dans le cadre de la 10^e révision de l'AVS, cf. FF 1990 II 1 (52-54).

publiée en 2015³¹, les femmes perçoivent des rentes de vieillesse inférieures de 2.7 % à celles des hommes ; cet écart de rente est sensiblement moins élevé que dans la prévoyance professionnelle, où il atteint 63 %, en raison essentiellement du fait qu'il s'agit d'un régime professionnel, qui ne permet pas aux personnes exerçant des tâches ménagères, éducatives ou d'assistance d'accéder à l'assurance et de se constituer un avoir de vieillesse (*infra*, III.). Une nouvelle révision de l'AVS (11^e révision première version)³², qui a été rejetée en votation populaire en mai 2004 par 67,9 % des voix³³, prévoyait diverses mesures de financement telles que le relèvement de l'âge de la retraite, l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour les rentes de survivant-e-s, ainsi qu'un relèvement de la TVA en faveur de l'AVS et de l'AI. Une nouvelle version de 11^e révision de l'AVS, conçue sous la forme de deux messages séparés, a été rejetée en vote final par le Conseil national, le 1^{er} octobre 2010, à l'issue de plusieurs années de débat parlementaire³⁴. Cette révision reprenait plusieurs mesures du premier projet destinées à générer des économies et proposait l'introduction d'une prestation de préretraite dans le régime des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI.

13. Le 24 septembre 2017, le peuple a une nouvelle fois repoussé une tentative de révision³⁵. Cette réforme globale des premier et deuxième piliers

31 FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, Ecart de rentes en Suisse : différences entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes, Aspects de la sécurité sociale, Rapport de recherche n° 12/16, Office fédéral des assurances sociales, Berne 27 février et 9 octobre 2015, pp. 26-27.

32 Cf. Modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (11^e révision de l'AVS) du 3 octobre 2003, FF 2003 6073 ; Projet de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (11^e révision de l'AVS), FF 2000 1939. Cf. aussi Message concernant la onzième révision de l'assurance-vieillesse et survivants et le financement à moyen terme de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 2 février 2000, FF 2000 1771.

33 Cf. Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 16 mai 2004 (11^e révision de l'AVS; relèvement de la TVA en faveur de l'AVS et de l'AI ; train de mesures fiscales [paquet fiscal]) du 29 juin 2004, FF 2004 3727.

34 Cf. Projet de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (1^{re} partie de la 11^e révision de l'AVS), FF 2006 2003 ; Projet de loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC) (2^e partie de la 11^e révision de l'AVS : introduction d'une prestation de préretraite), FF 2006 2067. Cf. aussi Premier message concernant la 11^e révision de l'AVS (nouvelle version) du 21 décembre 2005, FF 2006 1917 ; Second message concernant la 11^e révision de l'AVS (nouvelle version) du 21 décembre 2005, FF 2006 2019.

35 Cf. Loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 17 mars 2017, FF 2017 2217 ; Projet de loi fédérale sur la réforme de la prévoyance de vieillesse 2020, FF 2015 243. Cf. aussi Message concernant la réforme de la prévoyance de vieillesse 2020 du 19 novembre 2014, FF 2015 1 ; Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 24 septembre 2017 (Arrêté fédéral sur la sécurité alimentaire [contre-projet direct à l'initiative populaire « Pour la sécurité alimentaire »] ; Arrêté fédéral sur le financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la taxe sur la valeur ajoutée ; Loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020) du

(« *Prévoyance vieillesse 2020* ») avait proposé différentes mesures présentées comme permettant de réaliser une meilleure égalité des sexes³⁶ (augmentation de l'âge de la retraite des femmes de 64 à 65 ans, abaissement du seuil d'accès dans le deuxième pilier³⁷, rente de veuve AVS axée davantage sur la période éducative³⁸), ainsi que l'introduction d'un modèle flexible de retraite (perception de tout ou partie des rentes de vieillesse des premier et deuxième piliers dès 62 ans par anticipation, respectivement ajournement de tout ou partie de celles-ci jusqu'à l'âge de 70 ans³⁹).

14. A la suite du rejet de la loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020, une nouvelle révision a été entreprise. Celle-ci prend la forme de deux projets distincts (Réformes « AVS 21 »⁴⁰ et « LPP 21 »⁴¹). Les modifications envisagées, tout comme celles proposées lors des dernières tentatives de révisions, sont axées essentiellement sur la nécessité d'assurer l'équilibre financier des premier et deuxième piliers (diminution du taux de conversion minimal dans la prévoyance professionnelle de 6.8 % à 6.0 %, notamment⁴²) et de maintenir le niveau des prestations de la pré-

30 novembre 2017, FF 2017 7399. Au sujet de cette révision, et pour une analyse critique, cf., p. ex., RIEMER-KAFKA Gabriela, *Altersvorsorge 2020 – aus der Sicht der Frau*, SZS/RSAS n° 2-2015, pp. 110-130.

- 36 Il s'agissait, en effet, en particulier, d'examiner « *si certains changements sociaux ou économiques (par exemple l'activité lucrative des femmes) pourraient justifier des adaptations du système des rentes AVS* ». Cf. Message concernant l'initiative populaire « *Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage* » du 23 octobre 2013, FF 2013 7623 (7643).
- 37 Abaissement du salaire minimal LPP à CHF 14'000.- (favorable aux travailleur-euse-s à temps partiel et aux personnes travaillant pour le compte de plusieurs employeur-euse-s, donc favorable aux femmes). Cf. FF 2015 1 (15).
- 38 Sur les modifications proposées s'agissant des rentes de survivant-e-s, cf. FF 2015 1 (87-91 et 153-154).
- 39 Dans la mesure où l'âge minimal de la retraite pour la perception anticipée des prestations est actuellement fixé à 58 ans (cf. art. 1i OPP 2), la réforme « *Prévoyance vieillesse 2020* » prévoyait ainsi un relèvement de l'âge minimal permettant de prétendre à une rente anticipée de vieillesse dans la prévoyance professionnelle.
- 40 Cf. Message relatif à la stabilisation de l'AVS (AVS 21) du 28 août 2019, FF 2019 5979 ; Projet de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), FF 2019 6109.
- 41 Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme LPP 21) du 25 novembre 2020, FF 2020 9501. Cf. aussi MÜLLER André/ELBEL Roman/MARTI Michael/STRAHM Svenja/SCHOCH Tobias *Reform der beruflichen Vorsorge (BVG 21) : Auswirkungen auf Beschäftigung, Löhne, Arbeitskosten und Umverteilung*, Im Auftrag des Bundesamtes für Sozialversicherungen, Forschungsbericht Nr. 13/20.
- 42 Afin d'amortir la baisse des rentes consécutive à la diminution du taux de conversion, le projet introduit en parallèle un mécanisme de compensation, sous la forme de l'octroi d'un supplément de rente à vie aux futur-e-s bénéficiaires de rentes de vieillesse et d'invalidité de la prévoyance professionnelle. Sur ces aspects, cf. FF 2020 9501 (9549-9552).

voyance vieillesse, compte tenu de l'évolution démographique (modification de la pyramide des âges induite par la diminution du taux de natalité et l'accroissement de l'espérance de vie, qui se traduit par une augmentation de la proportion de personnes âgées) et de la multiplication des nouvelles formes de travail (temps partiel, emplois multiples, etc.) ; dans le deuxième pilier, il s'agit en outre également de réduire l'écart de cotisations entre les jeunes assuré-e-s et les plus âgé-e-s par le biais d'une adaptation du taux des bonifications de vieillesse, et d'améliorer la couverture des personnes travaillant à temps partiel, qui sont en premier lieu des femmes (diminution de moitié de la déduction de coordination, notamment⁴³). Les réformes « AVS 21 » et « LPP 21 » prévoient également de remplacer la notion d'« âge de la retraite » par celle d'« âge de référence », afin de flexibiliser le moment de la perception de la rente, et de fixer cet âge à 65 ans pour les hommes et pour les femmes⁴⁴.

2. Le deuxième pilier

15. Le deuxième pilier (ou prévoyance professionnelle, pilier 2a) est un régime public obligatoire protégeant une partie des personnes exerçant une activité lucrative, dont le but est de leur permettre, avec les prestations de l'AVS/AI, de « *maintenir leur niveau de vie antérieur de façon appropriée* », lors de la survenance d'un cas d'assurance vieillesse, décès ou invalidité (art. 113 al. 2 lit. a Cst., art. 1 al. 1 LPP⁴⁵)⁴⁶. Selon le Conseil fédéral, cet objectif est atteint lorsque les rentes des premier et deuxième piliers permettent de garantir ensemble à la personne assurée le 60 % de son dernier revenu, jusqu'à concurrence d'un montant maximum d'environ CHF 85'000.-⁴⁷. Au vu de l'écart entre les rentes de vieillesse versées aux hommes et aux femmes (*infra*, III.), se pose cependant

43 Au sujet de la diminution de la déduction de coordination et de l'adaptation des taux des bonifications de vieillesse, cf. FF 2020 9501 (9552-9554).

44 Sur ce point, et au sujet des mesures de compensation prévues pour accompagner le relèvement progressif de l'âge de référence à 65 ans pour les femmes (taux de réduction favorables en cas de perception anticipée de la rente, et adaptation de la formule des rentes, notamment), cf. spécifiquement FF 2019 5979 (6026-6051).

45 Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP), RS 831.40.

46 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 117 (125).

47 Cf. FF 2015 I [13]]. Cf. également ATF 136 V 313, c. 3.2 : « De manière générale, il est admis que le niveau de vie antérieur est maintenu, lorsqu'une personne qui a mené une carrière professionnelle normale – avec une durée complète de cotisation – touche un revenu de substitution – rente du premier et du deuxième pilier – égal à 60 % au moins de son dernier salaire brut. Cette conception n'a toutefois pas valeur absolue.

la question de savoir si les rentes de vieillesse permettent effectivement le maintien du niveau de vie antérieur de façon appropriée, singulièrement s'agissant des femmes.

16. La prévoyance professionnelle est une sorte d'épargne forcée (« *Zwangssparen* ») et les fonds investis dans ce cadre échappent en principe à la libre disposition des assuré-e-s avant la réalisation d'un événement assuré (vieillesse, invalidité ou décès)⁴⁸.
17. La LPP est une loi-cadre, qui ne fixe que des exigences minimales (art. 6 LPP), si bien que les institutions de prévoyance disposent d'une large autonomie pour étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales définies aux art. 13-26a LPP. On parle alors de prévoyance plus étendue ou surobligatoire, régime facultatif (pilier 2b ; cf. art. 49 al. 2 LPP), dont les règles sont posées dans les règlements de prévoyance. Les institutions de prévoyance qui sont actives dans la prévoyance obligatoire et dans la prévoyance plus étendue sont qualifiées d'institutions « enveloppantes » (« *umhüllende Vorsorgeeinrichtung* »)⁴⁹. Elles peuvent soit opérer une séparation organisationnelle stricte entre ces deux domaines de prévoyance (« *splitting* »), soit proposer un plan de prestations unique qui inclut les prestations minimales et les améliore, sans faire de distinctions entre prévoyance obligatoire et surobligatoire⁵⁰. Dans cette dernière hypothèse, qui est la plus fréquente en pratique, l'institution de prévoyance est tenue de procéder à un calcul comparatif entre les prestations obligatoires selon la LPP (sur la base du compte-témoin que les institutions de prévoyance doivent tenir afin de contrôler le respect des exigences minimales de la LPP [« *Alterskonto* » ; art. 11 al. 1 OPP 2⁵¹]) et les prestations réglementaires (« *Schattenrechnung* »), afin de garantir que les prestations réglementaires respectent les exigences minimales

En effet, pour les personnes de condition modeste, maintien du niveau de vie et couverture des besoins vitaux tendent par exemple à se confondre ».

48 Si le versement des fonds investis peut intervenir avant la survenance du risque assuré, cette possibilité fait toutefois figure d'exception et est strictement encadrée par la loi. Tel est le cas en cas de versement anticipé pour l'acquisition d'un logement (cf. art. 30c LPP, Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 [OEPL, RS 831.411]), ainsi que dans les hypothèses visées à l'art. 5 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP, RS 831.42 ; l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie, notamment lorsqu'il quitte définitivement la Suisse ou lorsqu'il s'établit à son compte et n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire).

49 Cf., p. ex., ATF 140 V 145, c. 3.1 ; ATF 138 V 176, c. 5.3 ; ATF 136 V 313, c. 4.3 ; TFA, arrêt B 112/05 du 22 décembre 2006, c. 2.2 ; ATF 122 V 142, c. 4b et les arrêts cités.

50 Cf., p. ex., ATF 136 V 313, c. 4.4-4.5.

51 Ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2), RS 831.441.1.

de la LPP, la personne assurée devant bénéficier au moins des prestations minimales légales selon la LPP (art. 49 al. 1 LPP en corrélation avec l'art. 6 LPP)⁵².

18. Contrairement à l'AVS/AI qui reposent sur le système dit de la répartition (les rentes actuellement versées sont financées par les cotisations actuellement prélevées⁵³ ; « *Umlageverfahren* ») et sur le principe de la solidarité (entre les générations et entre les revenus, notamment), la LPP est un **régime de capitalisation** (« *Kapitaldeckungsverfahren* »), où les prestations dépendent des propres cotisations et revenus de l'assuré-e (principe de la redistribution ou de l'équivalence individuelle). Les prestations de vieillesse, d'invalidité et de décès sont calculées soit en fonction du capital accumulé par l'assuré-e au cours de sa vie professionnelle, lequel est converti en rente au moyen du taux de conversion (cf. art. 14 LPP ; **système de la primauté des cotisations** ; « *Beitragsprimat* »), soit en fonction du salaire assuré au moment de la survenance de l'éventualité ouvrant le droit aux prestations (**système de la primauté des prestations** ; « *Leistungsprimat* »). Si le système de la primauté des cotisations s'applique à la prévoyance obligatoire (cf. art. 14 et 24 al. 3 LPP), dans le domaine surobligatoire, les caisses sont libres d'opter pour le système de la primauté des prestations.
19. Dans la prévoyance professionnelle tant obligatoire que surobligatoire, les principes de l'adéquation individuelle entre les cotisations et les prestations (cf. art. 1-1b OPP 2), de la collectivité (cf. art. 1b-e OPP 2), de l'égalité de traitement (cf. art. 1f OPP 2), de la planification (cf. art. 1g OPP 2) et de l'assurance (cf. art. 1h OPP 2) doivent être respectés (cf. art. 1 et 49 al. 2 ch. 1 LPP)⁵⁴.

a) La prévoyance professionnelle obligatoire

20. La prévoyance professionnelle obligatoire est régie par la LPP et ses ordonnances d'application, en particulier l'OPP 2⁵⁵. Les prestations de libre

52 Cf. ATF 136 V 313, c. 4.4 et les arrêts cités.

53 Dans la prévoyance professionnelle, les cotisations sont fixées par l'institution de prévoyance (cf. art. 50 al. 1 lit. c LPP) ; la somme des cotisations de l'employeur-euse doit toutefois être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés (cf. art. 66 al. 1 LPP).

54 Cf., p. ex., ATF 129 III 305, c. 2.5.

55 Cf. aussi, notamment, Ordonnance sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle des 10 et 22 juin 2011 (OPP 1), RS 831.435.1 ; Ordonnance sur le « fonds de garantie LPP » du 22 juin 1998 (OFG), RS 831.432.1 ; Ordonnance sur les fondations de placement du 22 juin 2011 (OPF), RS 831.403.2.

passage sont réglées par la loi fédérale sur le libre passage (LFLP⁵⁶ ; cf. art. 27 LPP). Il existe également une ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL ; cf. aussi art. 30a-g LPP)⁵⁷. Des dispositions relatives à la prévoyance professionnelle figurent encore dans d'autres lois. Ainsi, par exemple, les art. 331-331f CO⁵⁸ relatifs à la prévoyance en faveur du personnel et aux obligations de l'employeur-euse en la matière, l'art. 89a CC⁵⁹ qui édicte les prescriptions que les fondations sont tenues de respecter concernant les institutions de prévoyance en faveur du personnel, ou encore l'art. 46 al. 1 LCA⁶⁰ qui introduit une réserve en faveur de l'art. 41 LPP s'agissant de la prescription des créances découlant d'un contrat d'assurance privée.

21. La prévoyance professionnelle est un régime obligatoire qui protège une partie des personnes exerçant une activité salariée⁶¹ contre les risques décès et invalidité dès l'âge de 17 ans, ainsi que contre le risque vieillesse dès l'âge de 24 ans (cf. art. 7 al. 1 LPP). Les personnes qui bénéficient d'indemnités de chômage sont également assurées à titre obligatoire⁶², mais uniquement contre les risques décès et invalidité (art. 2 al. 3 LPP)⁶³.

56 Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP), RS 831.42. Cf. aussi Ordonnance sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage, OLP) du 3 octobre 1994, RS 831.425.

57 Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 (OEPL), RS 831.411.

58 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO), RS 220.

59 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.

60 Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), RS 221.229.1.

61 Pour les indépendants, la prévoyance professionnelle est facultative (cf. art. 113 al. 2 lit. d Cst. ; art. 4 et 44-45 LPP). Par ailleurs, cette catégorie de travailleur-euse-s dispose de la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de prévoyance plus étendue (cf. art. 4 al. 3 LPP). Cf. aussi TF, arrêt 2C_189/2010 du 10 février 2011, c. 2.5.2.

62 Ce n'est que depuis le 1^{er} juillet 1997 que les personnes au chômage sont obligatoirement assurées pour la prévoyance professionnelle. Les modalités de l'assurance des personnes au chômage font l'objet d'une ordonnance spécifique : Ordonnance sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs du 3 mars 1997, RS 837.174. Auparavant, le chômage entraînait en général la cessation de l'affiliation au deuxième pilier ; seul le maintien de la prévoyance à titre individuel pouvait en effet intervenir, ce qui présupposait que cette possibilité fût prévue par le règlement de prévoyance.

63 Selon le Conseil fédéral, la couverture des risques « décès » et « invalidité » était nécessaire afin de protéger la famille de la personne au chômage en cas d'invalidité ou de décès de celle-ci (cf. Message à l'appui de la deuxième révision partielle de la loi sur l'assurance-chômage du 29 novembre 1993, FF 1994 I 340 [359]). Il a en revanche renoncé à une couverture du risque « vieillesse », compte tenu « des frais élevés pour l'assurance-chômage et les assurés d'une couverture globale obligatoire (vieillesse, décès et invalidité) et au vu des difficultés relatives à l'exécution administrative », ainsi qu'en

Le deuxième pilier s'adresse ainsi à un cercle de personnes nettement plus restreint que l'AVS/AI, puisque les personnes sans activité lucrative (notamment les femmes et les hommes au foyer) ou avec un revenu modeste en sont exclues. En effet, l'affiliation au régime obligatoire est subordonnée à la réalisation d'un **revenu annuel minimal** auprès d'un-e même employeur-euse (actuellement, CHF 21'510.- ; cf. art. 2 al. 1, art. 7 et 9 LPP, art. 5 OPP 2), si bien que les personnes occupées à temps partiel, au sein desquelles les femmes sont encore surreprésentées (*infra*, III., 3, aa), n'ont pas nécessairement accès au deuxième pilier.

22. Dans le deuxième pilier, seul le revenu annuel compris entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.-, soit actuellement, CHF 60'945.-, est obligatoirement assuré (cf. art. 2 al. 1 et art. 7-8 LPP). On parle de **salaire coordonné**, lequel s'obtient en déduisant du salaire effectif un montant de CHF 25'095.-. Il s'agit de la **déduction de coordination**, soit un montant fixe, indépendant du taux d'occupation. Lorsque le salaire coordonné n'atteint pas CHF 3'585.- par an, il est arrondi à ce montant (cf. art. 8 al. 2 LPP).
23. L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail, respectivement, pour les bénéficiaires d'indemnités journalières de l'assurance-chômage, le jour où ils perçoivent pour la première fois une indemnité de chômage (art. 10 al. 1 LPP, art. 6 OPP 2). L'obligation d'être assuré-e cesse à l'âge ordinaire de la retraite (fixé à 64 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes ; cf. art. 13 al. 1 LPP et 62a al. 1 OPP 2), en cas de dissolution des rapports de travail, lorsque le salaire minimum n'est plus atteint ou lorsque le droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage s'éteint (art. 10 al. 2 LPP). Le/la salarié-e demeure assuré-e auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité pendant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance ; si un rapport de prévoyance existait auparavant, la nouvelle institution de prévoyance est alors compétente (art. 10 al. 3 LPP). Lorsque le salaire diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité, de paternité ou d'autres circonstances semblables, le salaire coordonné est maintenu au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur-euse de verser le salaire selon l'art. 324a CO ou du congé de maternité ou de paternité selon les art. 329f et 329g CO ; la personne assurée est toutefois libre de demander la réduction du salaire coordonné (art. 8 al. 3 LPP). Les assuré-e-s qui cessent d'être assujetti-e-s à l'assurance obligatoire, en

raison du constat selon lequel « l'introduction d'une couverture globale influencerait de manière peu significative le montant des rentes vieillesse » (FF 1994 I 340 [359]).

raison, par exemple, de la cessation de l'exercice d'une activité lucrative avant l'âge de la retraite (art. 10 al. 2 lit. b LPP) ou de la diminution du taux d'activité (perception d'un salaire annuel inférieur à CHF 21'510.-), ont la possibilité de s'assurer facultativement, afin de maintenir leur prévoyance professionnelle ou leur seule prévoyance vieillesse, dans la même mesure que précédemment, soit auprès de l'institution de prévoyance du/de la dernier-ère employeur-euse, si les dispositions réglementaires le permettent⁶⁴, soit auprès de l'institution supplétive (cf. art. 47 al. 1 LPP)⁶⁵. La personne qui use de l'une ou l'autre possibilité s'acquitte elle-même de l'intégralité des cotisations. En pratique, une déduction fiscale lui est accordée pendant deux ans⁶⁶.

24. Dans la prévoyance tant obligatoire que plus étendue, les institutions de prévoyance disposent de la liberté, en vertu de l'art. 13 al. 2 LPP, de prévoir un **âge de la retraite différent** de celui arrêté par la loi à 64 ans pour les femmes et 65 ans pour les hommes (art. 13 al. 1 LPP et 62a al. 1 OPP 2). Elles peuvent ainsi prévoir un âge de la retraite identique pour les hommes et les femmes. La possibilité d'introduire des **retraites anticipées ou ajournées** existe en effet (cf. art. 13 al. 2 LPP : « [...] *les dispositions réglementaires de l'institution de prévoyance peuvent prévoir que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin* »). S'agissant de la **retraite anticipée**, l'âge minimal est fixé à 58 ans (cf. art. 1i OPP 2) et l'assuré-e ne peut prendre une retraite anticipée que si le règlement de l'institution de prévoyance prévoit expressément cette possibilité. La retraite anticipée implique une diminu-

64 Dans ce cas, le règlement de prévoyance définit si l'assurance porte sur la totalité du dernier revenu réalisé, ou seulement sur le gain assuré à titre obligatoire (soit la part de salaire comprise entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.-). Actuellement, les institutions de prévoyance limitent généralement le maintien de l'assurance à titre facultatif à l'hypothèse d'un congé non rémunéré, pendant lequel subsiste le contrat de travail avec l'employeur-euse affilié-e. Les institutions de prévoyance ne prévoient en effet en principe pas la possibilité de maintenir la prévoyance lorsque la personne n'est plus partie à un rapport de travail avec un employeur-euse affilié-e. Cf. Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 22 mai 2019, FF 2019 3941 (3961).

65 En cas de maintien de l'assurance auprès de l'institution supplétive LPP, seule la part du salaire correspondant au gain assuré à titre obligatoire est concernée (part de salaire comprise entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.-). Il semble que la possibilité de maintenir l'assurance à titre facultatif ne soit pas très utilisée puisqu'au 31 décembre 2017, seules 1294 personnes étaient affiliées à l'institution supplétive à ce titre. Cf. FF 2019 3941 (3961).

66 Cf. FF 2019 3941 (3961) : « *Au-delà de cette date, [les autorités fiscales] considère[nt] que les personnes assurées à titre facultatif qui ne touchent plus de revenu provenant d'une activité lucrative se trouvent dans une situation qui enfreint le principe posé à l'art. 1, al. 2, LPP, selon lequel le salaire assuré dans la prévoyance professionnelle ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS* ».

tion du montant des prestations de vieillesse : d'une part, l'avoir de vieillesse est moins élevé qu'en cas de retraite ordinaire, en raison de la période de cotisation plus courte ; d'autre part, un taux de conversion inférieur est appliqué au calcul de la rente de vieillesse afin de tenir compte de la durée plus longue de versement de la rente. Dans l'AVS, seule est prévue une anticipation du versement de la rente de vieillesse d'un an ou de deux ans (art. 40 LAVS et 56-57 RAVS). L'**ajournement du droit à la rente** (art. 13 al. 2 LPP) et le maintien de la prévoyance jusqu'à la cessation de l'activité professionnelle, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans (art. 33b LPP), nécessitent également que le règlement de l'institution de prévoyance prévoie cette possibilité. Un ajournement a pour conséquence que le montant de la rente augmente en fonction du nombre d'années ajournées grâce à l'application d'un taux de conversion proportionnellement plus élevé que le taux applicable à l'âge ordinaire de la retraite. Une telle possibilité existe également dans l'AVS, où le début du droit à la rente de vieillesse peut être ajourné d'une année au moins et de cinq ans au plus (art. 39 LAVS, art. 55^{bis-quater} RAVS).

25. Selon les données de l'Office fédéral de la statistique (OFS), l'âge moyen à la sortie du marché du travail s'est élevé à 65.6 ans en 2019⁶⁷. Si, sur la période de 2015–2017, 91 % des hommes et 81 % des femmes étaient encore actifs sur le marché du travail à l'âge de 57 ans (soit un an avant l'âge minimal permettant de bénéficier d'une rente de vieillesse anticipée du deuxième pilier), le taux d'activité n'était plus que de 52 % chez les hommes de 64 ans et de 46 % chez les femmes de 63 ans. A l'inverse, 33 % des hommes et 28 % des femmes ayant atteint l'âge de la retraite étaient encore actifs sur le marché du travail, et 14 % des hommes, respectivement 6 % des femmes, travaillaient encore à l'âge de 74 ans. Selon la statistique des nouvelles rentes (période 2015–2018), les rentes AVS ne sont que rarement anticipées ou ajournées (87 % des femmes et 85 % des hommes ont perçu la rente de vieillesse à l'âge respectivement de 64 ans et 65 ans, et seuls 8 % des femmes et 10 % des hommes ont demandé un ajournement)⁶⁸. La situation est différente dans la prévoyance

67 Ces données sont disponibles sur le site internet de l'OFS, à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/activite-professionnelle-temps-travail/actifs-occupes/activite-professionnelle-retraite.html>.

68 La statistique des nouvelles rentes (NRS) est consultable sur le site internet de l'OFS, à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/securite-sociale/rapports-prevoyance-vieillesse/statistique-nouvelles-rentes.html>. Pour davantage d'informations et de chiffres concernant la retraite anticipée dans le deuxième pilier, cf. aussi, p. ex., OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), L'activité professionnelle des personnes de 50 ans et plus – Une étude basée sur les résultats de l'enquête suisse sur la population active et de l'enquête sur la structure des salaires, Neuchâtel, février 2008 ; SCHÜPBACH

professionnelle, où le versement des prestations de vieillesse à l'âge ordinaire de la retraite ne représente que 41 % des cas (sur la période 2015–2018, environ 43 % des femmes et 46 % des hommes ont perçu une prestation de vieillesse avant d'avoir atteint l'âge légal de la retraite).

26. La perception d'un salaire élevé, le fait de disposer d'une bonne formation professionnelle et d'exercer des fonctions dirigeantes sont des facteurs qui augmentent les possibilités de pouvoir prendre une retraite anticipée. A l'inverse, les personnes qui exercent une activité indépendante et celles qui perçoivent un revenu modeste sont plus nombreuses à devoir travailler jusqu'à l'âge légal de la retraite, voire au-delà, pour des raisons économiques (nécessité de se constituer une prévoyance vieillesse suffisante). Cela étant, si la décision de prendre une retraite anticipée procède généralement d'un choix personnel (absence d'envie ou de besoin de continuer à travailler sur le plan financier), elle peut également être dictée par la perte de l'emploi (licenciement ou restructuration de l'entreprise) ou par des raisons de santé (en particulier, lorsque la personne exerce une activité physiquement astreignante). Quant à la poursuite d'une activité professionnelle une fois l'âge de la retraite atteint, elle n'est pas nécessairement due à un besoin financier ; elle peut aussi résulter d'un libre choix, en particulier chez les personnes indépendantes et ayant une bonne formation.
27. La prévoyance professionnelle est financée par les cotisations des assuré-e-s. Lorsque l'assuré-e est salarié-e, l'employeur-euse prend à sa charge au moins la moitié du montant de la cotisation (art. 113 al. 3 Cst., art. 66 LPP, art. 331 al. 3 CO). Les cotisations acquittées prennent la forme d'une **bonification de vieillesse**, qui est créditée annuellement sur le compte de vieillesse de l'assuré-e. Son montant correspond à un pourcentage du salaire assuré et dépend de l'âge de l'assuré-e. Il s'élève à 7 % du salaire coordonné entre 25 et 34 ans, 10 % entre 35 et 44 ans, 15 % entre 45 et 54 ans, et 18 % entre 55–65 ans (cf. art. 16 LPP).

b) La prévoyance professionnelle plus étendue

28. L'art. 49 al. 1 LPP prévoit que, dans les limites de la loi, les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime de prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent. Les caisses de pensions qui étendent la prévoyance au-delà des prestations minimales

(prévoyance plus étendue) doivent respecter les dispositions de la LPP mentionnées à l'art. 49 al. 2 LPP. Pour le surplus, dans le cadre de la prévoyance plus étendue (art. 49 et 50 LPP), les institutions de prévoyance disposent d'une large marge de manœuvre ; leur autonomie ne trouve en effet ses limites que dans les principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la proportionnalité⁶⁹. Dans ce domaine, les assuré-e-s sont lié-e-s à l'institution par un contrat de prévoyance de droit privé (contrat innommé, *sui generis*), dont le règlement de prévoyance (cf. art. 50 LPP) constitue le contenu préformé, à savoir ses conditions générales⁷⁰.

29. Dans la prévoyance plus étendue, des salaires supérieurs au salaire coordonné (actuellement, CHF 60'945.-) peuvent être assurés. On parle alors de **prévoyance surobligatoire**, par opposition à la **prévoyance sous-obligatoire**, qui permet aux caisses de pensions d'offrir une couverture d'assurance à des personnes dont le revenu est inférieur à CHF 21'510.- (cf. art. 3 al. 2 OPP 2). Dans le régime plus étendu, les institutions de prévoyance peuvent également diminuer ou supprimer la déduction de coordination.
30. La prévoyance professionnelle est par ailleurs le seul régime d'assurances sociales qui reconnaît des droits aux concubin-e-s en cas de décès. Dans la prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance peuvent en effet autoriser la personne assurée à instituer son ou sa concubin-e en tant que bénéficiaires de prestations en cas de décès (cf. art. 20a et 49 al. 2 ch. 3 LPP).

3. Le troisième pilier

31. Le troisième pilier (ou « *prévoyance individuelle* ») est un régime privé purement facultatif et individuel dont le but consiste à compléter la protection garantie par les premier et deuxième piliers. La prévoyance individuelle, qui se subdivise en prévoyance liée (pilier 3a) et prévoyance libre (pilier 3b), comprend l'épargne bancaire, les polices d'assurance-vie, l'argent liquide, les titres, les fonds de placement ou encore les placements immobiliers. L'assurance-vie représente l'une des formes les plus courantes de la prévoyance individuelle libre ou liée. Elle repose sur un

69 Cf., p. ex., ATF 140 V 145, c. 3.1 ; ATF 138 V 176, c. 5.3 ; ATF 138 V 86, c. 4.2 ; ATF 137 V 383, c. 3.2 ; ATF 137 V 105, c. 8.2 ; ATF 136 V 313, c. 4.3 ; ATF 134 V 369, c. 6.2 ; ATF 115 V 103, c. 4b.

70 Cf., p. ex., ATF 140 V 145, c. 3.3 ; ATF 131 V 27, c. 2.1 ; ATF 130 V 103, c. 3.3 ; ATF 122 V 142, c. 4b ; ATF 112 II 245, c. Ib.

contrat de droit privé conclu entre le preneur et l'institution de prévoyance individuelle⁷¹, qui obéit aux règles du CO et de la LCA (cf. art. 100 al. 1 LCA) ; la LPP, l'OPP⁷² et la LFLP s'appliquent également dans le cadre de la prévoyance liée.

32. La constitution d'un troisième pilier est encouragée, en particulier par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accession à la propriété (art. 111 al. 4 Cst.). Dès lors que les indépendant-e-s ne sont pas soumis-es à la prévoyance professionnelle obligatoire (cf. art. 2 et 44 LPP), il se peut que leur prévoyance se résume à un troisième pilier. La constitution d'un troisième pilier étant tributaire des ressources financières à disposition des individus, les indépendant-e-s qui réalisent des revenus modestes, tout comme les employé-e-s qui perçoivent de bas revenus, se retrouvent toutefois généralement de ce fait privé-e-s de la possibilité de recourir à la prévoyance individuelle.

a) La prévoyance liée

33. La prévoyance liée (pilier 3a) fait l'objet d'une réglementation en matière de bénéficiaires, de cotisations, de versement des prestations, de disponibilités des fonds et de traitement fiscal, notamment ; ces règles figurent dans l'OPP 3 (cf. aussi art. 82 al. 2 LPP et 99 LCA) et le droit des obligations s'applique à titre supplétif (cf. art. 100 al. 1 LCA). Seules les **personnes qui exercent une activité lucrative salariée ou indépendante** dont le revenu est soumis à l'AVS peuvent se constituer un pilier 3a⁷³. Celui-ci peut revêtir la forme d'un contrat de prévoyance liée conclu avec un établissement d'assurance⁷⁴ ou d'une convention de prévoyance

71 Cf. FF 2018 5865 (5902).

72 Ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance du 13 novembre 1985 (OPP 3), RS 831.461.3.

73 Selon l'Administration fédérale des contributions (AFC), l'époux qui collabore à la profession ou dans l'entreprise de son conjoint est privé de la possibilité de se constituer un pilier 3a ; l'AFC considère en effet que cette collaboration ne dépasse pas le cadre de l'assistance que se doivent les époux. Cf. ADMINISTRATION FÉDÉRALE DES CONTRIBUTIONS (AFC), Circulaire n° 18 « *Imposition des cotisations et des prestations du pilier 3a* » du 17 juillet 2018, pp. 2 et 5. Cf. aussi ATF 119 Ia 241, c. 7. Cf. également AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, p. 596, qui insistent sur le fait que cette règle prive les femmes sans activité lucrative de la possibilité de se constituer un pilier 3a (« *Gratisarbeit leistende Familienfrauen können keine steuerbegünstigte gebundene 3a-Vorsorge äufnen* ») ; LEUBA, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, p. 166, qui considère que l'impossibilité, pour les personnes sans activité lucrative, de disposer d'un pilier 3a est constitutive d'une discrimination indirecte à raison du sexe.

74 Les contrats de prévoyance liée sont des contrats spéciaux d'assurance de capital et de rentes sur la vie ou en cas d'invalidité ou de décès, y compris d'éventuelles assurances complémentaires en cas de décès par accident ou d'invalidité, qui sont conclus avec une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou avec

liée conclue avec une fondation bancaire⁷⁵ (cf. art. 1 al. 1 OPP 3). Dans les deux cas, les fonds épargnés sont en principe soustraits à la libre disposition du preneur avant la réalisation de l'événement assuré (cf. art. 1 al. 2-3, art. 3 et art. 4 OPP 3⁷⁶) et des allègements fiscaux sont accordés en contrepartie (cf. art. 82 al. 1 LPP, art. 7 OPP 3). L'art. 7 OPP 3 autorise en effet les salarié-e-s et les indépendant-e-s à déduire de leur revenu, en matière d'impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes, une partie des cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance individuelle liée. La déduction est actuellement plafonnée à CHF 6'883.- par année pour les salarié-e-s (soit, 8 % de CHF 86'040.-, cf. art. 8 al. 1 LPP) ; pour les indépendant-e-s, le maximum est fixé à CHF 34'416.- par année (soit, 40 % de CHF 86'040.-, cf. art. 8 al. 1 LPP). L'art. 7 al. 2 OPP 3 précise que lorsque les deux époux ou partenaires enregistré-e-s exercent une activité lucrative et versent des cotisations à une forme reconnue de prévoyance, ils/elles peuvent prétendre à ces déductions pour chacun d'eux/elles.

34. Selon l'Enquête suisse sur la population active (ESPA) de l'Office fédéral de la statistique (OFS), en 2019, 56 % de la population active occupée âgée de 25-63/64 ans ont effectué des versements réguliers au pilier 3a. Les femmes recourent moins fréquemment que les hommes à la prévoyance individuelle, puisque 53.7 % d'entre elles cotisent régulièrement contre 58 % des hommes⁷⁷. Selon une étude réalisée par Crédit Suisse en 2019, cette différence s'explique en grande partie par les revenus moins élevés que perçoivent en moyenne les femmes par rapport aux hommes, du fait notamment de l'exercice d'une activité lucrative à un

une institution d'assurance de droit public satisfaisant aux exigences fixées à l'art. 67 al. 1 LPP (art. 1 al. 2 lit. a OPP 3) et qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 1 al. 2 lit. b OPP 3).

75 Les conventions de prévoyance liée sont des contrats spéciaux d'épargne qui sont conclus avec des fondations bancaires et qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance ; ces contrats peuvent être complétés par un contrat de prévoyance risque (art. 1 al. 3 OPP 3).

76 Conformément à l'art. 3 al. 1 OPP 3, les prestations de vieillesse peuvent être versées au plus tôt cinq ans avant que l'assuré n'atteigne l'âge ordinaire de la retraite au sens de l'art. 21 al. 1 LAVS. Le versement anticipé des prestations de vieillesse est possible dans certaines hypothèses, notamment en cas d'acquisition ou de construction d'un logement en propriété pour les propres besoins du preneur de prévoyance (cf. art. 3 al. 2-3 OPP 3). Par ailleurs, le droit aux prestations ne peut en principe être ni cédé, ni mis en gage, ni compensé aussi longtemps que celles-ci ne sont pas exigibles (cf. art. 4 OPP 3, art. 39 LPP).

77 Cf. OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Versements dans le pilier 3a, en 2019, en % de la population active occupée âgée de 25-63/64 ans, selon le statut sur le marché du travail, le groupe d'âge, le niveau de formation et le sexe, Enquête suisse sur la population active (tableau su-f-13.07.01.16). Ces informations sont disponibles à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/enquetes/espa.html>.

taux réduit et des interruptions de la vie professionnelle, qui sont essentiellement féminins (*infra*, II., 3., a)⁷⁸. L'étude révèle également que la question de la sécurité financière à l'âge de la retraite semble gagner en importance avec l'établissement d'une relation stable et/ou la création d'une famille, puisque les personnes vivant en couple et/ou ayant des enfants recourent davantage à la prévoyance individuelle que les personnes seules. Si les familles effectuent plus fréquemment des versements réguliers dans le pilier 3a que les personnes seules, les montants moyens versés sont généralement plus faibles que dans le cas des personnes seules. Par ailleurs, selon le Conseil fédéral, seul un tiers des titulaires d'un compte du pilier 3a (soit à peine 13 % des contribuables) versent intégralement les montants annuels permettant de bénéficier de la déduction fiscale maximale (CHF 6'883.- pour les salarié-e-s et CHF 34'416.- pour les indépendant-e-s)⁷⁹. La possibilité d'effectuer des versements rétroactifs (rachats), tout comme l'ouverture du pilier 3a aux personnes sans activité lucrative, pourraient constituer des solutions permettant de combler les lacunes de prévoyance résultant des interruptions du parcours professionnel⁸⁰. De telles propositions ont été faites dans le cadre d'interventions parlementaires ces dernières années⁸¹.

b) La prévoyance libre

35. Contrairement à la prévoyance liée, la prévoyance libre (pilier 3b) n'est pas régie par une réglementation spécifique, si bien que le/la preneur-euse peut en tout temps disposer des fonds investis en faveur de la personne de son choix, sous réserve toutefois des dispositions impératives de droit matrimonial et de droit successoral quant à la protection des droits patrimoniaux des conjoints et partenaires enregistré-e-s survivant-e-s et des autres héritier-ère-s réservataires. Le pilier 3b n'est pas réservé aux personnes exerçant une activité lucrative.

78 Cf. SCHÜPBACH Jan/GACHET Emilie/MENDELIN Thomas, *Mind the gap : temps partiel, congé, lacune de prévoyance*, Crédit Suisse, Prévoyance vieillesse individuelle, avril 2019.

79 Cf. Avis du Conseil fédéral du 14 août 2019 relatif à la Motion « Autoriser les rachats dans le pilier 3a » (Mo. 19.3702 ; Erich Ettlín).

80 Au sujet de ces solutions, cf. SCHÜPBACH/GACHET/MENDELIN, pp. 24-28.

81 Cf., notamment, Motion « Autoriser les rachats dans le pilier 3a » (Mo. 19.3702 ; Erich Ettlín), déposée le 19 juin 2019 ; Motion « Renforcer la prévoyance vieillesse individuelle » (Mo. 18.3836 ; Erich Hess), déposée le 25 septembre 2018, et classée le 25 septembre 2020 ; Motion « Permettre aux personnes sans activité lucrative de cotiser au pilier 3a » (Mo. 11.3983 ; Christa Markwalder), déposée le 30 septembre 2011, et rejetée par le Conseil des Etats le 19 mars 2014 ; Initiative parlementaire « Ouverture du pilier 3a aux groupes de personnes sans activité lucrative » (Iv. pa. 96.412 ; Lili Nabholz), déposée le 21 mars 1996, et classée le 12 juin 2009.

III. Les inégalités structurelles dans la prévoyance professionnelle

36. L'égalité entre les sexes, inscrite dans la Constitution fédérale le 14 juin 1981 (art. 4 al. 2 aCst.⁸², art. 8 al. 3 Cst.), n'est pas encore une réalité dans la prévoyance professionnelle et, plus largement, dans le droit des assurances sociales. Si actuellement, les différences de traitement de l'homme et de la femme sont devenues rares sur le plan législatif, puisque seuls l'âge légal différencié de la retraite (art. 21 al. 1 LAVS, art. 13 al. 1 LPP), et les privilèges accordés aux veuves par l'AVS et l'assurance-accidents (art. 24 LAVS, art. 29 al. 3 et 32 LAA⁸³)⁸⁴, constituent

82 Egalité des droits entre hommes et femmes (Modification de la Constitution fédérale), Arrêté fédéral du 10 octobre 1980, article 2, RO 1981 1243.

83 Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20.

84 Dans un arrêt rendu le 20 octobre 2020 (CrEDH, *aff. B. c. Suisse* [requête n° 78630/12], arrêt du 20 octobre 2020 ; cet arrêt a été rendu à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_617/2011 du 4 mai 2012), la Cour européenne des droits de l'Homme (CrEDH) a dû se prononcer au sujet de l'art. 24 al. 2 LAVS, qui prévoit que, contrairement au droit à la rente de veuve, le droit à la rente de veuf s'éteint lorsque le dernier enfant atteint l'âge de 18 ans. Considérant que le but de la rente de veuf ou de veuve est d'« exempter le conjoint survivant de la nécessité d'exercer une activité rémunérée afin qu'il puisse avoir le temps de s'occuper de ses enfants » (§ 43), c'est-à-dire de « permett[re] à l'un des parents de rester au foyer pour s'occuper de ses enfants » (§ 37), elle a admis qu'il s'agit d'une prestation sociale ayant une incidence sur l'organisation et l'aménagement de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH (§§ 43-45). Elle a ensuite jugé que l'art. 24 al. 2 LAVS introduit une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'art. 14 CEDH, en relation avec l'art. 8 CEDH (§§ 68-69 et 77-78), jugeant que « la présomption selon laquelle l'époux entretient financièrement son épouse (concept du "mari pourvoyeur"), en particulier lorsque celle-ci a des enfants », ne constitue pas une justification raisonnable de la différence de traitement (§ 74). Dans cette affaire, la CrEDH a cependant méconnu le but de la rente de conjoint survivant en droit suisse, qui est uniquement de compenser la perte de soutien découlant du décès. A cet égard, la législation helvétique ne reconnaît en effet pas le droit du parent veuf ou divorcé de renoncer à exercer une activité lucrative afin de s'occuper de ses enfants. Considérer que la rente de conjoint survivant est une prestation sociale ayant une incidence sur l'organisation et l'aménagement de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, et qu'il ne s'agit dès lors pas d'une affaire essentiellement pécuniaire relevant du champ d'application de l'art. 1 du Protocole additionnel 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme (PA 1), équivaut en outre à opérer une interprétation extensive du champ de protection de l'art. 8 CEDH, et à contourner l'absence de ratification, par la Suisse, du dit Protocole. Selon l'opinion concordante de la Juge Keller, par ce procédé, la Cour se donne « un rôle comparable à celui d'un "tribunal suprême des assurances sociales" à l'égard d'un Etat qui n'a pas délibérément accepté cela » (§ 7 de l'Opinion concordante). Au sujet des inégalités entre les sexes dans le domaine des rentes de survivant-e-s, cf. PERRENOUD Stéphanie La rente de conjoint survivant à l'épreuve de l'égalité entre les sexes : valse-hésitations et musique d'avenir, in : Miriam Lendfers/Thomas Gächter/Hans-Jakob Mosimann (éds), *Allegro con moto – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ueli Kieser, Dike, Zurich/St-Gall 2020*, pp. 443-478.

des **inégalités formelles** entre les sexes (*infra*, 1.), à l'inverse, les **inégalités matérielles** sont nettement plus fréquentes (*infra*, 2.).

37. Le **nombre de bénéficiaires** de rentes de vieillesse, ainsi que l'écart entre les rentes de vieillesse versées aux hommes et aux femmes (**écart de rentes entre les sexes** ou « *gender pension gap* », GPG), démontrent que le deuxième pilier est structurellement inégalitaire. Au 31 décembre 2019, 819'887 hommes contre 318'542 femmes percevaient une rente de vieillesse de la prévoyance professionnelle⁸⁵. Par ailleurs, dans le système des retraites (premier, deuxième et troisième piliers), les femmes perçoivent, globalement, des rentes de vieillesse inférieures de 37 % à celles des hommes (soit, une différence de CHF 19'585.- par an). Si cet écart est relativement faible dans l'AVS (2.7 %), il atteint 54 % dans la prévoyance individuelle, et même 63 % dans la prévoyance professionnelle (soit, CHF 18'674.- par an)⁸⁶. La composition de la rente globale de vieillesse est également différente selon le sexe : alors que pour les assurées, la rente de l'AVS (dont le montant mensuel maximal atteint actuellement CHF 2'390.- ; cf. art. 34 al. 3 et 5 LAVS) représente 78.6 % de la rente de vieillesse totale, le deuxième pilier 19.9 % et le troisième pilier 1.5 %, pour les hommes, ces taux atteignent 56.8 % (rente du premier pilier), 40.6 % (rente du deuxième pilier) et 2.6 % (rente du troisième pilier)⁸⁷. La part importante représentée par le premier pilier dans la composition de la rente de vieillesse globale revenant aux femmes a pour conséquence que celles-ci sont plus nombreuses que les hommes à avoir recours aux prestations complémentaires (69 % des personnes percevant des prestations complémentaires en sus de leur rente de l'AVS sont des femmes)⁸⁸.

85 Ces chiffres sont ceux de l'Office fédéral de la statistique (OFS). Les informations à ce sujet sont disponibles à l'adresse internet : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/securite-sociale/prevoyance-professionnelle/beneficiaires-prestations.html>.

86 Au sujet de l'écart de rentes entre les sexes, cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, *Ecart de rentes en Suisse : différences entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes, Aspects de la sécurité sociale, Rapport de recherche n° 12/16*, Office fédéral des assurances sociales, Berne 27 février et 9 octobre 2015, pp. 26-27. Pour un résumé de cette étude, cf. FLUDER/SALZGEBER, *L'écart entre les rentes des femmes et des hommes*, pp. 38-44 ; FLUDER/SALZGEBER, *Une retraitée sur deux n'a pas de rente du II^e pilier*, pp. 47-49.

87 Cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, p. 23.

88 En 2018, sur les 209'190 retraités ayant bénéficié de prestations complémentaires, 139'655 étaient en effet des femmes et 69'535 des hommes. Cf. OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), *Statistique des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI*, tableau T 1.3.1 « *Bénéficiaires de prestations complémentaires par sexe, fin d'année* » (disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique, à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/securite-sociale/aide-sociale/beneficiaires-aide-sociale/prestations-amont-aide-sociale/pc-avs-ai.assetdetail.8746976.html>; consulté le 1^{er} janvier 2021).

L'écart important entre les rentes de la prévoyance professionnelle versées aux hommes et aux femmes signifie que pour une femme, le cumul des prestations du deuxième pilier avec celles de l'AVS/AI, permet moins souvent le maintien du niveau de vie antérieur de façon appropriée lors de la survenance d'un cas d'assurance, comme le prévoit pourtant l'art. 113 al. 2 lit. a Cst. (*supra*, II., 2.).

38. Dans la mesure où le montant de la rente de vieillesse dépend des revenus que la personne assurée a retiré de son activité lucrative, l'écart entre les rentes de vieillesse servies aux hommes et aux femmes s'explique en grande partie par l'absence de prise en compte du travail non rémunéré et par les interruptions et/ou les réductions de l'activité professionnelle pour des raisons familiales, qui caractérisent le parcours professionnel des femmes (*infra*, 3., a.). L'écart de rentes entre les sexes est en effet « *clairement tributaire de l'ampleur de la participation des femmes au marché du travail* »⁸⁹. Il dépend également de l'état civil et de la situation familiale, puisque l'écart s'accroît lorsque la femme est mariée et/ou a des enfants (*infra*, 3., b.). Si, en prenant en compte le total des rentes de vieillesse des premier, deuxième et troisième piliers, les rentes des femmes sont en moyenne inférieures de 37 % à celles des hommes, l'écart de rente atteint 47 % chez les personnes mariées et avoisine zéro chez les célibataires ; il se monte à 41 % au sein des couples avec enfants, contre seulement 17 % dans les couples sans enfant, et la rente de vieillesse revenant aux mères est par ailleurs inférieure de 25 % à celle versée aux femmes sans enfant⁹⁰. L'incidence de l'état civil est particulièrement marquée dans la prévoyance professionnelle, puisque l'écart de rentes entre les sexes, qui, en moyenne est de 63 %, s'élève à 74.8 % chez les personnes mariées, pour chuter à 0.9 % dans la catégorie des célibataires⁹¹. Si le très faible écart chez les célibataires s'explique par la similitude du parcours professionnel des femmes et des hommes qui appartiennent à ce groupe, l'écart élevé chez les personnes mariées est un reliquat de la répartition traditionnelle des tâches au sein du couple, qui veut que la femme mariée n'exerce pas d'activité

89 Avis du Conseil fédéral du 14 août 2019 relatif à la motion « *Pour une protection des cotisations au deuxième pilier après la naissance d'un enfant* » (Mo. 19.3803 ; Brigitte Crottaz), déposée le 20 juin 2019 et liquidée le 18 juin 2021. La possibilité offerte à la femme, jusqu'au 31 décembre 1994, de retirer sa prestation de libre passage au moment de son mariage (art. 30 al. 2 lit. c aLPP ; *supra*, 1., b), explique également cet écart (cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, p. 35).

90 Sur ces aspects, cf. FLUDER/SALZGEBER, L'écart entre les rentes des femmes et des hommes, pp. 41-42 ; FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, pp. 37-38.

91 Cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, pp. 34-36.

lucrative ou seulement à un faible taux d'occupation, afin de pouvoir s'occuper des enfants et du ménage⁹².

39. L'objet de cette partie consiste à présenter les inégalités qui existent entre les femmes et les hommes dans la prévoyance professionnelle (*infra*, 1. et 2.), à en exposer les causes (*infra*, 3.), puis à présenter certaines pistes permettant de les supprimer, à tout le moins de les atténuer (*infra*, 4.)⁹³. La prévoyance professionnelle ayant été conçue sur le modèle familial traditionnel, selon lequel l'homme exerce une activité lucrative afin de pourvoir à l'entretien de la famille, tandis que la femme s'occupe du ménage et des enfants, on constate que ce régime d'assurances sociales protège avant tout les travailleurs, sur la base de l'emploi classique, exercé à plein temps, par des hommes.

1. Les inégalités formelles entre les sexes

40. L'égalité formelle (ou égalité en droit) exige du législateur qu'il traite de manière identique les situations identiques et de manière différente les situations dissemblables. Une norme qui traite différemment l'homme et la femme contrevient ainsi en principe à l'art. 8 al. 3 Cst. (discrimination directe), à moins que la différence de traitement ne trouve sa cause dans une différence biologique ou fonctionnelle inhérente à l'un des deux sexes qui « *exclut absolument une égalité de traitement* »⁹⁴, comme c'est le cas de la maternité⁹⁵.

92 Cf. FLUDER/SALZGEBER/VON GUNTEN/KESSLER/FANKHAUSER, pp. 34-35.

93 Cette partie est élaborée en regard d'un article publié par l'auteure à la HAVE/REAS en 2020 : PERRENOUD Stéphanie, Prévoyance professionnelle et égalité entre les sexes : état des lieux et perspectives (1^{ère} et 2^e parties), HAVE/REAS, n° 1-2020, pp. 3-15 et n° 2-2020, pp. 131-145.

94 Message sur l'initiative populaire « *Pour l'égalité des droits entre hommes et femmes* » du 14 novembre 1979, FF 1980 I 73 (133, 135 et 146). Cf. aussi FF 1986 I 1132 (1138). Cf. également, p. ex., ATF 140 I 305, c. 4 ; ATF 134 V 131, c. 7.1 ; ATF 129 I 265, c. 3.2 ; ATF 126 I 1, c. 2a et les références.

95 La maternité comprise dans une acception biologique, constitue une différence biologique entre les sexes qui permet de justifier objectivement qu'hommes et femmes soient traités différemment. Les différences de traitement entre les sexes qui résultent des dispositions légales qui protègent spécifiquement les femmes enceintes, les accouchées et les mères qui allaitent (l'octroi d'un congé et d'allocations de maternité au sens de l'art. 329f CO et des art. 16b-h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 [LAPG, RS 834.1], p. ex.) ne contreviennent dès lors pas au principe de l'égalité juridique entre les sexes. Sur ce point, cf., p. ex., PERRENOUD Stéphanie, Le congé de maternité : une discrimination à l'égard des pères ?, AJP/PJA, n° 6-2014, pp. 1652-1671, pp. 1657-1659 et les références.

41. Bien qu'actuellement la LPP ne contienne plus qu'une inégalité de traitement formelle entre les sexes, qui a trait à l'âge légal différencié de la retraite (art. 13 al. 1 LPP ; *infra*, a), il n'en a pas toujours été ainsi (*infra*, b).
42. Les inégalités formelles en défaveur des hommes trouvent en principe leur origine dans la volonté du législateur de corriger une partie des inégalités matérielles dont souffraient les femmes. Ainsi, les privilèges accordés aux veuves par l'art. 24 LAVS étaient destinés à remédier aux inconvénients découlant de la dépendance économique de la femme à son époux qui résultait de la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes prévue par l'ancien droit matrimonial (cf. art. 161 al. 3 aCC⁹⁶). Selon le Conseil fédéral, l'âge de la retraite a été fixé plus tôt pour les femmes afin essentiellement de tenir compte de la double charge assumée par les femmes exerçant une activité lucrative en sus des tâches découlant de leur rôle d'épouse et de mère, ainsi que des désavantages de celles-ci sur le plan physiologique et du déclin prématuré de leurs forces physiques comparativement à celles des hommes⁹⁸.

a) L'âge différencié de la retraite

43. Dans la prévoyance professionnelle, l'âge légal de la retraite, fixé, comme dans l'AVS (cf. art. 21 al. 1 LAVS), à 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (cf. art. 13 al. 1 LPP)⁹⁹, constitue la dernière inégalité de traitement formelle entre les sexes.

96 Alors que l'art. 160 aCC érigeait l'époux en tant que « *chef de l'union conjugale* » et lui attribuait la tâche de « *pourvoi[r] convenablement à l'entretien de la femme et des enfants* », en vertu de l'art. 161 al. 3 aCC, l'épouse était légalement tenue de diriger le ménage (RO 1908 245). Le droit matrimonial a fait l'objet d'une révision totale, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988, qui a instauré l'égalité entre les sexes dans le mariage et substitué au système patriarcal alors en vigueur une relation de partenaires fondée sur le principe de la concertation. Cf. Modification du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régime matrimonial et successions) du 5 octobre 1984, RO 1986 122. Cf. aussi Message concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179 (1189-1192).

97 Cf., p. ex., TF, arrêt 9C_617/2011 du 4 mai 2012, c. 3.5 ; TF, arrêt 9C_521/2008 du 5 octobre 2009, c. 6.2.

98 Cf., p. ex., FF 1986 I 1132 (1195-1196) ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants du 24 mai 1946, FF 1946 II 353 (395).

99 A l'origine, lors de l'entrée en vigueur de la LPP, le 1^{er} janvier 1985, l'âge de la retraite des femmes avait été fixé à 62 ans (RO 1983 797). Il a été porté à 64 ans à l'occasion de la 1^{ère} révision de la LPP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (Modification de la LPP du 3 octobre 2003, RO 2004 1677). Cf. art. 62a OPP 2 dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (Modification de l'OPP 2 du 18 août 2004, RO 2004 4279, RO 2004 4653).

44. L'âge différencié de la retraite entraîne une **inégalité formelle entre les sexes à double sens**, qui préterite tant l'homme que la femme. Si les femmes sont privilégiées du fait de la reconnaissance du droit à une rente de vieillesse une année plus tôt que les hommes¹⁰⁰, elles sont en revanche désavantagées s'agissant du montant de la rente, puisque le fait d'atteindre l'âge légal de la retraite une année avant les hommes signifie une durée de cotisation moins longue, avec pour conséquence un avoir de vieillesse moins important, au vu de l'année manquante de revenus, bonifications de vieillesse et intérêts¹⁰¹. La perte de capital vieillesse liée à l'absence de bonification de vieillesse correspond au minimum à 18 % d'un salaire annuel coordonné (cf. art. 16 LPP). Sous cet angle, un alignement de l'âge de la retraite des femmes sur celui des hommes pourrait contribuer à réduire l'écart entre les rentes de vieillesse versées aux femmes et aux hommes.
45. Le fait d'atteindre l'âge de la retraite signifie que l'obligation d'être assuré-e cesse (art. 10 al. 2 lit. a LPP) et que la personne a droit à une rente de vieillesse (art. 13 al. 1 LPP). Les institutions de prévoyance peuvent prévoir dans leur règlement un ajournement du droit à la rente de vieillesse (art. 13 al. 2 LPP), avec la possibilité pour les assuré-e-s de demander le maintien de leur prévoyance jusqu'à la cessation de leur activité lucrative, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans (art. 33b LPP). Tant l'ajournement que le maintien de la prévoyance sont subordonnés à la double condition que l'assuré-e poursuive son activité professionnelle au-delà de l'âge légal de la retraite et que les dispositions réglementaires offrent cette possibilité. Lorsque tel est le cas, l'ajournement du droit à la rente de vieillesse doit s'accompagner d'une augmentation du taux de conversion (art. 13 al. 2 LPP). Le droit de la femme de poursuivre son activité professionnelle jusqu'à l'âge de 65 ans afin d'augmenter le montant de sa rente de vieillesse est ainsi nécessairement conditionné aux dispositions de l'institution de prévoyance.
46. L'incidence de l'âge différencié de la retraite sur le montant de la rente de vieillesse s'explique par le régime de capitalisation (« *Kapitaldeckungsverfahren* ») qui caractérise la prévoyance professionnelle, où les

100 Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, contrairement à ce qui est le cas dans le premier pilier (cf. art. 40 LAVS, art. 56-57 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 [RAVS, RS 831.101]), il n'y a pas de droit à une retraite anticipée. Si un homme souhaite prendre sa retraite à l'âge de 64 ans, il ne pourra le faire que si le règlement de prévoyance offre cette possibilité. Par ailleurs, une retraite anticipée s'accompagne d'une réduction du montant de la rente de vieillesse puisque le taux de conversion de la rente (art. 14 LPP) est alors adapté en conséquence (cf. art. 13 al. 2 LPP).

101 Cf. FF 1986 I 1132 (1189).

prestations revenant à la personne assurée dépendent des cotisations qu'elle a versées (principe de la redistribution ou de l'équivalence individuelle ; *supra*, II., 2.), étant donné qu'elles sont calculées en fonction de l'avoir de vieillesse qu'elle s'est constitué (*cf.* art. 15 al. 1 LPP). A l'inverse, le premier pilier est plus égalitaire puisqu'il repose sur le système de la répartition (les rentes actuellement versées sont financées par les cotisations actuellement prélevées ; « *Umlageverfahren* ») et sur le principe de la solidarité (entre les générations et entre les revenus). Afin de tenir compte de l'inconvénient que présentait l'âge différencié de la retraite pour les femmes dans la prévoyance professionnelle, une distinction avait à l'origine été opérée entre assurés et assurées s'agissant du calcul des **bonifications de vieillesse**. Ainsi, le taux des bonifications de vieillesse augmentait plus rapidement pour les femmes que pour les hommes (*cf.* art. 16 LPP, dans sa teneur au 1^{er} janvier 1985¹⁰²). Si l'élévation plus rapide du taux des bonifications de vieillesse pour les femmes présentait l'avantage d'augmenter l'avoir de vieillesse des femmes, il se traduisait par un coût plus élevé de l'effectif des travailleuses comparativement à celui des travailleurs pour l'employeur-euse¹⁰³. Le taux des bonifications de vieillesse a été uniformisé lors de la première révision de la LPP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 (*cf.* art. 16 LPP)¹⁰⁴. A la lecture tant du message du Conseil fédéral que des délibérations parlementaires, il apparaît que cette uniformisation a eu lieu en raison de l'harmonisation proposée de l'âge de la retraite pour les hommes et pour les femmes¹⁰⁵, laquelle n'a finalement pas eu lieu. En effet, dans la mesure où il avait été proposé d'augmenter l'âge de la retraite des femmes dans la prévoyance professionnelle en se fondant sur la modification que la 1^{1^e} révision de l'AVS devait apporter à l'art. 21 al. 1 LAVS¹⁰⁶, et où cette révision a été rejetée lors de la votation populaire du 16 mai

102 RO 1983 797.

103 A ce sujet, *cf.* BIGLER-EGGENBERGER, *Probleme um die Gleichstellung der Geschlechter*, p. 94 ; LEUZINGER-NAEF, *Insuffisances du système actuel de prévoyance professionnelle*, pp. 19-20 ; RIEMER-KAFKA, *Die Gleichstellung von Mann und Frau*, p. 239.

104 *Cf.* Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (1^{re} révision LPP) du 1^{er} mars 2000, FF 2000 2495 (2513-2514).

105 *Cf.* FF 2000 2495 (2513) : « *L'échelonnement des taux de bonification des femmes est actuellement différent de celui des hommes. Ces échelonnements doivent être uniformisés du moment que l'âge de la retraite est le même pour les femmes et pour les hommes* ». *Cf.* aussi, p. ex., BOCN 2002 499 (intervention Meyer) ; BOCE 2002 1046 (Intervention Studer).

106 *Cf.* art. 21 al. 1 LAVS, dans sa teneur selon la loi du 3 octobre 2003 (« *Ont droit à une rente de vieillesse les personnes qui ont atteint l'âge de 65 ans* ») ; Modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [1^{1^e} révision de l'AVS] du 3 octobre 2003, FF 2003 6073 [6077] ; art. 21 al. 1 du Projet (« *Ont droit à une rente de vieillesse les femmes et les hommes qui ont atteint 65 ans* ») ; Projet de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [1^{1^e} révision de l'AVS], FF 2000 1939 [1943]).

2004¹⁰⁷, l'âge de la retraite des femmes a été porté à 64 ans (et non à 65 ans) lors de l'entrée en vigueur de la 1^{ère} révision de la LPP, le 1^{er} janvier 2005¹⁰⁸. Contrairement aux bonifications de vieillesse, le **taux de conversion** a été fixé dès l'origine uniformément pour les hommes et les femmes, malgré la différence d'âge légal de la retraite.

47. En vertu de l'art. 13 al. 2 LPP, les institutions de prévoyance sont habilitées à prévoir un **âge réglementaire de la retraite identique entre les sexes**, supprimant ainsi l'inégalité formelle de traitement érigée par l'art. 13 LPP¹⁰⁹. Selon le Conseil fédéral, de plus en plus d'institutions de prévoyance feraient usage de cette faculté ; si le nombre d'assuré-e-s auprès d'une caisse de pensions prévoyant un âge de la retraite identique pour les hommes et les femmes est passé de 9 % en 1992 à 22 % environ en 1994, il semble que ce nombre a encore augmenté depuis lors¹¹⁰.
48. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger que l'âge différencié de la retraite pour les hommes et les femmes (art. 21 al. 1 LAVS, art. 13 al. 1 LPP) ne viole pas l'un des droits promulgués par la CEDH¹¹¹ et n'est donc pas contraire à l'art. 14 CEDH¹¹² ; par ailleurs, s'il contrevient à l'art. 8 al. 3 Cst. (art. 4 al. 2 aCst.), l'immunité des lois fédérales (cf. art. 190 Cst.) empêche le juge de corriger cette discrimination directe, avec pour conséquence que l'uniformisation de l'âge de la retraite doit être réalisée par le législateur¹¹³. Conscient de la nécessité d'uniformiser l'âge légal de la retraite, le Conseil fédéral avait proposé, dans le cadre du premier volet de la 11^e révision de l'AVS, d'aligner l'âge de la retraite des femmes sur celui des hommes, tant dans le premier que dans le deuxième piliers¹¹⁴. A cette époque, l'âge de la retraite était fixé à 65 ans pour les hommes et à 62 ans pour les femmes dans la prévoyance professionnelle, et à 65

107 Cf. Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 16 mai 2004 (11^e révision de l'AVS ; relèvement de la TVA en faveur de l'AVS et de l'AI ; train de mesures fiscales [paquet fiscal]) du 29 juin 2004, FF 2004 3727.

108 Cf. lit. e des dispositions transitoires de la modification de la LPP du 3 octobre 2003 (1^{re} révision LPP), RO 2004 1677. Cf. aussi art. 62a OPP 2 dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (Modification de l'OPP 2 du 18 août 2004, RO 2004 4279, RO 2004 4653).

109 Cf., p. ex., ATF 138 V 176, c. 8.3.2.

110 Cf. Message concernant la onzième révision de l'assurance-vieillesse et survivants et le financement à moyen terme de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 2 février 2000, FF 2000 1771 (1849).

111 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par l'Assemblée fédérale le 3 octobre 1974 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, RS 0.101.

112 ATF 105 V 1.

113 ATF 139 I 257, c. 4.1. Cf. aussi, notamment, ATF 141 II 338, c. 3.1 ; ATF 140 I 353, c. 4.1 ; ATF 137 I 128, c. 4.3.1 et les arrêts cités.

114 Cf. FF 2000 1771 (1771 et 1845-1849).

ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes dans l'AVS¹¹⁵. La 11^e révision de la LAVS ayant été rejetée en votation populaire, le 16 mai 2004 (67,9 % de non)¹¹⁶, l'âge de la retraite des femmes a été porté à 64 ans (et non à 65 ans) lors de l'entrée en vigueur de la 1^{ère} révision de la LPP, le 1^{er} janvier 2005¹¹⁷. Une nouvelle tentative de fixer l'âge légal de la retraite des femmes et des hommes à 65 ans dans l'AVS et la prévoyance professionnelle a été entreprise à l'occasion de la réforme « *Prévoyance 2020* »¹¹⁸. A la suite du rejet de la loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 17 mars 2017¹¹⁹ lors de la votation populaire du 24 septembre 2017 (par 52.7 % des voix)¹²⁰, une nouvelle tentative de révision a été entreprise (Réformes « AVS 21 » et « LPP 21 ») ; celle-ci propose à nouveau de faire correspondre l'âge de la retraite des femmes à celui des hommes, aussi bien dans l'AVS que dans la prévoyance professionnelle (*supra*, II., 1., c.).

b) Les anciennes inégalités formelles entre les sexes

49. L'introduction du principe de l'égalité des sexes dans la Constitution, le 14 juin 1981, n'a pas empêché le législateur d'insérer des dispositions directement discriminatoires dans la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle qu'il a adoptée le 25 juin 1982. Outre la différence d'âge légal de la retraite, qui perdure de nos jours (*supra* a), la LPP contenait, à l'origine, deux autres inégalités formelles entre les sexes puisqu'elle octroyait à la femme le droit de retirer sa prestation de libre-passage en cas de cessation de l'activité lucrative au moment où elle se mariait (art. 30 al. 2 lit. c aLPP), et refusait à l'homme tout soutien en cas de décès de son épouse.
50. A l'origine, la rente de conjoint survivant était réservée à la veuve, et des droits ne pouvaient être reconnus au veuf que dans le domaine de la

115 La 10^e révision de l'AVS, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997, a porté l'âge légal de la retraite des femmes de 62 ans à 63 ans en 2001, puis à 64 ans dès 2005. Cf. lit. d al. 1 des dispositions finales de la modification de la LAVS du 7 octobre 1994 (10^e révision de l'AVS), RO 1996 2466.

116 Cf. Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 16 mai 2004 (11^e révision de l'AVS ; relèvement de la TVA en faveur de l'AVS et de l'AI ; train de mesures fiscales [paquet fiscal]) du 29 juin 2004, FF 2004 3727.

117 Cf. art. 62a OPP 2 dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (Modification de l'OPP 2 du 18 août 2004, RO 2004 4279, RO 2004 4653).

118 Cf. Message concernant la réforme de la prévoyance de vieillesse 2020 du 19 novembre 2014, FF 2015 1 (43-47).

119 Loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 17 mars 2017, FF 2017 2217.

120 Arrêté du Conseil fédéral du 30 novembre 2017 constatant le résultat de la votation populaire du 24 septembre 2017, FF 2017 7399.

prévoyance plus étendue¹²¹. Le droit à la **rente de veuf** a été introduit à l'occasion de la 1^{ère} révision de la LPP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005¹²². Contrairement à ce qui prévaut dans l'AVS et l'assurance-accidents, où les veuves sont privilégiées par rapport aux veufs (art. 24 LAVS, art. 29 al. 3 et 32 LAA), dans la prévoyance professionnelle, hommes et femmes ont été mis sur un pied d'égalité, dès l'introduction de la rente de veuf¹²³. Dans la prévoyance obligatoire, le droit du conjoint survivant à une rente de veuve ou de veuf est subordonné à la condition qu'il ait au moins un enfant à charge (art. 19 al. 1 lit. a LPP) ou qu'il soit âgé de 45 ans révolus et compte cinq années de mariage avec le défunt au moins (art. 19 al. 1 lit. b LPP). Selon le Conseil fédéral, la fixation de conditions uniformes à la rente de conjoint survivant se justifie dans la mesure où la rente de veuve ou de veuf constitue la seule forme de prévoyance dont les personnes mariées sans activité lucrative ou non assurées disposent en cas de décès de leur conjoint, étant donné qu'elles n'ont pas droit à la rente de vieillesse du deuxième pilier¹²⁴, et qu'un partage des expectatives de la prévoyance professionnelle n'intervient qu'en cas de divorce (cf. art. 122-124e CC). Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, les institutions de prévoyance peuvent soumettre le droit à la rente de conjoint survivant à des conditions plus strictes que celles posées par l'art. 19 al. 1 LPP¹²⁵. Celles qui font usage de cette possibilité sont tenues de respecter le principe de l'égalité de traitement du veuf et de la veuve (cf. art. 49 al. 2 ch. 1 LPP, art. 89a al. 6 ch. 1 CC)¹²⁶.

51. Lors de l'entrée en vigueur de la LPP, le 1^{er} janvier 1985, le versement de la prestation de sortie pouvait notamment intervenir lorsqu'une assurée se mariait et mettait un terme à son activité professionnelle (cf. art. 30 al.

121 Bien que l'adoption de la LPP soit intervenue le 25 juin 1982, soit une année après l'insertion du principe de l'égalité entre les sexes dans la Constitution fédérale (introduction de l'art. 4 al. 2 aCst. le 14 juin 1981), le législateur avait en effet expressément refusé de reconnaître le droit du veuf à une rente de conjoint survivant. Cf. BOCN 1981, pp. 1047-1053 ; BOCE 1982, pp. 8-9 ; BOCN 1982, pp. 200-201.

122 Modification de la LPP du 3 octobre 2003 (1^{ère} révision LPP), RO 2004 1677. Cf. aussi FF 2000 2495 (2519).

123 L'assurance militaire garantit également l'égalité du veuf et de la veuve (cf. art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 [LAM], RS 833.1). La rente de veuf, qui a été introduite sous l'empire de la loi fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents du 28 juin 1901 (LAM 1901, RO 1900/1901 734), avec effet au 15 mai 1945 (cf. Arrêté du Conseil fédéral concernant la révision partielle des dispositions sur l'assurance militaire du 27 avril 1945, RO 1945 267), a en effet été octroyée aux mêmes conditions que la rente de veuve dès l'entrée en vigueur de la loi sur l'assurance militaire du 20 septembre 1949 (LAM 1949, RO 1949 1775).

124 Cf. FF 2000 2495 (2519).

125 Cf. HÜRZELER/SCARTAZZINI, KOSS-BVG, n° 13 ad Art. 19 BVG, p. 261.

126 Cf., p. ex., ATF 136 V 313, c. 4.3. Cf. aussi HÜRZELER/SCARTAZZINI, KOSS-BVG, n° 3 ad Art. 19 BVG, p. 257.

2 lit. c aLPP : la prestation de libre passage est payée en espèces lorsque la demande en est faite par « [u]ne femme mariée ou sur le point de se marier qui cesse d'exercer une activité lucrative »¹²⁷). L'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le libre passage (LFLP), le 1^{er} janvier 1995, a abrogé l'art. 30 al. 2 lit. c aLPP¹²⁸. Fondé sur l'idée selon laquelle une femme qui cesse d'exercer une activité lucrative lorsqu'elle se marie bénéficie de la prévoyance par le biais de son époux, le **principe du versement de la prestation de sortie en cas de mariage de l'assurée** contrevenait à l'égalité entre les sexes puisqu'un tel droit n'était pas reconnu au futur époux¹²⁹.

2. Les inégalités matérielles entre les sexes

52. L'égalité matérielle (ou égalité en faits) se réfère au résultat d'une réglementation. Une disposition qui, malgré une apparence neutre du point de vue du sexe, a pour effet de désavantager dans les faits une plus grande proportion de femmes ou d'hommes, sans que cette différence ne soit justifiée objectivement, introduit ainsi une inégalité matérielle contraire à l'art. 8 al. 3 Cst. (discrimination indirecte)¹³⁰.
53. L'écart entre les rentes de vieillesse des hommes et des femmes, qui atteint 63 % dans la prévoyance professionnelle, trouve sa cause dans les inégalités matérielles qui existent dans ce régime d'assurance. Ce régime a été conçu sur le modèle de l'activité professionnelle exercée à temps plein et de manière ininterrompue, modèle qui est encore actuellement davantage suivi par les hommes que par les femmes (*infra*, 3., a.). Bien qu'hommes et femmes ne soient pas traités formellement de manière différente s'agissant de l'assujettissement à l'assurance, le deuxième pilier est une assurance professionnelle fonctionnant sur le principe d'accumulation du capital, qui s'adresse à un cercle de personnes beaucoup moins large que l'AVS/AI, puisque les personnes sans activité lucrative en sont exclues et que le travail non rémunéré n'est ainsi pas pris en compte (*infra*, a.). Dans la mesure où la réalisation d'un revenu annuel minimal auprès d'un-e même employeur-euse (actuellement, CHF 21'510.- ; cf. art. 2 al. 1, 7 et 9 LPP, art. 5 OPP 2) est une condition de l'affiliation au régime obligatoire, et où seule la part du salaire annuel

127 RO 1983 797.

128 Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (LFLP), RS 831.42 (RO 1994 2386).

129 Cf. Message concernant le projet de loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 26 février 1992, FF 1992 III 529 (573).

130 Cf., p. ex., ATF 138 I 205, c. 5.5 ; ATF 129 I 217, c. 2.1 ; ATF 125 I 71, c. 2a ; ATF 124 II 409, c. 7.

comprise entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.- est assurée (cf. art. 2 al. 1 et art. 7-8 LPP), l'accès au deuxième pilier est également plus difficile pour les personnes percevant de faibles revenus ou cumulant plusieurs emplois à taux d'occupation réduit (*infra*, b). Etant donné que dans les faits, les femmes sont plus nombreuses que les hommes à effectuer du travail non rémunéré, à travailler à temps partiel, à interrompre leur carrière professionnelle ou à percevoir de bas revenus (*infra*, 3., a.), cette réglementation introduit des inégalités matérielles entre les sexes.

a) L'absence de protection des personnes sans activité lucrative

54. Les personnes sans activité lucrative (notamment les femmes et les hommes au foyer) n'ont pas accès au deuxième pilier, avec pour conséquence que les personnes qui effectuent du travail non rémunéré (travail ménager, d'assistance et d'éducation) bénéficient d'une protection moindre comparativement à celles qui exercent une activité lucrative. De nos jours, le travail non rémunéré est encore plus effectué par les femmes que par les hommes (*infra*, 3., a.).
55. Dans le premier pilier, l'écart entre les rentes de vieillesse servies aux hommes et aux femmes est nettement plus faible (2.7 %) que dans le deuxième pilier (63 %). Cette différence s'explique principalement par la **procédure de partage des revenus acquis par les époux**¹³¹ durant les années de mariage (art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS)¹³². Ce « *splitting* » intervient lorsque les deux conjoints ont droit à une rente¹³³, lorsqu'une personne veuve a droit à une rente de vieillesse ou d'invalidité¹³⁴, ou lorsque le mariage est dissous par le divorce. Cette solution, qui a été introduite lors de la 10^e révision l'AVS, avec effet au 1^{er} janvier 1997¹³⁵, permet de tenir compte des différences de revenus qui peuvent exister entre les con-

131 Le *splitting* s'applique également aux partenaires enregistré-e-s, qui sont assimilé-e-s aux conjoints en droit des assurances sociales (cf. art. 13a de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 [LPGA, RS 830.1]).

132 FLUDER/SALZGEBER, L'écart entre les rentes des femmes et des hommes, pp. 40-41.

133 Il peut s'agir de rentes de vieillesse ou d'invalidité (cf. ATF 127 V 361). Pour le calcul de la rente de vieillesse d'une personne dont le conjoint bénéficie ou a bénéficié d'une rente d'invalidité, le revenu annuel moyen déterminant lors de la naissance de la rente d'invalidité est considéré comme revenu en vertu de l'art. 29^{quinquies} pendant la durée d'octroi de la rente, cf. art. 33^{bis} al. 4 LAVS.

134 Dans cette hypothèse, le *splitting* porte sur les revenus acquis pendant les années civiles du mariage dissous par le décès du conjoint et il doit avoir lieu indépendamment de l'état civil actuel du survivant au moment où il a droit à une rente de vieillesse ou d'invalidité (cf. ATF 126 V 57).

135 Modification de la LAVS du 7 octobre 1994 (10^e révision de la LAVS), RO 1996 2466. Cf. aussi FF 1990 II 1.

joint, en particulier lorsque l'un d'eux interrompt sa carrière professionnelle pour s'occuper du ménage et de la famille¹³⁶. Grâce au *splitting*, celui des époux qui a accompli du travail ménager, d'assistance ou d'éducation, bénéficie en effet d'une rente plus élevée. Dans la prévoyance professionnelle, la cause principale de l'écart entre les rentes de vieillesse des hommes et des femmes réside dans le fait que nombre de femmes n'ont pas pu se constituer un deuxième pilier, faute d'avoir réalisé un revenu suffisant. A cet égard, une retraitée sur deux ne perçoit pas de rente du deuxième pilier¹³⁷. Si une procédure de partage des expectatives de la prévoyance professionnelle acquises durant le mariage a été introduite le 1^{er} janvier 2000, date de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce (art. 122-124e CC)¹³⁸, afin de renforcer l'égalité entre les conjoints, en évitant que l'un-e d'eux ne se retrouve dans l'impossibilité d'obtenir une compensation pour la prévoyance qu'il n'a pas été en mesure de se constituer durant l'union, en raison de la répartition des tâches convenue au sein du couple, un partage n'intervient cependant pas systématiquement. Contrairement à ce qui est le cas dans le premier pilier, le partage des expectatives de prévoyance professionnelle entre conjoints n'a en effet lieu qu'en cas de divorce ou d'annulation du mariage (cf. art. 109 al. 2 CC)¹³⁹. Il n'y a en revanche pas de partage lorsque les époux ont tous deux atteint l'âge de la retraite, ni en

136 Sur le « *splitting* », cf., p. ex., CHRISTOFFEL Mario, Conditions du Splitting des revenus, en particulier en cas de divorce, CHSS n° 5-1996, pp. 236-240.

137 FLUDER/SALZGEBER, Une retraitée sur deux n'a pas de rente du II^e pilier, p. 47.

138 Modification du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage et divorce, filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 26 juin 1998, RO 1999 1118. Cf. aussi 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) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1. Une modification de la législation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Cf. Modification du Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) du 19 juin 2015, RO 2016 2313. Cf. aussi Message concernant la révision du Code civil suisse (Partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce) du 29 mai 2013, FF 2013 4341. Au sujet du partage des expectatives de la prévoyance professionnelle, cf., p. ex., DUPONT Anne-Sylvie, Les nouvelles règles sur le partage de la prévoyance en cas de divorce, in : François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont (éds), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2016, pp. 47-106 ; GEISER Thomas, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge – Was bringt das neue Recht ? in : Gabriela Riemer-Kafka (éd.), Sozialversicherungsrecht : seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), n° 112, Schulthess, Zurich 2016, pp. 97-125 ; LEUBA Audrey, Le nouveau droit du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, Fam.Pra.ch, n° 1-2017, pp. 3-37.

139 Le partage intervient également en cas de dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré (cf. art. 33 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004 [LPart, RS 211.231], art. 23 LFLP : « Les dispositions applicables en cas de divorce s'appliquent par analogie à la dissolution judiciaire d'un partenariat enregistré »).

cas de décès de l'un des conjoints ; dans ce dernier cas, l'époux survivant se voit toutefois reconnaître le droit à une rente de conjoint survivant, destinée à compenser la perte de soutien consécutive au décès (cf. art. 19 LPP)¹⁴⁰.

56. Par ailleurs, contrairement à ce qui est le cas dans le premier pilier, où les parents d'enfants âgés de moins de 16 ans peuvent prétendre à des **bonifications pour tâches éducatives** (art. 29^{sexies} al. 1 LAVS), dans le deuxième pilier, les responsabilités familiales n'ont pratiquement aucune valeur. Actuellement, le travail d'éducation des enfants n'est pris en compte que de manière indirecte, puisqu'il ne s'agit en effet que de l'une des conditions alternatives permettant au parent de se voir reconnaître le droit à une rente de conjoint survivant (cf. art. 19 al. 1 lit. a LPP). Dans le même ordre d'idées, si dans le premier pilier, les assuré-e-s qui prennent en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ou des frères et sœurs au bénéfice d'une allocation pour impotent de l'AVS, de l'AI, de l'assurance-accidents obligatoire ou de l'assurance militaire, ont quant à eux droit à des **bonifications pour tâches d'assistance** (art. 29^{septies} al. 1 LAVS)¹⁴¹, tel n'est pas le cas dans le deuxième pilier. En ce que les bonifications pour tâches éducatives et d'assistance sont un revenu fictif (correspondant au triple du montant de la rente AVS minimale, soit actuellement CHF 43'020.- par an ; cf. art. 29^{sexies} al. 2, 29^{septies} al. 4 et 34 al. 5 LAVS) porté au compte individuel de l'assuré-e, qui permettra d'augmenter le montant de la rente de vieillesse ou d'invalidité, elles permettent de reconnaître la valeur des tâches éducatives et d'assistance pour la société.

b) Les désavantages liés à la perception de bas revenus et à l'exercice d'une activité à temps partiel

140 Pour une critique de la protection accordée au conjoint survivant comparativement à celle dont bénéficie le conjoint divorcé du fait du partage des expectatives de prévoyance professionnelle, cf. HÜRZELER Marc, System und Dogmatik der Hinterlassenensicherung im Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Staempfli, Berne 2014, pp. 418-420 et 472 : au vu de la perte définitive du droit à la rente de conjoint survivant en cas de conclusion d'un nouveau mariage, cet auteur considère que le conjoint survivant peut être prêté par rapport au conjoint divorcé, qui lui, aura bénéficié du partage des avoirs du second pilier lors du divorce.

141 L'art. 29^{septies} al. 1 LAVS précise que la bonification pour tâches d'assistance est accordée à condition que l'assuré puisse se déplacer facilement auprès de la personne prise en charge (ce qui est le cas, notamment, si la personne qui assume les tâches d'assistance réside à une distance inférieure à 30 km de la personne assistée ou que celle-ci peut être atteinte dans l'heure ; cf. art. 52g RAVS), et que le conjoint, les beaux-parents, les enfants d'un autre lit, ainsi que le partenaire avec lequel l'assuré fait ménage commun depuis au moins cinq ans sans interruption, sont assimilés aux parents.

57. Dans la mesure où la réalisation d'un revenu annuel minimal auprès d'un-e même employeur-euse (actuellement, CHF 21'510.- ; cf. art. 2 al. 1 et 7 et 9 LPP, art. 5 OPP 2) est une condition de l'affiliation au régime obligatoire et où seule la part du salaire comprise entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.- est assurée (cf. art. 2 al. 1 et art. 7-8 LPP ; *infra*, ba), l'accès au deuxième pilier est plus difficile pour les personnes occupées à temps partiel ainsi que pour celles percevant de bas revenus¹⁴². Les institutions de prévoyance peuvent toutefois remédier à ces inégalités matérielles dans le cadre de la prévoyance plus étendue (*infra*, bb).
- ba) Les désavantages résultant du seuil d'accès et de la déduction de coordination
58. Les art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP définissent le cercle des personnes assujetties obligatoirement à la prévoyance professionnelle, en référence, notamment, à la perception d'un **salaire minimum**, qui fait office de **seuil d'accès**. Actuellement, seules peuvent être assurées au deuxième pilier les personnes salariées qui perçoivent, d'un-e même employeur-euse, un revenu annuel supérieur à CHF 21'510.- (cf. art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP). Les personnes qui cessent de percevoir un salaire soumis à l'AVS ou dont le salaire annuel devient inférieur à CHF 21'510.- ne sont plus soumises à la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 10 al. 2 LPP ; *supra*, l., 2., a.).
59. Si la condition afférente au salaire annuel minimal permettant l'accès au deuxième pilier concerne formellement tant les femmes que les hommes, elle engendre une inégalité matérielle entre les sexes. Dans les faits, il est en effet moins aisé pour les **travailleur-euse-s à temps partiel** ainsi que pour les **personnes qui perçoivent un bas salaire**, à savoir principalement les femmes (*infra*, 3., aa), de remplir cette condition. A cet égard, le salaire annuel minimal CHF 21'510.- est applicable sans égard au taux d'activité, et une réduction n'entre en ligne de compte que pour les personnes partiellement invalides (cf. art. 4 OPP 2).
60. Il est également plus difficile pour les personnes en situation de **multiactivité**, qui sont aussi en grande partie des femmes (*infra*, 3., aa), de franchir le seuil d'accès. Les personnes qui exercent plusieurs emplois à temps partiel, mais dont aucun n'atteint annuellement CHF 21'510.-, sont en effet exclues du deuxième pilier, nonobstant le fait que le cumul des différents salaires puisse être supérieur au seuil d'accès. Les personnes

142 Sur ce point, cf. AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, p. 230 ; DESPLAND, Femmes et assurances sociales, p. 104 ; LEUZINGER-NAEF, Insuffisances du système actuel de prévoyance professionnelle, p. 18.

qui exercent une activité lucrative pour le compte de plusieurs employeur-euse-s, dont le salaire annuel total dépasse CHF 21'510.-, peuvent, si elles ne sont pas déjà obligatoirement assurées, s'assurer à titre facultatif auprès de l'institution supplétive ou de l'institution de prévoyance à laquelle est affilié-e l'un-e de leurs employeur-euse-s¹⁴³. Si l'employé-e est déjà assuré-e obligatoirement auprès d'une institution de prévoyance, il/elle peut contracter auprès d'elle, si les dispositions réglementaires ne s'y opposent pas, ou auprès de l'institution supplétive, une assurance complémentaire pour le salaire versé par les autres employeur-euse-s (cf. art. 46 al. 2 LPP). Dans les deux hypothèses, l'assuré-e qui s'acquitte directement des cotisations auprès de l'institution de prévoyance a droit au remboursement par chaque employeur-euse de la moitié des cotisations afférentes au salaire qu'il lui a versé (cf. art. 46 al. 3 LPP; cf. aussi art. 30-31 OPP 2).

61. La **déduction de coordination** (art. 8 al. 1 LPP) a pour conséquence de limiter l'accès au deuxième pilier des **personnes qui exercent une activité lucrative à temps partiel ou qui perçoivent de bas revenus**. Le salaire assuré (ou salaire coordonné) s'obtient en effet en déduisant du salaire effectif la déduction de coordination (actuellement, CHF 25'095.-). La déduction de coordination est également défavorable aux personnes en situation de **multiactivité**, dès lors qu'elle doit être imputée sur chacun des revenus perçus. La situation d'une personne, sous l'angle de la prévoyance professionnelle, ne sera ainsi pas identique selon qu'elle travaille pour un ou plusieurs employeur-euse-s, quand bien même percevrait-elle globalement le même salaire.

Exemple : la personne qui exerce deux activités à 50 % et reçoit deux salaires de CHF 30'000.- chacun (soit un salaire annuel total de CHF 60'000.-), cotisera sur un salaire assuré de CHF 9'810.-¹⁴⁴. En revanche, si cette personne travaillait pour le compte d'un-e seul-e employeur-euse et percevait un revenu annuel de CHF 60'000.-, son salaire assuré s'élèverait à CHF 34'905.-¹⁴⁵.

143 La possibilité de s'assurer auprès de l'institution de prévoyance à laquelle l'un-e des employeur-euse-s est affilié-e est toutefois subordonnée à la condition que les dispositions réglementaires le prévoient (art. 46 al. 1 LPP ; cf. aussi art. 28-29 OPP 2).

144 Soit : (le premier salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'095.-) + (le second salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'095.-) = CHF 9'810.-.

145 Soit : le salaire de CHF 60'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'095.- = CHF 34'905.-.

Une exception au principe de l'imputation de la déduction de coordination sur chacun des salaires perçus existe cependant en faveur des travailleur-euse-s au service de plusieurs employeur-euse-s, qui perçoivent un revenu annuel total qui dépasse CHF 21'510.-, mais aucun salaire atteignant annuellement ce montant (cf. art. 46 al. 1 LPP). Dans ce cas, la déduction de coordination est alors imputée une seule fois, sur le montant total des salaires assurés facultativement (cf. art. 29 al. 1 OPP 2)¹⁴⁶. Le/la salarié-e qui est déjà assuré obligatoirement auprès d'une institution de prévoyance, et qui contracte auprès d'elle ou auprès de l'institution supplétive, une assurance complémentaire pour le salaire versé par les autres employeur-euse-s (cf. art. 46 al. 2 LPP), bénéficie de la même exception, puisqu'en pareille hypothèse, la déduction de coordination de CHF 25'095.- (cf. art. 8 al. 1 LPP) n'est imputée qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés à titre obligatoire et facultatif (cf. art. 29 al. 2 OPP 2). Il découle de ce système qu'une personne qui exerce trois activités à temps partiel et perçoit trois salaires de CHF 20'000.- chacun (soit, CHF 60'000.- au total) bénéficie d'une meilleure situation, sous l'angle du deuxième pilier, qu'une personne qui travaille à temps partiel auprès de deux employeur-euse-s et reçoit deux salaires de CHF 30'000.- chacun (soit CHF 60'000.- au total également). En effet, dans la première hypothèse, en cas d'adhésion à l'assurance facultative selon l'art. 46 LPP, le salaire assuré global s'élèvera à CHF 34'905.- puisque la déduction de coordination ne sera prélevée qu'une fois, sur le total des salaires¹⁴⁷ ; dans la seconde hypothèse, en revanche, la personne est assujettie obligatoirement à la LPP (cf. art. 2 al. 1 et 7 al. 1 LPP) et son salaire assuré global n'atteindra que CHF 9'810.-, étant donné que la déduction de coordination sera imputée sur chacun des salaires¹⁴⁸.

bb) L'apport de la prévoyance plus étendue

62. Comme précédemment indiqué, la LPP ne fixe que des exigences minimales (art. 6 LPP), si bien que les institutions de prévoyance disposent d'une large autonomie pour étendre la prévoyance au-delà des prestations minimales définies aux art. 13-26a LPP (cf. art. 49 et 50 LPP; *supra*, II., 2., b). Dès lors que les art. 2, 7 et 8 LPP ne sont pas mentionnés dans la liste de l'art. 49 al. 2 LPP, les caisses de pensions peuvent, dans le cadre

146 Cf., p. ex., PIEGAI, pp. 6-7.

147 CHF 34'905.- = le salaire global (CHF 60'000.-) – la déduction de coordination (CHF 25'095.-).

148 CHF 9'810.- = (le premier salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'095.-) + (le second salaire de CHF 30'000.- – la déduction de coordination de CHF 25'095.-).

de la prévoyance plus étendue, remédier à l'inégalité matérielle engendrée par le seuil d'accès et la déduction de coordination. Elles sont en effet libres de **réduire le seuil d'accès ou de renoncer à en prévoir un** afin de permettre à des personnes dont le revenu est inférieur à CHF 21'510.- d'avoir accès à l'assurance ; elles peuvent également prévoir une **déduction de coordination moins importante** que celle fixée dans la loi (déduction de coordination réduite proportionnellement au taux d'activité ou fixée en pourcentage du salaire, p. ex.) ou renoncer à toute déduction de coordination, permettant ainsi d'assurer l'intégralité du salaire soumis à l'AVS (cf. art. 5 al. 2 LAVS), et ce dès le premier franc si aucun seuil d'accès n'est prévu, respectivement dès que ce seuil est franchi si le règlement en instaure un. Les caisses de pensions peuvent aussi assurer des salaires supérieurs au salaire coordonné (CHF 60'945.-, actuellement). La plupart des institutions de prévoyance proposent de telles solutions, et le choix du plan de prévoyance revient à l'employeur-euse. En pratique, les employeur-euse-s peuvent opter pour un déplafonnement du salaire assuré (prévoyance subobligatoire) et/ou pour une diminution du salaire permettant d'accéder à l'assurance (prévoyance sous-obligatoire)¹⁴⁹. Dans la mesure où un déplafonnement du salaire assuré favorise les hauts revenus, qui sont encore majoritairement masculins (*infra*, 3., ab), il est nécessaire d'encourager la prévoyance sous-obligatoire, qui améliore la situation des personnes à revenus modestes, pour parvenir à une meilleure égalité entre les sexes (*infra*, 4.). Selon une étude réalisée par Swiss Life en 2019, de nombreux-euses employeur-euse-s prennent en compte la situation des travailleur-euse-s à temps partiel en réduisant ou en supprimant la déduction de coordination¹⁵⁰. En mai 2019, près de 70 % des petites et moyennes entreprises affiliées à la Fondation collective LPP Swiss Life avaient opté pour un plan de prévoyance favorable aux employé-e-s occupé-e-s à temps partiel (24 % ont renoncé à une déduction de coordination et 46 % en ont indexé le montant au taux d'occupation)¹⁵¹. L'abaissement de la déduction de coordination ou sa suppression a un coût tant pour l'employeur-euse que pour l'employé-e, puisque cette mesure se traduit par une augmentation des cotisations patronales et des déductions salariales, avec pour conséquence une diminution du salaire net¹⁵².

3. Les causes des inégalités matérielles entre les sexes

-
- 149 Pour un aperçu des différentes pratiques réglementaires en la matière, cf., p. ex., PIEGAI, pp. 7-8.
- 150 CHRISTEN Andreas, Gender pension gap – Mythes, faits et approches de solution concernant la lacune de prévoyance des femmes, Etude Swiss Life, Zurich 2019.
- 151 Cf. CHRISTEN, pp. 5 et 39-41.
- 152 Cf. CHRISTEN, pp. 37-38 et 44.

63. Si les causes des inégalités de traitement entre les sexes présentes dans le domaine des assurances sociales sont multiples, la principale réside dans la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes prévue par l'ancien droit matrimonial. La plupart des régimes d'assurances sociales ont en effet été conçus sur le modèle familial traditionnel qui érigeait l'homme en tant que « *chef de l'union conjugale* » et lui attribuait la tâche de « *pourvoi[r] convenablement à l'entretien de la femme et des enfants* » (art. 160 aCC¹⁵³), tandis que l'épouse était légalement tenue de diriger le ménage (art. 161 al. 3 aCC). En conséquence, si l'époux était réputé exercer une activité lucrative à temps plein pour subvenir aux besoins des siens, l'épouse était en revanche considérée comme économiquement dépendante de son conjoint et sa sécurité économique se matérialisait au travers de l'institution du mariage (« *Ernährerehe* »)¹⁵⁴, « *Versorgerehe* »¹⁵⁵, « *principe du mari/père nourricier* »¹⁵⁶). Ainsi, les assurances sociales ont à l'origine été conçues afin de protéger essentiellement les travailleurs, sur la base de l'emploi classique, exercé à plein temps, par des hommes¹⁵⁷, avec pour conséquence que les personnes au foyer, ainsi que celles qui travaillent à temps partiel ou occupent des emplois atypiques – majoritairement des femmes (*infra*, a.) – jouissent d'une protection souvent lacunaire¹⁵⁸. Cette réalité est particulièrement perceptible dans la prévoyance professionnelle¹⁵⁹, où les inégalités matérielles entre les sexes s'expliquent par la relation étroite

153 RO 1908 245.

154 PFIFFNER Brigitte, AHV-Neuregelung : Folgen bei Scheidung, Plädoyer, n° 6-1994, pp. 26-29, p. 26.

155 AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, p. 208.

156 GOLL Christine, Etre femme : un risque de pauvreté, in : Des acquis – mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, juin 1995, pp. 160-162, p. 161.

157 Sur ce point, cf. spécifiquement, LEUZINGER-NAEF Susanne, Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter Arbeitsverhältnisse, in : Erwin Murer (éd.), Neue Erwerbsformen – veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ?, Freiburger Sozialrechtstag 1996, Staempfli, Berne 1996, pp. 91-159.

158 A cet égard, les dernières décennies du XX^e siècle ont été marquées par de profondes mutations dans le monde du travail, où on observe un recul de l'emploi normal parallèlement à l'émergence de nouvelles formes de travail flexible. Ces formes particulières d'emploi (ou travail atypique), qui ont fait leur apparition afin de permettre au marché du travail de réagir rapidement face aux changements de l'économie et de la société, qui exigent une certaine flexibilité, englobent, notamment, les emplois à temps partiel, les relations de travail de durée déterminée, le travail temporaire ou encore le travail sur appel. Si ces nouvelles formes d'emploi amènent de la flexibilité à l'employeur, elles peuvent se révéler synonyme de conditions d'emploi précaires pour le/la travailleuse.

159 Cf. AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, p. 596 : « *Die zweite Säule ist für die männliche Normalbiografie mit einer ununterbrochenen Erwerbskarriere konzipiert. Auf die Besonderheiten weiblicher Wechselbiografien nimmt sie keine Rücksicht* ».

qui unit ce domaine au monde du travail, dans lequel femmes et hommes suivent généralement des parcours différents (*infra*, a.).

64. L'**égalité entre les sexes dans le mariage** a été promulguée le 1^{er} janvier 1988¹⁶⁰, date à laquelle le système patriarcal découlant de la répartition traditionnelle des tâches entre les sexes prévue par les art. 160 et 161 al. 3 aCC a été remplacé – à tout le moins formellement, dans la législation (*infra*, b) – par une relation de partenaires permettant aux époux de se répartir librement les tâches selon le principe de la concertation. L'art. 163 CC prévoit désormais que mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille, et qu'ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il/elle voue aux enfants ou l'aide qu'il/elle prête à son/sa conjoint-e dans sa profession ou son entreprise, tout en tenant compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle. Cela étant, la répartition traditionnelle des rôles prévue par l'ancien droit matrimonial produit encore des effets de nos jours, puisque l'état civil et la situation familiale sont des facteurs sociodémographiques qui exercent une incidence déterminante sur la biographie professionnelle des femmes et sur les inégalités matérielles entre les sexes. Contrairement au taux d'occupation des hommes, celui des femmes est en effet tributaire de l'état civil et de la situation familiale. Si le parcours professionnel des femmes célibataires est d'ordinaire identique à celui des hommes, à l'inverse, lorsqu'une femme se marie et/ou devient mère, sa trajectoire professionnelle s'écarte alors de celle de ses collègues masculins (*infra*, b.).
65. Il ne faut finalement pas perdre de vue que les femmes n'ont obtenu le **droit de vote** au niveau fédéral que le 7 février 1971¹⁶¹ et que les hommes sont encore surreprésentés dans les hautes sphères décisionnelles. Aussi, cela ne fait que 50 ans que les femmes peuvent participer au développement de l'ordre politique et juridique. Dans la mesure où les lois d'assurances sociales ont été adoptées dès le début du XX^e siècle en Suisse, les femmes n'ont ainsi à l'origine pas pu se prononcer à leur sujet. La difficulté de concilier les différents enjeux et intérêts en présence et de

160 Cf. Modification du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régime matrimonial et successions) du 5 octobre 1984, RO 1986 122. Cf. aussi Message concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179 (1189-1192).

161 Cf. Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif au résultat de la votation populaire du 7 février 1971 concernant l'institution du suffrage féminin en matière fédérale du 26 février 1971, FF 1971 I 502.

trouver une solution consensuelle, en particulier s'agissant de la **nécessité de garantir l'équilibre financier des assurances sociales**, tout en renforçant la protection sociale, explique également que certaines inégalités de traitement entre les sexes perdurent de nos jours. Il en est ainsi, en particulier, de la survivance des privilèges des veuves dans l'AVS et l'assurance-accidents¹⁶², ainsi que de l'âge différencié de la retraite¹⁶³. Si le congé et les allocations de paternité (art. 16i-m LAPG et art. 329g CO) existent en Suisse depuis le 1^{er} janvier 2021¹⁶⁴, les coûts afférents à de telles mesures ont constitué la principale raison pour laquelle elles n'ont vu le jour qu'aussi tardivement¹⁶⁵. Finalement, l'**égalité salariale**, n'est pas encore une réalité. Selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique (OFS), en 2018, le salaire des femmes était inférieur de 19.6 % à celui de leurs collègues masculins dans le secteur privé ; dans le secteur public, cet écart atteignait 18.1 %¹⁶⁶. Si le taux d'activité professionnelle des

-
- 162 Ainsi, par exemple, dans le cadre du premier volet de la 11^e révision de l'AVS, le Conseil fédéral avait proposé, à titre de mesure d'économie, d'aligner les conditions d'octroi de la rente de veuve sur celles de la rente de veuf (cf. FF 2000 1771 [1805, 1813, 1862-1866 et 1901-1902]). Cette proposition a été abandonnée au cours des débats parlementaires et le projet finalement rejeté en votation populaire, le 16 mai 2004 (à 67.9 % de non ; cf. Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 16 mai 2004 du 29 juin 2004, FF 2004 3727), maintenant certains privilèges pour les veuves (cf. Modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [1^e révision de l'AVS] du 3 octobre 2003, FF 2003 6073).
- 163 Plusieurs tentatives visant à uniformiser l'âge de la retraite des femmes et des hommes ont échoué (*supra*, 1., a). Si l'abaissement de l'âge de la retraite des hommes apparaît comme difficilement réalisable sur le plan économique (cf., p. ex., Message concernant la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 5 mars 1990, FF 1990 II 1 [25]), l'élévation de l'âge de la retraite des femmes est souvent perçue comme une injustice envers les femmes, étant donné notamment que l'égalité dans le monde du travail, en particulier l'égalité salariale, n'est pas encore une réalité (cf., p. ex., FF 2019 5979 [6030], BOCE 2009, pp. 451-452 [Intervention Maury-Pasquier]).
- 164 Modification de la LAPG du 27 septembre 2019, RO 2020 4689. Cf. aussi Avis du Conseil fédéral relatif au rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 15 avril 2019 sur l'initiative parlementaire « *Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité* » du 22 mai 2019, FF 2019 3743 ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats relatif à l'initiative parlementaire « *Contre-projet indirect à l'initiative pour un congé de paternité* » (18.441) du 15 avril 2019, FF 2019 3309. Sur ce point, cf., p. ex., PERRENOUD Stéphanie/MATTHEY Fanny, Le congé de paternité : un petit pas pour les pères, un tout petit pas pour l'égalité, Newsletter DroitMatrimonial.ch, octobre 2020.
- 165 Cf., p. ex., Message concernant l'initiative populaire « *Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille* » du 1^{er} juin 2018, FF 2018 3825 (3838).
- 166 Sur ces aspects, cf. KAISER Boris/MÖHR Thomas, Analyse des différences salariales entre femmes et hommes sur la base de l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) 2016, Rapport final, Office fédéral de la statistique (OFS), Neuchâtel 2019. Cf. aussi OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Analyse des différences salariales entre femmes et hommes 2016 – Les inégalités salariales ont persisté entre les sexes en 2018, Communiqué de presse du 22 février 2021. Sur ce point, cf. également KAUFMANN Claudia, Egalité des salaires entre femmes et hommes, in : Des acquis – mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, juin 1995, pp. 151-155.

femmes a très fortement augmenté ces dernières années, passant de 47 % en 1970 à 71 % en 2014 (sans égard au taux d'occupation)¹⁶⁷, les inégalités salariales ont pour conséquence que les femmes cotisent sur la base d'un salaire moins élevé, et donc, que leur avoir de vieillesse et, partant, leur rente de vieillesse, sont inférieurs à ceux des hommes.

a) Les caractéristiques de la biographie professionnelle des femmes

66. Contrairement au parcours professionnel masculin qui est en principe ininterrompu, **la vie professionnelle des femmes se distingue d'ordinaire par sa discontinuité**. Elle s'illustre en effet généralement par l'alternance, ou l'accomplissement en parallèle, d'activités professionnelles et de tâches familiales et ménagères¹⁶⁸. Vestige de l'ancien droit matrimonial, et stéréotype encore présent dans les mentalités, le modèle selon lequel l'homme exerce une activité professionnelle à plein temps et sans interruption alors que la femme ne travaille pas ou travaille à un taux d'occupation réduit en interrompant, momentanément ou définitivement, sa carrière professionnelle pour s'occuper de sa famille, concerne avant tout les époux, ainsi que les personnes vivant en union libre. Chez les célibataires, à l'inverse, la trajectoire professionnelle n'est pas influencée par le sexe, et correspond généralement à l'exercice continu d'une activité lucrative (*infra*, b.). Aussi, les caractéristiques exposées ci-après concernent-elles essentiellement la biographie professionnelle de l'épouse et de la mère de famille.
67. Selon AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, ainsi que CALONDER GERSTER, les femmes peuvent être catégorisées comme il suit : les femmes qui cessent d'exercer une activité lucrative lorsqu'elles se marient ou donnent naissance à leur premier enfant (« *Familienfrauen* », « *femmes au foyer* ») ; les femmes qui sortent momentanément de la vie active lorsqu'elles fondent une famille, puis reprennent le travail à temps plein ou à temps partiel une fois que les enfants ont atteint un certain âge (« *Dreiphasenfrauen* » ou « *femmes du type à trois phases* ») ; les femmes qui interrompent à plusieurs reprises leur activité professionnelle pour prendre soin de leur famille, alternant ainsi entre phases actives (à plein temps ou à temps partiel) et non-actives (« *Wechslerinnen* » ou « *alternantes* ») ; les femmes qui exercent une activité professionnelle sans in-

167 OFS, Portrait de la Suisse – Résultats tirés des recensements de la population 2010–2014, Neuchâtel 2016, p. 33.

168 Cf., p. ex., SAUTEBIN Marie-Thérèse, Travail – Profession, in : Des acquis – mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, juin 1995, pp. 146-151.

terruption, à un pourcentage pouvant varier, parallèlement à leur vie familiale (« *Doppelarbeiterinnen* » ou « *travailleuses à double charge* »)¹⁶⁹. Les retraits du marché de l'emploi en lien d'ordinaire avec la maternité et l'éducation des enfants (*infra*, ab), tout comme le travail à temps partiel (*infra*, aa), caractérisent ainsi la biographie professionnelle des femmes, lesquelles sont également plus nombreuses que les hommes à percevoir un bas salaire, à occuper une position hiérarchique subalterne et à disposer d'une marge de manœuvre réduite dans l'aménagement de leurs horaires de travail (*infra*, ac).

68. L'absence de linéarité de la vie professionnelle des femmes s'accompagne d'inconvénients évidents dès lors que les périodes d'interruption de l'activité professionnelle se traduisent en principe par une absence de cotisations versées à certains régimes d'assurances sociales, et où le travail à temps partiel ne permet pas nécessairement d'accéder à tous les régimes d'assurances sociales. La diminution du taux d'occupation ou les interruptions de carrière occasionnent au demeurant des pratiques de recrutement et de promotion différentes selon les sexes, avec pour conséquence que cette « *répartition des chances et des revenus en fonction des sexes renforce à son tour la division traditionnelle du travail dans la famille et cimente les structures sociales périmées* », d'où « *un parfait exemple de cercle vicieux* »¹⁷⁰.

aa) Le travail à temps partiel et la multiactivité

69. La notion de **travail à temps partiel** qualifie le travail exercé à un taux d'occupation allant jusqu'à 89 %. Ce type de travail est en augmentation (en 2020, 37.4 % de la population active a travaillé à temps partiel, contre seulement 30.7 % en 2001, et 29.4 % en 1991), et concerne majoritairement les femmes, puisqu'en 2020, 59.1 % des travailleuses ont en effet exercé une activité à temps partiel, contre seulement 18.3 % des travailleurs de sexe masculin¹⁷¹. Si l'arrivée d'enfants au sein du couple

169 Cf. AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, pp. 432-433; CALONDER GERSTER, p. 57. Cf. aussi BIGLER-EGGENBERGER, *Probleme um die Gleichstellung der Geschlechter*, pp. 83-84. Sur ces aspects, cf., aussi, GANI, *Concilier vie de famille et vie professionnelle*, pp. 50-51; LEVY René/GAUTHIER Jacques-Antoine/WIDMER Eric, *Entre contraintes institutionnelle et domestique : les parcours de vie masculins et féminins en Suisse*, *The Canadian Journal of Sociology*, n° 4-2006, pp. 461-489.

170 CALONDER GERSTER, p. 23.

171 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Tableau « Taux d'occupation, de 1991 à 2020, en % »* (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>; consulté le 6 mars 2021). Cf. aussi OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), *Enquête suisse sur la population active : participation au marché du*

accentue la part des femmes exerçant une activité à temps partiel, chez les hommes, la situation inverse est observable : en 2019, 53.4 % des femmes sans enfants vivant avec un partenaire ont travaillé à temps partiel, contre 79.9 % des femmes avec enfants vivant avec un partenaire, alors que 21.3 % des hommes sans enfants vivant avec une partenaire ont travaillé à temps partiel, contre 12.2 % des hommes avec enfants vivant avec une partenaire (*infra*, b.)¹⁷². Si le fait de travailler à temps partiel procède généralement d'un libre choix de pouvoir concilier travail et obligations familiales, il se peut également que ce choix soit dicté par l'absence de solutions de garde (*infra*, 4, b.).

70. Les femmes sont aussi plus nombreuses que les hommes en situation de **multiactivité**, puisque 10 % d'entre elles ont occupé plus d'un emploi en 2017, contre seulement 5.5 % des hommes¹⁷³.
71. Le travail à temps partiel et la multiactivité sont généralement synonymes d'une couverture sociale insuffisante, en particulier dans la prévoyance professionnelle, au vu de la condition afférente au salaire minimal et de la déduction de coordination (*cf.* art. 2, 7 et 8 LPP ; *supra*, 2., b)¹⁷⁴.
72. Bien que les interventions parlementaires demandant une meilleure prise en considération de la situation des travailleur-euse-s occupé-e-s à temps partiel par un-e ou plusieurs employeur-euse-s dans le cadre du deuxième pilier se soient multipliées ces dernières années¹⁷⁵, toutes les

travail 2010-2018 – La population suisse participe encore davantage au marché du travail, Communiqué de presse du 23 avril 2019.

- 172 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Tableau « *Part de personnes de 15 ans ou plus actives occupées à temps partiel selon le sexe et la situation familiale* » (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>; consulté le 6 mars 2021).
- 173 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Enquête suisse sur la population active (ESPA), La multiactivité en Suisse 2017, Neuchâtel, juin 2018, p. 2. Cf. aussi OFS, La qualité de l'emploi en Suisse, p. 31 ; OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), La multiactivité en Suisse – Une étude basée sur les résultats de l'enquête suisse sur la population active (ESPA) de 1991 à 2009, Neuchâtel, octobre 2010.
- 174 Les travailleur-euse-s occupé-e-s à temps partiel peuvent également bénéficier d'une moins bonne protection en cas d'accidents, étant donné que les accidents non professionnels ne sont couverts par l'assurance-accidents que dans la mesure où l'assuré-e travaille au moins 8 heures par semaine pour un-e même employeur-euse (art. 7 al. 2 et 8 al. 2 LAA, art. 13 de l'Ordonnance sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982 [OLAA ; RS 832.202]), ou s'agissant de l'évaluation de l'invalidité dans le premier pilier, au vu de l'utilisation de la méthode dite « mixte » (*supra*, 2., c).
- 175 Cf., p. ex., Motion « *Améliorer la prévoyance professionnelle pour les salariés occupant plusieurs postes à temps partiel* » (Mo. 14.3624 ; Jürg Grosse), déposée le 20 juin 2014 ; Motion « *Prévoyance des personnes travaillant pour plusieurs employeurs ou ayant de*

tentatives entreprises dans ce sens sont à l'heure actuelle demeurées vaines. Par ailleurs, la Convention sur le travail à temps partiel adoptée par l'Organisation internationale du Travail (OIT) en 1994, dans le dessein de garantir l'égalité de traitement entre travailleur-euse-s occupé-e-s à plein temps et à temps partiel¹⁷⁶, n'a pas été ratifiée par la Suisse et ce, malgré le dépôt d'une initiative parlementaire en ce sens en 2007¹⁷⁷.

ab) Les bas salaires, la position hiérarchique moins élevée et la flexibilité moindre des horaires de travail

73. Les emplois à **bas salaires** sont des postes pour lesquels le salaire ne dépasse pas deux tiers du salaire brut médian, c'est-à-dire, en 2016, un revenu mensuel brut inférieur à CHF 4'335.-¹⁷⁸. Les données de l'Office fédéral de la statistique (OFS) démontrent que les femmes sont surreprésentées dans cette catégorie d'emplois, puisque 66.4 % de ceux-ci sont occupés par des travailleuses ; elles occupent aussi généralement des **positions hiérarchiques moins élevées** que les hommes (62.7 % de femmes ont travaillé en tant que salariées sans fonction dirigeante, contre 46.9 % d'hommes, en 2019, et 7.7 % d'hommes ont été occupés comme salariés membres de la direction, contre 3.9 % de femmes), et les hommes travaillent également plus fréquemment que les femmes en tant qu'indépendants (14.7 % d'hommes contre 10.1 % de femmes, en 2019)¹⁷⁹. Selon un rapport publié par Equileap en 2021, portant sur plus de 3'700 entreprises dans le monde, la Suisse est le pays où les femmes ont le moins de chances d'être promues : si les employées constituent

bas revenus » (Mo. 12.3974 ; Béa Heim), déposée le 12 octobre 2012 ; Interpellation « Mesures contre la discrimination du travail à temps partiel dans la LPP » (I. 12.3492 ; Josiane Aubert) du 13 juin 2012 ; Postulat « Améliorer la prévoyance professionnelle des salariés à employeurs multiples » (Po. 12.3318 ; Anita Fetz), déposé le 13 mars 2012 ; Initiative parlementaire « Personnes travaillant à temps partiel. Des prestations LPP plutôt que l'aide sociale » (Iv. pa. 11.482 ; Christa Markwalder), déposée le 30 septembre 2011 ; Interpellation « Assurés travaillant à temps partiel. Réduction des prestations pour cause de surassurance ou de surindemnisation » (I. 10.3982 ; Hildegard Fässler-Osterwalder) du 15 décembre 2010. Cf. aussi Rapport de l'OFAS « Analyse de solutions éventuelles en vue d'améliorer l'assujettissement au régime obligatoire LPP des travailleurs atypiques, conformément à l'art. 2, al. 4, 1^{re} phrase, LPP » du 11 mars 2008.

176 Convention de l'OIT n° 175 concernant le travail à temps partiel du 24 juin 1994.

177 Initiative parlementaire « Pour une meilleure protection du travail à temps partiel » (Iv. pa. 07.457 ; Christine Goll), déposée le 22 juin 2007.

178 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Enquête suisse sur le niveau et la structure des salaires 2016 – Le salaire médian s'est élevé à 6502 francs en 2016, Communiqué de presse du 14 mai 2018, Neuchâtel 2018.

179 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Tableau « Situation dans la profession, de 1991 à 2019, en % » (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/situation-profession.assetdetail.11987467.html>; consulté le 1^{er} janvier 2021).

39 % des effectifs, soit davantage que la moyenne mondiale (37 %), elles sont en revanche moins bien représentées dans les hiérarchies, puisqu'elles occupent seulement 22 % des postes de cadres supérieurs et 10 % des postes de direction (contre 24 %, respectivement 17 % en moyenne mondiale) ; la proportion de femmes dans les conseils d'administration est de 25 %, ce qui correspond à la moyenne mondiale¹⁸⁰.

74. Dans la mesure où les différences quant à la position hiérarchique persistent même lorsque hommes et femmes ont un niveau de formation égal, cette réalité s'explique vraisemblablement par le fait que les femmes voient plus de temps que les hommes aux tâches domestiques et familiales, ce qui a pour effet de limiter leur marge de manœuvre et de restreindre leurs possibilités d'accumuler une expérience professionnelle suffisante (*infra*, ac).
75. Quant aux **horaires de travail flexibles**, ils sont majoritairement réservés aux hommes : environ la moitié des hommes bénéficient d'horaires de travail flexibles, alors que les femmes ne sont que 37.6 % à se voir offrir cette possibilité¹⁸¹. Si les hommes sont plus nombreux que les femmes à disposer de la liberté de choisir quand faire des pauses et à pouvoir décaler d'une heure ou plus le début ou la fin de leur journée de travail pour s'occuper de leurs enfants (en 2018, 73.9 % des pères salariés, ayant au moins un enfant de moins de 15 ans, ont pu, en général, décaler d'une heure ou plus, pour des raisons familiales, le début et la fin de leur journée de travail, contre 65 % des mères), d'avantage de femmes que d'hommes peuvent, en revanche, prendre des jours de congé entiers pour des raisons familiales en dehors de leurs vacances (en 2018, 56.9 % des mères et 46.9 % des pères ont pu le faire en général, 20.5 % des mères et 29.3 % des pères n'ont pu le faire que rarement, et 19.9 % des mères, respectivement 21.6 % des pères n'ont pas eu cette possibilité)¹⁸².
76. La flexibilité accrue dont bénéficient les hommes dans leurs horaires de travail s'explique probablement par le fait qu'ils occupent générale-

180 EQUILEAP, Gender equality global report & ranking, édition 2021, p. 11: « Switzerland is the country where women have the smallest chances of being promoted. Numbers indicate a relatively large glass ceiling, but not lack of a pool of working women, with 39 % of women in the workforce, 22 % at the senior management level, only 10 % at the executive level and 25 % at the board level ». Le rapport est disponible à l'adresse : <https://equileap.com/equileap-reports/>.

181 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Enquête suisse sur la population active 2019 – Près d'une personne salariée sur deux a bénéficié d'un horaire flexible en 2019, Communiqué de presse du 17 avril 2020. Cf. aussi OFS, La qualité de l'emploi en Suisse, p. 32.

182 Cf. OFS, La population suisse participe encore davantage au marché du travail.

ment des positions hiérarchiques plus élevées que les femmes, et jouissent, dès lors, d'une plus grande liberté dans l'aménagement de leurs conditions de travail.

ac) Le travail non rémunéré et les interruptions de la carrière professionnelle

77. Le **travail non rémunéré** comprend le travail ménager, d'assistance et d'éducation. Il est encore majoritairement accompli par les femmes. En 2016, dans les ménages unipersonnels, les femmes ont consacré en moyenne 19.3 heures par semaine au travail domestique et familial, contre 15.1 heures pour les hommes. La vie de couple accentue cette différence, puisqu'au sein des couples sans enfant, les femmes ont accompli 23 heures hebdomadaires de travail domestique et familial, contre 16.1 heures pour les hommes¹⁸³. L'arrivée d'enfants au sein d'un couple accroît également la répartition inégalitaire du travail non rémunéré entre les sexes. Si le nombre d'heures par semaine vouées au travail domestique et familial par les parents d'enfants de moins de 15 ans, s'est élevé, dans les familles monoparentales, à 46.8 heures pour les mères, contre 42 heures pour les pères, dans les familles biparentales, les mères ont effectué 52.8 heures de travail domestique et familial, contre 29.3 pour les pères¹⁸⁴.
78. Le travail ménager, d'assistance et d'éducation, en tant qu'il n'est pas rémunéré, ne permet en effet pas d'accéder au deuxième pilier (*supra*, 2., a), ni d'ailleurs à l'assurance-accidents et à l'assurance-chômage. Au vu de la surreprésentation des femmes au sein de l'effectif des personnes accomplissant du travail non rémunéré, il y a lieu de repenser la répartition traditionnelle des rôles si l'on veut tendre à l'égalité entre les sexes (*infra*, 4.)¹⁸⁵. Le fait qu'une femme vivant en couple avec des enfants consacre près de deux fois plus de temps à effectuer des tâches domestiques qu'un homme dans la même situation (52.8 heures par semaine contre 29.3) explique également pourquoi le travail à temps partiel est spécifique à l'activité féminine. Si cette forme d'emploi présente l'avantage de permettre aux mères de concilier vie professionnelle et vie familiale, elle s'accompagne cependant de désavantages, puisqu'elle peut entraîner une diminution de la protection sociale, voire ou une absence de celle-ci (*supra*, 2., a).

183 Cf. OFS, Travail domestique et familial.

184 Cf. OFS, Travail domestique et familial.

185 De cet avis: AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, pp. 613-616 ; BIGLER-EGGENBERGER, Soziale Sicherung der Frau, pp. 180, 188, 212-215 et 217 ; LEUZINGER, Die soziale Sicherung von Frauen in der Schweiz, pp. 81-82.

79. Les **interruptions de la vie professionnelle** sont également propres à la biographie féminine. Il semble cependant que la tendance soit désormais plus à une réduction du taux d'occupation qu'à un retrait du marché de l'emploi, puisque toujours plus de mères avec enfants en bas âge restent actives. Le taux d'activité des mères de 25 à 54 ans avec un ou plusieurs enfants de moins de 4 ans a en effet passé de 67.4 % en 2010 à 75.7 % en 2018¹⁸⁶. Toujours en 2018, 62.2 % des mères ayant au moins un enfant de moins de 15 ans ont réduit leur volume de travail pour pouvoir s'occuper de leurs enfants, contre 14.9 % des pères dans la même situation¹⁸⁷. Les mères sont également plus nombreuses à modifier leurs horaires de travail (30.7 % des mères, contre 23.8 % des pères) ou à changer d'emploi (32.7 % des mères contre 17.7 % des pères) afin de pouvoir mieux concilier vie professionnelle et vie familiale¹⁸⁸.
80. Les périodes d'interruption de l'activité professionnelle, en lien généralement avec la maternité et l'éducation des enfants, se traduisent en principe par une **absence de cotisations versées à certains régimes d'assurances sociales**. Dans le deuxième pilier, l'obligation d'être assuré-e cesse en effet, notamment, en cas de dissolution des rapports de travail (art. 10 al. 2 lit. b LPP) ou lorsque le salaire minimum n'est plus atteint (art. 10 al. 2 lit. c LPP). En pareille hypothèse, l'intéressé-e demeure assuré-e auprès de l'ancienne institution de prévoyance pour les risques de décès et d'invalidité pendant un mois après la fin des rapports avec l'institution de prévoyance (art. 10 al. 3 LPP). Bien que les interruptions de la carrière professionnelle aient pour corollaire une diminution de l'avoir de prévoyance et donc des rentes plus faibles¹⁸⁹, il existe toutefois une exception, prévue par l'art. 8 al. 3 LPP, qui garantit le maintien du salaire coordonné lorsque le salaire diminue temporairement par suite de maladie, d'accident, de chômage, de maternité ou d'autres circonstances semblables. Si cette protection vaut au moins pour la durée de l'obligation légale de l'employeur-euse de verser le salaire selon l'art. 324a CO ou du congé de maternité selon l'art. 329f CO, l'assuré-e est toutefois libre de demander la réduction du salaire coordonné (art. 8 al. 3 LPP). Les assuré-e-s qui cessent d'être assujettis à l'assurance obligatoire, en raison, par exemple, d'une interruption momentanée de l'exercice d'une activité lucrative afin de se consacrer à l'éducation des enfants (art. 10 al. 2 lit. b LPP), ont la possibilité de s'assurer facultativement, afin de maintenir leur prévoyance professionnelle ou leur seule prévoyance vieillesse,

186 Cf. OFS, La population suisse participe encore davantage au marché du travail.

187 Cf. OFS, La population suisse participe encore davantage au marché du travail.

188 Cf. OFS, La population suisse participe encore davantage au marché du travail.

189 Sur ces aspects, cf. FLUDER/SALZGEBER, L'écart entre les rentes des femmes et des hommes, pp. 38-44 ; MARIN/ZOLYOMI, pp. 330-334. Cf. aussi DE HALLER, pp. 27-28.

dans la même mesure qu'auparavant, soit auprès de la même institution de prévoyance (si les dispositions réglementaires le prévoient)¹⁹⁰, soit auprès de l'institution supplétive¹⁹¹ (cf. art. 47 al. 1 LPP). La personne qui use de l'une ou l'autre possibilité s'acquitte cependant elle-même de l'intégralité des cotisations¹⁹².

81. En ce qu'elles ne sont généralement pas prises en compte lorsqu'il s'agit de fixer le salaire de l'intéressée au moment où elle réintègre le marché du travail, les années durant lesquelles une femme n'a pas exercé d'activité professionnelle entraînent par ailleurs une **pénalisation salariale au moment de la reprise d'un emploi**¹⁹³. Cette pénalisation s'élève à 3.2 % par année d'interruption, étant précisé que les femmes qui interrompent leur carrière le font en moyenne pour une durée de 9.2 ans (6.7 ans pour celles qui ont un diplôme de niveau tertiaire, et 12.1 ans pour les femmes sans formation)¹⁹⁴.

b) L'incidence de l'état civil et de la situation familiale

82. L'état civil (personne célibataire, mariée, divorcée ou veuve) et la situation familiale (personne vivant seule avec ou sans enfants, personne vivant en union libre ou maritalement avec ou sans enfants, notamment) sont des facteurs sociodémographiques qui déterminent le parcours pro-

190 Dans ce cas, le règlement de prévoyance définit si l'assurance porte sur la totalité du dernier revenu réalisé, ou seulement sur le gain assuré à titre obligatoire (montant de CHF 24'885.- à CHF 85'320.-). Actuellement, les institutions de prévoyance limitent généralement le maintien de l'assurance à titre facultatif à l'hypothèse d'un congé non rémunéré, pendant lequel subsiste le contrat de travail avec l'employeur-euse affilié-e. Les institutions de prévoyance ne prévoient en effet en principe pas la possibilité de maintenir la prévoyance lorsque la personne n'est plus partie à un rapport de travail avec un-e employeur-euse affilié-e. Cf. FF 2019 3941 (3961).

191 En cas de maintien de l'assurance auprès de l'institution supplétive LPP, seule la part du salaire correspondant au gain assuré à titre obligatoire est concernée (montant de CHF 24'885.- à CHF 85'320.-). Il semble que la possibilité de maintenir l'assurance à titre facultatif ne soit pas très utilisée puisqu'au 31 décembre 2017, seules 1294 personnes étaient affiliées à l'institution supplétive à ce titre. Cf. FF 2019 3941 (3961).

192 En pratique, une déduction fiscale est accordée à l'assuré, pendant deux ans. Cf. FF 2019 3941 (3961) : « Au-delà de cette date, [les autorités fiscales] considère[nt] que les personnes assurées à titre facultatif qui ne touchent plus de revenu provenant d'une activité lucrative se trouvent dans une situation qui enfreint le principe posé à l'art. 1, al. 2, LPP, selon lequel le salaire assuré dans la prévoyance professionnelle ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS ».

193 Sur ce point, cf. CALONDER GERSTER, p. 10 ; PFIFFNER RAUBER Brigitte, Bewertung von Haus- und Familienarbeit, AJP/PJA, n° 11-1993, pp. 1391-1394, p. 1394.

194 Cf. JEANRENAUD Claude/KIS Alexandra, Coût du placement des jeunes enfants et participation des femmes au marché du travail. Institut de recherches économiques, Etude réalisée sur mandat de Pro Familia Suisse, Université de Neuchâtel, 2018, pp. I-II et 11-18.

professionnel des femmes et permettent d'expliquer les inégalités matérielles entre les sexes¹⁹⁵. Contrairement au taux d'occupation des hommes, celui des femmes dépend fortement notamment de l'état civil, de la situation familiale et de l'âge. Si la biographie professionnelle d'une femme célibataire correspond d'ordinaire à celle d'un homme, **le mariage et la parentalité provoquent une divergence des trajectoires féminines et masculines** : alors que le parcours professionnel de l'homme n'est en principe pas modifié par ces circonstances, pour la femme, celles-ci sont, à l'inverse, généralement synonyme d'interruptions de la carrière professionnelle et de réductions du taux d'occupation (*supra*, a.).

83. A l'heure actuelle, les femmes tiennent encore souvent le rôle d'épouse « tenue de diriger le ménage » que l'ancien droit matrimonial leur avait assigné lors de l'entrée en vigueur du Code civil en 1912 (art. 161 al. 3 aCC¹⁹⁶), et le modèle selon lequel il appartient à la femme de demeurer au foyer pour s'occuper des enfants, à tout le moins de réduire son taux d'activité professionnelle, est encore ancré dans les mentalités, et dans la réalité. Si le travail avec un taux d'occupation réduit est une spécificité de l'activité professionnelle des femmes (*supra*, aa), cette affirmation est en effet encore plus vraie lorsque celles-ci deviennent mères, puisque 79.9 % des femmes avec enfants vivant avec un partenaire ont exercé une activité à temps partiel en 2019 contre seulement 53.4 % des femmes sans enfants vivant avec un partenaire¹⁹⁷. Les chiffres qui précèdent démontrent ainsi clairement que l'arrivée d'un enfant se traduit par une diminution du taux d'occupation des femmes. Le fait de devenir père, au contraire, ne semble pas entraîner de modification significative dans la vie professionnelle des hommes. Lorsque l'on compare le taux d'occupation des pères et des hommes sans enfant, on constate même le phénomène inverse, puisque les hommes sans enfant optent plus souvent pour un emploi à temps partiel que les pères (en 2019, 21.3 % des hommes sans enfants vivant avec une partenaire ont travaillé à temps

195 Au sujet des répercussions des différents parcours de vie féminins en matière d'assurances sociales et de l'incidence de l'état civil, ainsi que pour des exemples, cf. AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, pp. 431-549 et 613-616.

196 RO 1908 245.

197 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Tableau « Part de personnes de 15 ans ou plus actives occupées à temps partiel selon le sexe et la situation familiale » (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>; consulté le 6 mars 2021). Si 79.9 % des mères travaillent à temps partiel, ce taux est également fonction de l'âge des enfants : il passe de 82.4 % lorsque la mère a un ou plusieurs enfants âgés de 0 à 3 ans, à 74.7 % lorsque la mère a un ou plusieurs enfants âgés de 18 à 24 ans. Sur ces aspects, cf. aussi OFS, La population suisse participe encore davantage au marché du travail ; OFS, Les mères sur le marché du travail, p. 3.

partiel, contre 12.2 % des hommes avec enfants vivant avec une partenaire)¹⁹⁸. Selon une étude réalisée aux Etats-Unis, le fait de devenir père permettrait de bénéficier d'une augmentation de salaire d'environ 6 % (« *fatherhood bonus* »), alors qu'en devenant mères, les femmes perdraient à l'inverse 4% de leurs revenus (« *motherhood penalty* »)¹⁹⁹. Le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a également constaté que les femmes sont pénalisées sur le plan salarial dès qu'elles deviennent mères, alors qu'une paternité se traduit à l'inverse, pour la majorité des hommes, par une augmentation de salaire²⁰⁰.

4. Les possibilités d'action pour remédier aux inégalités matérielles entre les sexes

84. Dans la prévoyance professionnelle, étant donné que le montant de la future rente de vieillesse est clairement tributaire de la participation au marché du travail, du taux d'occupation ainsi que du niveau de salaire, l'écart de rentes entre les sexes est le reflet des parcours professionnels différents des femmes et des hommes. L'état civil et la situation familiale sont également des critères importants puisque les inégalités s'accroissent lorsque la femme est mariée et/ou a des enfants. Afin que l'égalité entre les sexes puisse pleinement sortir ses effets, il est d'abord nécessaire que l'égalité salariale devienne une réalité (*infra*, a.). Il est ensuite primordial de prendre des mesures permettant la conciliation des vies professionnelle et familiale, afin de garantir une meilleure répartition du travail rémunéré et non rémunéré entre les sexes (*infra*, b.). Une amélioration de la situation des travailleur-euse-s à temps partiel est également nécessaire afin que ceux-ci ne soient plus préférentiellement protégés en termes de protection sociale par rapport aux personnes qui exercent une activité à plein temps (*infra*, c.). La prise en compte du travail non rémunéré dans la prévoyance professionnelle permettrait également de rendre ce régime d'assurance plus égalitaire (*infra*, d.).

198 Cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Tableau « *Part de personnes de 15 ans ou plus actives occupées à temps partiel selon le sexe et la situation familiale* » (consultable à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/situation-economique-sociale-population/egalite-femmes-hommes/activite-professionnelle/travail-temps-partiel.html>; consulté le 6 mars 2021).

199 Cf. BUDIG Michelle J., *The fatherhood bonus and the motherhood penalty: parenthood and the gender gap in pay*, Third Way, septembre 2014 (consultable à l'adresse : <http://www.thirdway.org/report/the-fatherhood-bonus-and-the-motherhood-penalty-parenthood-and-the-gender-gap-in-pay>). Cf. aussi HODGES Melissa J./BUDIG Michelle J., *Who gets the daddy bonus? Organizational hegemonic masculinity and the impact of fatherhood on earnings*, *Gender & Society*, n° 12-2010, pp. 717-745.

200 Cette information est disponible sur le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), à l'adresse <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/egalite-salariale/bases/chiffres-et-faits.html>

a) La nécessité de réaliser l'égalité salariale

85. L'égalité entre les sexes nécessite avant tout de réaliser l'égalité salariale. Bien que le principe de l'égalité salariale entre femmes et hommes soit inscrit dans la Constitution fédérale depuis 1981, et concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité (LEg) depuis le 1^{er} juillet 1996²⁰¹, il n'est toujours pas une réalité. L'art. 8 al. 3 Cst. prévoit pourtant que l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Selon les chiffres publiés par l'Office fédéral de la statistique (OFS), en 2018, le salaire des femmes était en moyenne inférieur de 19 % à celui des hommes, ce qui représente une différence de CHF 1'545.- par mois (correspondant à un salaire mensuel moyen masculin de CHF 7'899.-, et féminin de 6'354.-)²⁰². Si environ 56 % de cette différence s'expliquent par des facteurs objectifs tels que la position professionnelle, l'ancienneté ou le niveau de formation²⁰³, 44 % de cet écart de salaire sont en revanche inexpliqués, et sont susceptibles de relever de causes discriminatoires. En particulier, selon une étude publiée en 2013, dans le cadre du programme national de recherche PNR 60, au moment d'entrer dans la vie active déjà, à qualifications égales et pour le même travail, les femmes reçoivent des salaires moins élevés que les hommes²⁰⁴. Selon le BFEG, la raison pour laquelle les inégalités de salaire et les discriminations salariales dans la vie professionnelle ne se combinent que lentement réside dans des « stéréotypes de genre profondément ancrés »²⁰⁵.
86. L'égalité salariale rend plus attrayants le retour et le maintien sur le marché du travail et offre « une réelle liberté de choix entre différents modèles de famille et d'activité professionnelle » puisqu'elle permet aux couples de se répartir librement les activités professionnelles rémunérées et les tâches ménagères, d'éducation et d'assistance, sans subir de

201 Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg), RS 151.1.

202 Ces informations sont disponibles sur le site de l'OFS, à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/travail-remuneration/salaires-revenus-cout-travail/niveau-salaires-suisse/ecart-salarial.html>.

203 Selon le BFEG, l'écart de salaire expliqué est dû à des effets dits de dotation ou à des différences structurelles entre les parcours professionnels des femmes et des hommes. Ainsi, le salaire des femmes est inférieur à celui des hommes, entre autres, parce qu'elles sont plus faiblement représentées dans des postes aux exigences élevées et dans des postes de cadre, parce que leur niveau de formation reste encore un peu inférieur en moyenne, et parce qu'elles sont plus nombreuses que les hommes dans des branches à bas salaires.

204 MARTI Michael/BERTSCHY Kathrin, BELODIS – Berufseinstieg und Lohndiskriminierung – neue Erklärungsansätze zu einer Schlüsselphase für geschlechtsspezifische Ungleichheiten, Programme national de recherche PNR 60, EcoPlan, Berne 2013.

205 Cf. le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), à l'adresse : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/egalite-salariale/bases/chiffres-et-faits.html>.

pertes financières²⁰⁶. Une meilleure répartition des tâches familiales, tout comme l'adoption de mesures de conciliation des vies familiale et professionnelle (*infra*, b), ont pour leur part une incidence favorable sur l'égalité salariale, dès lors qu'elles permettraient aux femmes de ne pas devoir diminuer le taux de leur activité lucrative ou d'y renoncer au moment où elles deviennent mères. Les femmes ne perdraient ainsi pas, en particulier, les avantages liés l'ancienneté (augmentations de salaire, possibilités de formation professionnelle et d'avancement de carrière, notamment).

87. Une modification de la LEg, qui prévoit, pour les employeur-euse-s du secteur tant privé que public qui occupent un effectif d'au moins 100 travailleur-euse-s, une obligation d'effectuer une analyse de l'égalité des salaires, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020 (cf. art. 13a-i LEg)²⁰⁷. La nouvelle réglementation prévoit que si l'analyse de l'égalité des salaires démontre que l'égalité salariale est respectée, l'employeur-euse est libéré-e de l'obligation de réitérer l'analyse. Dans le cas contraire, l'analyse doit être reconduite tous les quatre ans. Aucune sanction n'est cependant prévue en cas de non-respect de l'égalité salariale et cette nouvelle réglementation est par ailleurs limitée dans le temps puisqu'elle cessera automatiquement de s'appliquer le 1^{er} juillet 2032.

b) La nécessité de mesures de conciliation des vies professionnelle et familiale

88. L'égalité entre les sexes dans le deuxième pilier présuppose de **repenser la répartition du travail rémunéré et non rémunéré**²⁰⁸. Hommes et femmes doivent pouvoir trouver le juste équilibre entre vie professionnelle et vie familiale, sans être contraints d'opter pour un partage traditionnel des tâches dicté par des considérations économiques. Cela nécessite, d'une part, d'adopter les mesures permettant à une femme de

206 Ces informations sont disponibles sur le site du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), à l'adresse : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/egalite-salariale/bases/chiffres-et-faits.html>.

207 Modification de la LEg du 14 décembre 2018, RO 2019 2815. Cf. aussi Ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires du 21 août 2019, RS 151.14 (RO 2019 2819) ; Message sur la modification de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 5 juillet 2017, FF 2017 5169.

208 De cet avis, p. ex. : BLATTMANN, pp. 141-142 : « Si l'on aspire à l'égalité entre femmes et hommes sur le marché du travail, il convient de redistribuer aussi le travail dans la sphère privée et familiale. L'idéal de la famille bourgeoise, modèle qui prédomine en Suisse, a cimenté pendant plus de cent ans la répartition du travail en fonction des sexes et, avec elle, les différences de salaires et de perspectives professionnelles entre les femmes et les hommes qui caractérisent le marché du travail ».

ne pas devoir interrompre l'exercice de son activité lucrative ou en diminuer le taux une fois qu'elle devient mère et, d'autre part, de reconnaître le rôle de père, en offrant aux hommes la possibilité d'organiser différemment leur vie professionnelle pour être à même de s'investir pleinement dans leur vie de famille. A cet égard, l'introduction du congé et des allocations de paternité (art. 16i-m LAPG et art. 329g CO), le 1^{er} janvier 2021, est un pas dans la bonne direction.

89. Contrairement à l'idée encore trop souvent présente dans les mentalités, **le parcours professionnel de l'homme peut être différent d'un emploi ininterrompu exercé à plein temps, et celui d'une femme ne se résume pas à l'exercice d'une activité à temps partiel ponctué de phases d'interruption destinées à lui permettre de s'occuper des enfants et de la famille.** Le modèle familial traditionnel, selon lequel il appartenait à l'homme, en sa qualité de chef de l'union conjugale, de subvenir aux besoins de sa famille, tandis que l'épouse était tenue de diriger le ménage, et sur la base duquel la plupart des régimes d'assurances sociales ont été érigés, est dépassé. Le mariage ne constitue plus une unité garantissant la sécurité économique de la femme, et on assiste à une individualisation et à une pluralisation des formes et styles de vie (participation croissante des femmes au monde du travail, augmentation du nombre d'unions libres et du taux de divorce, apparition de formes particulières d'emploi, à l'instar du travail à temps partiel, notamment). Au vu de ces changements sociaux, une adaptation du droit de la prévoyance professionnelle – et, plus largement, du droit des assurances sociales – est nécessaire afin que la protection sociale soit en adéquation avec les besoins de la population²⁰⁹.
90. Pour que l'égalité entre les sexes puisse devenir une réalité, il est nécessaire de **soutenir le modèle familial où les deux parents travaillent.** Ce modèle, qui est largement répandu, comme en atteste la proportion toujours plus élevée de femmes et de mères exerçant une activité lucrative (*supra*, 3.), implique notamment d'adopter une politique fiscale qui ne soit pas défavorable aux couples à deux revenus²¹⁰. A cet égard, le

209 De cet avis, notamment : AESCHBACHER/LAUTERBURG/LISCHETTI-GREBER, p. 431 ; GEISER Thomas, *Famille und Geld*, *Fam.Pra.ch*, n° 4-2014, pp. 884-909, pp. 885 et 895.

210 Selon une étude réalisée par *egalite.ch*, en 2009, du point de vue financier, les mères n'ont pas forcément intérêt à travailler à plus de 60 %. Le second revenu est en effet peu rentable en raison des impôts et des frais de crèche, et ce sont les quatrième et cinquième jours de travail de la semaine du ou de la deuxième partenaire d'un couple qui sont les moins rémunérateurs. Cette réalité concerne avant tout les couples mariés qui perçoivent des revenus moyens à élevés. Le fait d'être marié est en effet défavorable au vu de l'unité fiscale de la famille et de la progressivité du taux de l'impôt. Les concubins bénéficient à l'inverse d'une imposition individuelle, qui est plus favorable.

8 mars 2021, une initiative populaire « *Pour une imposition individuelle indépendante de l'état civil (initiative pour des impôts équitables)* » a été déposée afin de garantir une équité entre les différentes communautés de vie et de promouvoir la participation des femmes au monde de l'emploi et l'égalité entre les hommes et les femmes, en supprimant la pénalisation du second revenu résultant de l'imposition conjointe des époux et partenaires enregistrés²¹¹. La **promotion des mesures qui permettent un partage des responsabilités parentales** est également nécessaire. Il s'agit en particulier de développer l'éventail des mesures permettant de concilier vies professionnelle et familiale, en axant davantage celles-ci sur la parentalité que sur la maternité²¹². Actuellement, la protection des travailleur-euse-s ayant des responsabilités familiales se résume en effet essentiellement à la protection de la maternité, et la conciliation des vies familiale et professionnelle ne va pas encore de soi. Les parents, femmes et hommes, rencontrent toujours des difficultés dans le monde du travail. Alors que les mères sont confrontées au risque de se voir licencier à leur retour de congé de maternité²¹³, les hommes n'ont obtenu le droit à un véritable congé de paternité (d'une durée de deux semaines), que le 1^{er} janvier 2021. Il est pourtant nécessaire de permettre aux parents de se constituer un avoir de vieillesse suffisant, en participant au marché du travail en parallèle à l'accomplissement de leurs tâches éducatives. L'**introduction d'un congé parental** et/ou d'un droit des pères et mères d'obtenir une réduction de leur taux d'occupation durant les premières années de vie de leurs enfants²¹⁴, s'inscrivent à cet égard au sein des mesures à soutenir. Bien que l'Union européenne enjoigne aux Etats

Cf. EGALITÉ.CH, Quand le travail coûte plus qu'il ne rapporte – Etude sur l'impact de la fiscalité et des frais de crèche sur l'activité professionnelle des femmes en Suisse romande, Conférence romande de l'égalité, 2009. A noter que depuis le 1^{er} janvier 2011, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les allègements fiscaux en faveur des familles avec enfants du 25 septembre 2009 (RO 2010 455), les parents bénéficient d'une déduction pour frais de garde des enfants de moins de 14 ans par des tiers (art. 33 al. 3 LIFD, art. 9 al. 2 lit. m LHID). Au sujet des déductions fiscales pour frais de garde des enfants, cf. Message sur la loi fédérale sur le dégrèvement des familles avec enfants du 20 mai 2009, FF 2009 4237.

211 FF 2021 459.

212 Sur ces aspects, cf. PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, pp. 657-682.

213 Cf., p. ex., Interpellation « *Devenir mère et se faire virer ?* » (I. 16.3079 ; Rebecca Ana Ruiz), déposée le 14 mars 2016 et liquidée le 17 juin 2016.

214 A cet égard, dans l'administration fédérale, les parents ont le droit depuis le 1^{er} juillet 2013, de requérir une réduction de 20 % de leur taux de travail après la naissance ou l'adoption d'un ou de plusieurs enfants (cf. art. 60a de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001 [OPers, RS 172.220.111.3]). Différentes initiatives parlementaires, qui requièrent l'inscription d'un tel droit dans le Code des obligations, ont été récemment déposées. Cf. Initiative parlementaire « *Mieux concilier vies professionnelle et familiale. Droit à une réduction, pour les pères et les mères, du taux d'occupation après la naissance ou l'adoption* » (lv. pa 19.461 ; Nadine Masshardt), déposée le 20 juin 2019 ; Initiative parlementaire « *Mieux concilier travail et famille. Droit à*

membres d'octroyer un droit individuel à un congé parental aux travailleurs, hommes ou femmes, en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, d'une durée de quatre mois (D. 2010/18/UE²¹⁵, puis D. 2019/1158/UE²¹⁶)²¹⁷, le congé parental n'existe pas en Suisse, et le Conseil fédéral considère qu'il ne s'agit pas de « *la première priorité en matière de conciliation de la vie familiale et de la vie* »²¹⁸. L'introduction d'un congé parental représente pourtant un élément important pour parvenir à un partage plus équitable du travail d'éducation entre les parents²¹⁹. La mise à disposition d'une **offre de places d'accueil extrafamilial** en suffisance et à des prix abordables est également une mesure importante à soutenir, dès lors qu'il s'agit d'une circonstance qui influence la participation des femmes au marché du travail, ainsi que leur taux d'activité²²⁰. Si le travail à temps partiel est généralement librement choisi, il se peut également qu'il soit dicté par l'absence de solutions de garde. L'évaluation des données de l'Enquête suisse sur la population active

une réduction du taux d'occupation suite à une naissance » (lv. pa 15.470 ; Nadine Masshardt), déposée le 18 juin 2015.

- 215 La Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la Directive 96/34/CE (D. 2010/18/UE, JO L 68 du 18 mars 2010, pp. 13-20) enjoint aux Etats membres d'octroyer un congé parental de quatre mois aux travailleur-euse-s en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant, dont un mois au moins non transférable entre les parents.
- 216 La Directive (UE) 2019/1158 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants (D. 2019/1158/UE, JO L 188 du 12 juillet 2019, pp. 79-93), qui abrogera la D. 2010/18/UE au 2 août 2022 (cf. art. 19 § 1 D. 2019/1158/UE), prévoit que deux des quatre mois du congé parental ne sont désormais pas transférables d'un parent à l'autre et qu'ils doivent être rémunérés (art. 5 et 8 §§ 1 et 3 D. 2019/1158/UE).
- 217 Pour un aperçu des pratiques en vigueur dans certains Etats membres de l'Union européenne, cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental, Etat des lieux et présentation de divers modèles* », en réponse au postulat Fetz (11.3492) du 6 juin 2011, du 30 octobre 2013, pp. 102-107.
- 218 Le Conseil fédéral justifie son point de vue en expliquant que « *contrairement aux offres d'accueil de jour extra-familial et parascolaire, les dispositifs de congé ne concernent qu'une période limitée dans le temps et proche de la naissance de l'enfant* ». Cf. Rapport du Conseil fédéral « *Congé de paternité et congé parental* » (note 211), pp. I-II. Dans le même sens, cf. aussi FF 2019 3743 (3745-3747).
- 219 Au sujet de l'importance de permettre aux pères de s'investir dans leur rôle de père afin de garantir une libre répartition du travail d'éducation entre les parents, et des pratiques au sein de l'Union européenne, cf., p. ex., Moss Peter, Les pères dans les politiques de congés parentaux. Retour sur les données européennes de l'International Network on Leave Policies and Research, Revue des politiques sociales et familiales, n° 122, 1^{er} et 2^e trimestres 2016, pp. 103-110 ; Moss Peter, Politiques de congés pour les enfants en Europe : la place des pères, Informations sociales, n° 2-2013 (n° 176), pp. 114-122.
- 220 Sur ce point, cf. spécifiquement GANI, Concilier vie de famille et vie professionnelle, pp. 44-46 ; STEFFEN Isabelle, Travail des femmes et politique familiale, La Vie économique, n° 5-2007, pp. 52-54 ; STERN Susanne et al., Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit : Was sich Eltern wünschen, INFRAS, Zurich 2018.

(ESPA) de 2005 révèle en effet que près de 30 % des mères d'enfants de moins de 15 ans ont été contraintes de limiter leur activité professionnelle à cause de l'absence de possibilités d'accueil pour enfants ; cette circonstance a en revanche moins d'incidence sur les pères, puisque ce n'est que dans 7.1 % que leur activité professionnelle a pâti du manque de possibilités d'accueil²²¹. En Suisse, la garde des enfants est encore trop souvent considérée comme une « affaire privée », qui relève de la « responsabilité des mères », et l'offre de places d'accueil extrafamilial est insuffisante pour répondre à la demande²²². Les dépenses publiques pour les crèches atteignent seulement 0.1 % du PIB, ce qui est inférieur à la part consacrée notamment à l'armée (0.8 % du PIB), ainsi qu'aux dépenses faites par les autres Etats dans le domaine de l'accueil extra-familial (la France y consacre 0.44 % de son PIB, et la Suède, 0.88 %, par exemple)²²³. Les places de crèche sont par ailleurs deux fois plus chères pour les parents en Suisse qu'en Autriche, en Allemagne ou en France²²⁴. L'accueil extra-familial est essentiellement de la compétence des cantons et des communes. Au niveau fédéral, seul un programme d'impulsion encourageant la création de places d'accueil supplémentaires pour les enfants, afin de permettre aux parents de mieux concilier famille et travail ou formation, existe depuis 1^{er} février 2003, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants du 4 octobre 2002²²⁵. Le faible intérêt des pouvoirs publics pour les solutions de garde des enfants est regrettable à plusieurs

221 Cf. SECRÉTARIAT D'ETAT À L'ÉCONOMIE (SECO), Familienergänzende Kinderbetreuung und Erwerbsverhalten von Haushalten mit Kindern, Wissenschaftlicher Schlussbericht, Vereinbarkeit von Beruf und Familie Nr. 3, Istituto di Microeconomia e Economia Pubblica (MecoP), Università della Svizzera italiana, INFRAS, Forschung und Beratung, Zurich, 2007.

222 GANI, Concilier vie de famille et vie professionnelle, p. 52.

223 Sur ces aspects, cf. GANI, Concilier vie de famille et vie professionnelle, p. 54.

224 Sur ce point, cf. Postulat « Baisser les tarifs des crèches et dynamiser le secteur » (Po. 13.3259 ; Christine Bulliard-Marbach), déposé le 22 mars 2013 et classé le 7 juin 2016. Cf. aussi STERN Susanne/SCHULTHEISS Andrea/FLIEDNER Juliane/ITEN Rolf/FELFE Christina, Analyse des coûts complets et du financement des places de crèche en Allemagne, en France et en Autriche, en comparaison avec la Suisse – Rapport final du 18 mai 2015, rédigé à la demande de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Institut suisse de recherche économique empirique de l'Université de Saint-Gall (SEW)/INFRAS, Aspects de la Sécurité sociale, Rapport de recherche n° 3/15.

225 Loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants du 4 octobre 2002 (LAAcc), RS 861. Cette loi prévoit un programme d'impulsion d'une durée limitée encourageant la création de places d'accueil supplémentaires pour les enfants. Initialement arrêtée à huit ans (cf. art. 10 al. 2 LAAcc), la durée de validité de cette loi a par la suite été prolongée à trois reprises, au 31 janvier 2015, 31 janvier 2019, puis 30 juin 2023 (cf. art. 10 al. 4-6 LAAcc). Au sujet des compétences de la Confédération en matière de réglementation de l'accueil extra-familial des enfants, cf. spécifiquement MAHON Pascal/HURUY Bathsheba, Les compétences de la Confédération en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire – Avis de droit établi à la demande de la Jacobs Foundation, Neuchâtel, 18 janvier 2021.

égards : outre le fait qu'il limite la participation des femmes au marché du travail, il génère également un manque à gagner considérable pour la collectivité et les pouvoirs publics. Selon une étude réalisée en 2002, sur mandat de la Conférence latine des déléguées à l'égalité, les investissements dans les structures d'accueil de la petite enfance engendrent des bénéfices, et c'est au contraire la pénurie de celles-ci qui coûte à la collectivité ; en effet, CHF 1.- investi dans la création de places de crèche rapporte en moyenne CHF 3.- à la collectivité et CHF 1.- aux pouvoirs publics au titre de recettes fiscales²²⁶.

c) La nécessité de valoriser les formes d'emploi à temps partiel

91. De nos jours, la principale forme de flexibilité du temps de travail réside dans le **travail à temps partiel**, un type d'emploi très majoritairement exercé par les femmes, qui est souvent synonyme de travail moins qualifié et moins bien rémunéré, qui offre moins d'opportunités en termes de formation et de carrière, et qui s'accompagne, par ailleurs, d'une moins bonne couverture sociale (*supra*, 2., b, et 3., aa). Il est nécessaire d'agir afin de **valoriser les différentes formes d'emploi à taux d'occupation réduit**²²⁷, en plaçant les travailleur-euse-s à temps partiel sur un pied d'égalité avec les travailleur-euse-s à temps plein, en particulier s'agissant des possibilités d'accéder au deuxième pilier. Il est également primordial de faciliter l'accès des personnes employées à temps partiel aux postes avec fonctions dirigeantes. A cet égard, la **promotion des formes particulières de travail**, en particulier de celles qui permettent une flexibilisation et une individualisation des horaires de travail, à l'instar du télétravail ou du partage d'emploi (jobsharing, topsharing, jobpairing et jobsplitting)²²⁸, est à encourager.

226 MACKENZIE OTH Lynn, La crèche est rentable, c'est son absence qui coûte – Une analyse réalisée en Suisse romande qui confirme les résultats d'une étude zurichoise en ce qui concerne le rendement élevé des structures d'accueil pour la collectivité, Conférence latine des déléguées à l'égalité, Genève 2002.

227 Le travail à temps partiel est en effet susceptible de revêtir de nombreuses formes : travail à temps partiel quotidien (travail chaque jour, selon un horaire quotidien individuel fixe ou flexible de trois, quatre, cinq, six ou sept heures), travail à mi-temps (travail à 50 %, réparti de manière fixe ou flexible sur des matins et/ou des après-midi), horaire de travail calculé sur une base hebdomadaire (travail à 50 % sur un nombre réduit de jours ou demi-jours par semaine, p. ex.) ou annuelle (travail à 50 % toute l'année, deux jours et demi par semaine, à raison de jours fixes ou non ; travail à 50 % en alternant les semaines à deux jours et trois jours pleins de travail, à raison de jours fixes ou non ; travail à un taux de 60 % pendant six mois et à 40 % pendant les six autres mois ; etc.). Sur ces aspects, cf. PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, p. 681 et note 176.

228 Sur ces aspects, cf. PERRENOUD, Durées du travail et discrimination, p. 681 et les références. Cette thématique a d'ailleurs fait l'objet de différentes interventions parlementaires ces dernières années. Cf., p. ex., Postulat « Travail à temps partiel. Soutenir un modèle d'avenir » (Po. 17.3936 ; Manuel Tornare), déposé le 29 juillet 2017 ; Postulat

92. **Une suppression (ou à tout le moins, un abaissement) du seuil d'accès et de la déduction de coordination** sont des mesures à préconiser pour améliorer la situation des travailleur-euse-s à temps partiel, dès lors qu'elles permettent une extension du champ d'application personnel de la LPP en faveur des personnes qui perçoivent de petits revenus et/ou qui exercent plusieurs emplois. De telles mesures ont été proposées à plusieurs reprises²²⁹, et elles existent dans la prévoyance plus étendue (*supra*, 2., b.).
93. Initialement fixé à CHF 14'880.-²³⁰, le montant du salaire minimal et de la déduction de coordination a été augmenté à plusieurs reprises par le Conseil fédéral afin de l'adapter aux augmentations de la rente simple minimale de vieillesse de l'AVS (art. 9 LPP, art. 5 OPP 2)²³¹. Ainsi, au 1^{er} janvier 2003, le seuil d'accès et la déduction de coordination atteignaient CHF 25'320.-²³². Lors de la 1^{ère} révision de la LPP, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005²³³, le montant du seuil d'accès et celui de la déduction de coordination ont été différenciés, et réduits à CHF 19'350.- (salaire minimal), respectivement CHF 22'575.- (déduction de coordination), à l'initiative du Conseil national, dans le but d'élargir le champ d'application

« Encouragement de l'emploi partagé » (Po. 17.3307 ; Géraldine Marchand-Balet), déposé le 4 mai 2017 ; Interpellation « Promouvoir les possibilités de travail à temps partiel pour les hommes » (I. 13.3723 ; Ursula Schneider Schüttel) du 18 septembre 2013 ; Interpellation « Encouragement du travail à temps partiel » (I. 11.3300 ; Barbara Schmid-Federer) du 18 mars 2011 ; Interpellation « Mise en oeuvre du temps partiel et des emplois partagés » (I. 09.4256 ; Katharina Prelicz-Huber) du 11 décembre 2009 ; Motion « Topsharing. Encouragement du partage des responsabilités de direction » (Mo. 09.3315 ; Brigit Wyss), déposée le 20 mars 2009 ; Motion « Création de postes à temps partiel et de postes partagés » (Mo. 09.3066 ; Katharina Prelicz-Huber) déposée le 9 mars 2009 ; Postulat « Choisir son temps de travail » (Po. 06.3531 ; Jean-Claude Rennwald), déposé le 5 octobre 2006 ; Postulat « Travail à temps partiel pour les hauts cadres de l'administration fédérale » (Po. 04.3674 ; Maria Roth-Bernasconi), déposé le 14 décembre 2004.

229 Une initiative parlementaire « Travail à temps partiel. Déduction de coordination » (Iv. pa. 97.414 ; Rosmarie Zapfl), avait déjà été déposée le 21 mars 1997, afin de demander une diminution du montant de la déduction de coordination en fonction du taux d'occupation. Elle a été classée le 14 avril 2002.

230 RO 1983 797.

231 Conformément à l'art. 33^{ter} al. 1 LAVS, le Conseil fédéral est compétent pour adapter les rentes ordinaires, en règle générale tous les deux ans pour le début d'une année civile, à l'évolution des salaires et des prix, en fixant à nouveau l'indice des rentes sur proposition de la Commission fédérale de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (cf. aussi art. 51^{ter} RAVS).

232 Cf. Ordonnance 03 sur l'adaptation des montants-limites de la prévoyance professionnelle, modification du 30 octobre 2002, RO 2002 3906.

233 Cf. Modification de l'OPP 2 du 27 octobre 2004, RO 2004 4643.

personnel du deuxième pilier²³⁴. Par la suite, le montant du seuil d'accès et celui de la déduction de coordination ont à nouveau été augmentés afin de suivre l'évolution des rentes dans l'AVS. Depuis le 1^{er} janvier 2021, le montant du salaire minimal s'élève, à CHF 21'510.-, respectivement, celui de la déduction de coordination, à CHF 25'095.-²³⁵. Dans le cadre de la réforme « *Prévoyance 2020* », bien que le Conseil fédéral eût proposé d'abaisser le seuil d'accès à CHF 14'040.-, afin de permettre à quelques 220'000 personnes supplémentaires d'entrer dans le champ d'application personnel du deuxième pilier²³⁶, le Parlement avait renoncé à cette mesure²³⁷, avec pour conséquence qu'aucune modification du seuil d'accès ne figurait plus dans la loi soumise au vote du peuple et des cantons le 24 septembre 2017²³⁸. S'agissant de la déduction de coordination, si le Conseil fédéral avait proposé de la supprimer²³⁹, le Parlement s'était prononcé en faveur seulement d'un abaissement de celle-ci, à 40 % du salaire annuel réalisé par l'assuré-e, mais au moins au montant de la rente de vieillesse minimale de l'AVS et au plus à 75 % de la rente de vieillesse maximale de l'AVS²⁴⁰ (cf. art. 8 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 17 mars 2017²⁴¹)²⁴². Dans le cadre de la réforme « AVS 21 » et « LPP 21 », une diminution de moitié de la déduction de coordination est à nouveau proposée (diminution à CHF 12'443.-), afin d'améliorer la couverture des personnes à temps partiel (*supra*, II., 1., c.).

d) La nécessité de prendre en compte le travail non rémunéré

-
- 234 Au sujet des délibérations parlementaires relatives à la réduction du seuil d'accès et de la déduction de coordination, cf. BOCN 2002, pp. 505-518 ; BOCE 2002, pp. 1036-1040 et 1042 ; BOCN 2003, pp. 618-625 et 630 ; BOCE 2003, pp. 444-449.
- 235 Modification de l'OPP 2 du 14 octobre 2020, RO 2020 4621.
- 236 Au sujet de la modification proposée par le Conseil fédéral, cf. FF 2015 1 (5, 14, 36 et 99-101).
- 237 Pour les délibérations parlementaires relatives au seuil d'accès, cf. BOCE 2015, pp. 817-819 ; BOCN 2016, pp. 1706-1708.
- 238 Loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 du 17 mars 2017, FF 2017 2217. Cette loi a été rejetée lors de la votation populaire du 24 septembre 2017 (cf. Arrêté du Conseil fédéral du 30 novembre 2017 constatant le résultat de la votation populaire du 24 septembre 2017, FF 2017 7399).
- 239 Cf. FF 2015 1 (71-72).
- 240 Soit, CHF 21'330.- (entre le 1^{er} janvier 2019 et le 31 décembre 2020, le montant annuel de la rente complète maximale de vieillesse s'est élevé à CHF 28'440.- ; depuis le 1^{er} janvier 2021, il atteint CHF 28'680.- ; cf. art. 34 al. 3 et 5 LAVS).
- 241 FF 2017 2217. Cette loi a été rejetée lors de la votation populaire du 24 septembre 2017 (cf. Arrêté du Conseil fédéral du 30 novembre 2017 constatant le résultat de la votation populaire du 24 septembre 2017, FF 2017 7399).
- 242 Au sujet des délibérations parlementaires relatives au montant de la déduction de coordination, cf. BOCE 2015, pp. 794 et 817-819 ; BOCN 2016, pp. 1660 et 1704-1708 ; BOCE 2016, pp. 1117-1119 et 1134 ; BOCN 2017, pp. 48-62.

94. Etant donné que l'écart de rentes entre les sexes s'explique en grande partie par la discontinuité du parcours professionnel des femmes (*supra*, 3., a), une solution à explorer pourrait également consister dans la **possibilité d'une continuation de l'assurance avec maintien du salaire coordonné durant les périodes d'interruption de l'activité lucrative ou de réduction du taux d'activité pour des raisons éducatives**, sur le modèle de ce qui prévaut actuellement en cas notamment de maladie ou de maternité conformément à l'art. 8 al. 3 LPP (*supra*, II., 2., a).
95. Une assimilation du travail non rémunéré (travail ménager, d'éducation et d'assistance) à une activité lucrative permettrait de fonder un assujettissement obligatoire à la prévoyance professionnelle, l'assurance-accidents, et l'assurance-chômage²⁴³. A cet égard, jusqu'au 18 juin 1999, la femme qui vivait maritalement avec un homme, sans être mariée à celui-ci, et qui, en échange de la tenue du ménage commun, recevait de son compagnon des prestations en nature (sous forme de nourriture et de logement), et éventuellement de l'argent de poche, était considérée, en ce qui concerne cette activité et quant à son statut de cotisante, comme une personne exerçant une activité dépendante (art. 5 al. 2 LAVS)²⁴⁴. Le travail ménager accompli en dehors des liens du mariage ouvrait ainsi les portes du deuxième pilier à la concubine lorsque les prestations en nature, de même que l'argent de poche éventuel, atteignaient le montant du salaire minimum au sens de l'art. 7 al. 1 LPP. La reconnaissance du statut de personne exerçant une activité lucrative aux concubines s'occupant de la tenue du ménage était motivée par le fait qu'il n'existe pas, contrairement à ce qui est le cas dans l'institution du mariage, d'obligations mutuelles légales d'entretien²⁴⁵. Le concubin « *homme au foyer* », en revanche, était considéré comme une personne sans activité lucrative, avec pour conséquence une inégalité de traitement entre les sexes. Rare était en effet la jurisprudence qui considérait le concubin au foyer comme une personne exerçant une activité lucrative²⁴⁶.

243 Cette idée est notamment proposée par BAUMANN/LAUTERBURG, *Knappes Geld – ungleich verteilt*, n° 20, p. 7.

244 ATF 110 V 1. Le revirement de jurisprudence, selon lequel la concubine qui s'occupe du ménage commun est désormais considérée comme une personne sans activité lucrative (art. 10 LAVS), a été opéré dans l'ATF 125 V 205. Ce principe a depuis lors été confirmé à réitérées reprises (*cf.*, p. ex., ATF 137 V 133, c. 6.2.2).

245 ATF 110 V 1, c. 3b ; TFA, arrêt H 128/87 du 28 octobre 1987, c. 2c.

246 Pour un exemple, *cf.* TFA, arrêt C 227/94 du 24 octobre 1996, c. 5 (si dans cet arrêt, le TFA a admis que l'activité déployée par le concubin au foyer devait être assimilée à l'exercice d'une activité lucrative, au même titre que celle de la concubine au foyer, il a toutefois nié que le concubin au foyer pût en l'espèce se voir reconnaître le statut de personne exerçant une activité lucrative ; dans la mesure où les concubins avaient

96. Une motion requérant l'introduction d'une compensation par l'institution supplétive, de tout ou partie des cotisations à la prévoyance professionnelle obligatoire non versées du fait de la réduction du temps de travail ou de l'arrêt de travail après la naissance d'un enfant et jusqu'au début de sa scolarisation, tant pour la mère que pour le père, a été déposée au Parlement en juin 2019²⁴⁷. Cette motion demande également le versement d'un montant minimal pour les mères qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant leur grossesse. Le Conseil fédéral a proposé le rejet de cette motion, considérant que l'octroi, aux mères sans activité lucrative, d'un montant correspondant à des cotisations à la prévoyance professionnelle obligatoire, est une proposition qui, outre le fait qu'elle contrevient à l'égalité entre les sexes puisqu'elle est fondée sur le stéréotype selon lequel il appartient à la femme de mettre un terme à son activité professionnelle au moment de la venue au monde d'un enfant, introduit un « mécanisme [...] étranger » au système actuel du deuxième pilier, dont la finalité réside dans la compensation d'une perte de revenu professionnel²⁴⁸.
97. S'agissant du **travail d'assistance**, le Conseil fédéral a renoncé à donner suite au postulat « *Pour une couverture LPP adéquate des proches aidants* », déposé le 30 septembre 2016 et accepté par le Conseil national le 16 décembre 2016, qui requerrait l'examen de solutions permettant aux proches aidants contraints de réduire leur taux d'occupation de maintenir leur couverture LPP et, garantissant, notamment, la prise en charge de la part patronale des cotisations par un organisme financé par l'Etat²⁴⁹. En bref, il a considéré, d'une part, que le maintien de la prévoyance professionnelle ne bénéficierait qu'aux proches aidants disposant des ressources financières nécessaires leur permettant d'assumer la part salariale des cotisations, et, d'autre part, qu'une solution visant à garantir la prise en charge de la part patronale ne permettrait pas d'améliorer clairement la situation de prévoyance des proches aidants,

des enfants communs, les activités domestiques équivalaient en effet à l'accomplissement de l'obligation d'entretien envers les enfants, avec pour conséquence que le concubin avait un statut de personne sans activité lucrative).

247 Motion « *Pour une protection des cotisations au deuxième pilier après la naissance d'un enfant* » (Mo. 19.3803 ; Brigitte Crottaz), déposée le 20 juin 2019 et liquidée le 18 juin 2021.

248 Avis du Conseil fédéral du 14 août 2019 relatif à la motion « *Pour une protection des cotisations au deuxième pilier après la naissance d'un enfant* » (Mo. 19.3803 ; Brigitte Crottaz).

249 Postulat « *Pour une couverture LPP adéquate des proches aidants* » du 30 septembre 2016 (Po. 16.3868 ; Müller-Altmett). Au sujet de ce postulat, cf. FF 2019 3941 (3960-3965).

dès lors que la principale difficulté financière des proches aidants réside non pas dans la diminution de la prévoyance professionnelle, mais dans la perte de revenu engendrée par l'assistance et les soins qu'ils prodiguent à leurs proches²⁵⁰. A cet égard, un congé payé de courte durée pour la prise en charge de proches (art. 329h CO ; cf. aussi art. 36 al. 3-4 LTr²⁵¹) a été introduit le 1^{er} janvier 2021 ; à ce congé, qui est limité au temps nécessaire à la prise en charge, mais ne doit pas dépasser trois jours par cas et dix jours par an au total est venu s'ajouter un congé et une allocation de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé le 1^{er} juillet 2021 (art. 329i CO, art. 16n-s LAPG)²⁵².

250 Cf. FF 2019 3941 (3965).

251 Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr), RS 822.11.

252 Ces deux nouveaux congés ont été introduits par la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 20 décembre 2019, RO 2020 4525. Cf. aussi Message concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 22 mai 2019, FF 2019 3941 ; Rapport explicatif du Département fédéral de l'intérieur concernant l'avant-projet de la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches du 27 juin 2018. Au sujet de ces nouveaux congés, cf., p. ex., PERRENOUD Stéphanie, La situation des parents et des proches aidants en droit suisse, Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, n° 3-2020, pp. 132-143.

IV. Identification des options d'action et évaluation juridique

1. Question

98. Sur la base du contexte historique et social décrit ci-dessus, cette section présente les options d'action envisageables. La question est de savoir par où commencer dans le système du deuxième pilier pour parvenir à une répartition plus équitable du point de vue de l'égalité des sexes. Il s'agira d'examiner dans quels cas le cadre juridique actuel permet une répartition plus équitable sous l'angle de l'égalité des sexes et dans quels cas des ajustements législatifs sont nécessaires.

2. **Les femmes assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) peuvent-elles déduire de la LEg un droit à la poursuite de leur activité professionnelle après 64 ans ?**

a) Situation initiale et remarques préliminaires

99. Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, l'art. 13 al. 1 LPP fixe l'âge ordinaire (légal) de la retraite à 65 ans pour les hommes et 62 ans pour les femmes. Cela étant, la lettre e des dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1^{ère} révision de la LPP), ainsi que les dispositions transitoires de la modification du 11 décembre 2009 ont autorisé le Conseil fédéral à procéder à des adaptations de l'âge de la retraite pour l'hypothèse où la 11^e révision de l'AVS n'entrerait pas en vigueur au plus tard en même temps que la modification correspondante de la LPP. Comme la 11^e révision de l'AVS a été rejetée et n'est donc jamais entrée en vigueur (*supra*, N 12), le Conseil fédéral a rempli son mandat en adoptant l'art. 62a OPP 2. Cette disposition prévoit que l'âge ordinaire de la retraite des femmes dans l'AVS vaut également comme âge ordinaire de la retraite des femmes dans la prévoyance professionnelle. L'âge ordinaire de la retraite selon la LPP est donc indirectement fondé sur l'âge de la retraite qui prévaut dans l'AVS en application de l'art. 21 al. 1 LAVS. Contrairement à la formulation de l'art. 13 al. 1 LPP, l'âge ordinaire (légal) de la retraite des femmes est donc de 64 ans (et non de 62 ans) dans la prévoyance professionnelle obligatoire.

100. En vertu de l'art. 13 al. 2 LPP, le règlement de l'institution de prévoyance peut prévoir, en dérogation à l'art. 13 al. 1 LPP, que le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin. Cette disposition permet à l'institution de prévoyance de prévoir,

moyennant l'adoption de dispositions réglementaires, une retraite anticipée ou ajournée. Cette faculté existe dans la prévoyance professionnelle obligatoire et plus étendue²⁵³. La fixation d'un âge de la retraite différent de l'âge légal, en application de l'art. 13 al. 2 LPP, requiert un lien avec la durée de la relation de travail avec l'employeur-euse concerné-e, en ce sens que la retraite doit intervenir au moment où la personne assurée cesse d'exercer son activité professionnelle. La cessation de l'activité auprès de l'employeur-euse en question alors que la personne assurée a déjà atteint l'âge légal de la retraite entraîne ainsi automatiquement l'exigibilité des prestations de retraite²⁵⁴.

101. Bien que la possibilité de flexibiliser l'âge de la retraite en application de l'art. 13 al. 2 LPP existe dans la prévoyance professionnelle tant obligatoire que plus étendue, elle nécessite cependant l'adoption d'une disposition réglementaire topique. Par conséquent, l'art. 13 al. 2 LPP ne confère pas, à lui seul, à la personne assurée, le droit de différer sa retraite au-delà de l'âge ordinaire de la retraite²⁵⁵. Si les institutions de prévoyance ne peuvent pas être obligées de fixer un âge de la retraite uniforme à 65 ans pour les femmes et les hommes dans leur règlement de prévoyance, il apparaît, selon la dernière enquête de Swisscanto (Étude sur les caisses de pension en 2020), que les caisses de pension prévoient de plus en plus souvent un âge de la retraite de 65 ans pour les femmes également. Avec 64 %, les institutions de prévoyance de droit public ont nettement plus recours à cette option que les caisses de pension de droit privé, qui ne sont que 34 % à en faire usage²⁵⁶.
102. La question de savoir si les avoirs de vieillesse accumulés après l'âge ordinaire de la retraite sont soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire ou plus étendue est étroitement liée au lien existant entre l'âge réglementaire de la retraite et la cessation des rapports de travail en vertu de l'art. 13 al. 2 LPP. Pour autant que l'on puisse en juger, cette question n'a pas encore été clarifiée par les tribunaux. Selon une partie de la doctrine, il n'est pas possible d'acquérir des droits à la retraite obligatoire au-delà de l'âge légal ordinaire de la retraite²⁵⁷. Les avoirs de vieillesse accumulés après l'âge ordinaire de la retraite constituent donc – nonobstant la disposition légale de l'art. 13 al. 2 LPP – des avoirs de la pré-

253 Cf. KOSS-BVG/FZG FLÜCKIGER, Art. 13 LPP N 22.

254 Cf. CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, A.4.1.2.

255 Cf. HÜRZELER, § 4 N 24.

256 Cf. SWISSCANTO PRÉVOYANCE SA, Etude sur les caisses de pension en Suisse en 2020, Zurich 2020, p. 93.

257 Cf. GÄCHTER/MICHEL-ALDER, p. 155 ; HÜRZELER, § 4 N 24.

voyance plus étendue et non de la prévoyance professionnelle obligatoire. Cette conclusion se fonde sur l'art. 15 al. 1 lit. a LPP. Selon cette disposition, l'avois de vieillesse obligatoire est calculé sur la base des bonifications de vieillesse, avec les intérêts, afférentes à la période durant laquelle l'assuré-e a appartenu à l'institution de prévoyance, cette période prenant toutefois fin à l'âge ordinaire de la retraite. Même si l'âge de la retraite des femmes peut être flexibilisé, la différence d'âge légal de la retraite entre les femmes et les hommes selon l'art. 13 al. 1 LPP a pour effet que les bonifications de vieillesse créditées aux femmes entre 64 et 65 ans – contrairement à celles créditées aux hommes – relèvent de la prévoyance plus étendue et non de la prévoyance obligatoire. Bien que l'art. 16 LPP prévoie un taux de calcul uniforme des bonifications de vieillesse jusqu'à 65 ans, ce taux ne s'applique que jusqu'à 64 ans pour les femmes, conformément à l'art. 62a al. 2 lit. b OPP 2. Cet aspect est significatif pour le calcul des prestations de vieillesse dans la mesure où les avois de vieillesse accumulés pour les femmes après l'âge de 64 ans ne doivent pas être pris en compte dans le calcul des prestations de vieillesse selon les dispositions minimales légales, à savoir au moyen du taux de conversion minimal légal, mais exclusivement selon les dispositions du règlement de prévoyance. Cette différence peut conduire à une inégalité de traitement entre les femmes et les hommes compte tenu de l'utilisation généralisée, en pratique, de la méthode comparative par les institutions de prévoyance enveloppantes, même si l'âge de la retraite a été adapté sur la base du règlement de prévoyance. Le seul remède serait d'uniformiser l'âge ordinaire légal de la retraite pour les femmes et les hommes.

b) La LEg garantit-elle un droit aux femmes assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) de continuer à travailler après 64 ans ?

103. Les conditions auxquelles un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes peut être prévu dans la prévoyance professionnelle sur la base du règlement de l'institution de prévoyance ont été exposées. La question à laquelle il convient à présent de répondre est celle de savoir si les femmes qui sont assurées auprès d'une institution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite uniforme (65 ans) ont le droit de continuer à travailler pour leur employeur-euse jusqu'à ce qu'elles atteignent l'âge de 65 ans.

ba) Clarification des relations juridiques concernées

104. Afin de répondre à la question ainsi posée, il est nécessaire d'examiner les relations juridiques qui existent entre les parties impliquées dans la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle. D'une part, il existe un rapport de travail entre l'employé-e et l'employeur-euse, qui est régi soit par le droit privé (cf. les dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail, art. 319 ss CO), soit par le droit public. D'autre part, il existe un rapport juridique entre le/la salarié-e et l'institution de prévoyance, qui relève du droit public (LPP) s'agissant de la prévoyance professionnelle obligatoire, respectivement du droit privé (contrat de prévoyance) dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue. Le maintien d'un rapport de prévoyance entre l'employée et l'institution de prévoyance au-delà de l'âge de 64 ans nécessite une continuation du rapport de travail, comme cela découle de l'art. 13 al. 2 LPP. Bien que la relation de prévoyance, d'une part, et la relation de travail, d'autre part, soient deux relations juridiques clairement distinctes l'une de l'autre, avec des parties différentes, la relation de prévoyance présuppose toujours une relation de travail. À l'inverse, toute relation de travail n'entraîne pas automatiquement une relation de prévoyance entre le/la salarié-e et une institution de prévoyance. Seules les dispositions de la LPP et du règlement de prévoyance sont déterminantes pour la question de savoir si un rapport de prévoyance doit être conclu²⁵⁸.

bb) Relations entre employé-e-s et institutions de prévoyance

105. Les dispositions de la LEg visent à assurer l'égalité entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle. Selon l'art. 2 LEg, les dispositions de la LEg s'appliquent aux rapports de travail régis par le Code des obligations et par le droit public fédéral, cantonal ou communal. Ainsi, la LEg s'applique au rapport de travail entre l'employé-e et l'employeur-euse, mais pas au rapport de prévoyance entre l'employé-e en tant qu'assuré-e et l'institution de prévoyance. En d'autres termes, le/la salarié-e ne peut pas déduire de la LEg des prétentions à l'encontre de l'institution de prévoyance. En particulier, une institution de prévoyance ne peut pas être obligée, en application des dispositions de la LEg, d'inclure dans son règlement une disposition selon laquelle le droit aux prestations de vieillesse prend naissance dès le jour où l'activité lucrative prend fin, comme le permet l'art. 13 al. 2 LPP, afin de fixer un âge réglementaire de la retraite identique (65 ans) pour les femmes et les hommes.

bc) Relations entre employé-e-s et employeur-euse-s

258 Pour les exceptions à l'assurance volontaire continuée, voir N 119 ci-dessous.

106. Afin d'assurer à ses employé-e-s la constitution d'un deuxième pilier, l'employeur-euse est tenu-e de s'affilier à une institution de prévoyance (obligation d'affiliation ; art. 11 al. 1 LPP). Le choix de l'institution de prévoyance doit se faire d'entente avec les salarié-e-s (art. 11 al. 2 LPP), ceux-ci ayant un véritable droit de participation. Ce droit de participation existe non seulement lors du choix initial de la caisse de pension, mais aussi en cas de changement de caisse²⁵⁹. Toutefois, il s'agit d'un droit collectif de participation et non d'un droit individuel. En raison du principe de la collectivité (art. 1c OPP 2), le/la travailleur-euse qui débute une relation de travail n'a pas la liberté de choisir s'il/si elle est assuré-e auprès de l'institution de prévoyance de l'employeur-euse et à quelles conditions. En raison de l'obligation d'assurance du travailleur, qui s'étend non seulement à la prévoyance obligatoire mais aussi à la prévoyance plus étendue, il incomberait à l'employeur-euse de garantir une solution de prévoyance conforme au principe de l'égalité entre les sexes dans le cadre des plans de prévoyance proposés par l'institution de prévoyance.
107. Dans ce contexte, on peut se demander, d'une part, si l'employeur-euse peut être obligé-e, sur la base des dispositions de la LEg, de choisir une solution de prévoyance avec un âge de la retraite identique pour les hommes et les femmes, et d'autre part, si le/la travailleur-euse a le droit d'être employé-e jusqu'à l'âge de 65 ans.

Le droit du/de la travailleur-euse d'exiger de son/sa employeur-euse qu'il/elle opte pour une solution de prévoyance prévoyant un âge de la retraite identique pour les hommes et les femmes ?

108. Si l'employeur-euse choisit l'institution de prévoyance d'entente avec son personnel (art. 11 al. 2 LPP ; *supra*, N 106). La conception des plans de prévoyance, en revanche, relève de la compétence des organes de l'institution de prévoyance (conseil de fondation, et, dans le cas des fondations collectives, les commissions de prévoyance des institutions de prévoyance respectives). Étant donné que la LEg ne fonde aucune prétention envers les institutions de prévoyance, celles-ci ne peuvent pas être obligées d'offrir des plans de prévoyance garantissant un âge de la retraite identique en application de la LEg. On peut se demander si une telle obligation ne pourrait pas être déduite du droit de la prévoyance ou de la Constitution fédérale. Lorsque le régime de prévoyance choisi par l'employeur-euse en accord avec son personnel n'offre pas un plan de prévoyance fixant un âge de retraite uniformément à 65 ans pour les

259 Cf. ATF 146 V 169.

femmes et les hommes, cela entraîne une inégalité de traitement entre les femmes et les hommes. Il est donc légitime de se demander si l'employeur-euse n'enfreint pas l'interdiction de discrimination prévue à l'art. 3 LEg. A notre avis, tel n'est pas le cas, car l'employeur-euse ne peut pas être obligé-e d'opter pour une solution de prévoyance allant au-delà des exigences minimales fixées dans la LPP.

Le droit du/de la travailleur-euse à l'emploi jusqu'à 65 ans ?

109. Lorsqu'une solution de prévoyance prévoit un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes, fixé à 65 ans, la question se pose de savoir s'il existe un droit à l'emploi jusqu'à 65 ans.
110. En Suisse, le droit privé travail est empreint du principe de la liberté contractuelle. En particulier, le principe de la liberté de résiliation s'applique. Si cette liberté est encadrée d'une protection contre le licenciement abusif, celle-ci ne comprend cependant pas un droit à la poursuite des rapports de travail²⁶⁰. En cas de licenciement abusif, la relation de travail prend fin et le/la travailleur-euse licencié-e ne peut prétendre qu'à une indemnité qui, par nature, ne constitue ni des dommages et intérêts, ni une réparation, ni un salaire²⁶¹. Outre les dispositions du Code des obligations relatives au licenciement abusif, la LEg prévoit qu'il est interdit de discriminer les travailleur-euse-s à raison du sexe, soit directement, soit indirectement (art. 3 LEg). Conformément à l'art. 3 al. 2 LEg, l'interdiction de la discrimination s'applique aussi bien aux *conditions de travail* qu'à la *résiliation des rapports de travail*. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas précisé si les conditions de la prévoyance professionnelle font également partie des conditions de travail au sens de l'art. 3 al. 2 LEg. Toutefois, il existe de solides arguments en faveur de l'inclusion de l'étendue et de la structure de la couverture de prévoyance dans les conditions de travail, compte tenu du lien étroit existant entre la prévoyance professionnelle et la relation de travail (cf. art. 331 ss CO).
111. Si l'on admet que la prévoyance professionnelle fait partie des conditions de travail, le licenciement discriminatoire de femmes avant l'âge réglementaire de la retraite de 65 ans entraînerait les conséquences juridiques prévues à l'art. 5 al. 2 LEg, c'est-à-dire que la travailleuse concernée aurait droit à une indemnité, qui doit être déterminée en tenant compte de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire

260 Cf. VISCHER, pp. 236 ss.

261 Cf. VISCHER, p. 246.

auquel celle-ci avait droit ou aurait vraisemblablement eu droit. Toutefois, selon l'art. 5 al. 4 LEg, l'indemnité ne peut excéder le montant correspondant à six mois de salaire. Il s'agit de six mois de salaire brut²⁶², avec pour conséquence que l'indemnité ne comprend pas les cotisations de l'employeur-euse à la prévoyance professionnelle. En revanche, la LEg n'accorde aucun droit à la poursuite de l'emploi. Par conséquent, la LEg ne fait ainsi pas obstacle au principe de la liberté de résiliation.

112. On peut se demander si la réparation d'un préjudice supplémentaire peut être réclamée à l'employeur-euse, en sus de l'indemnité due au titre de la résiliation discriminatoire des rapports de travail selon à l'art. 5 al. 2 et 4 LEg. Selon une partie de la doctrine, l'employeur-euse est responsable dans ce cas de l'ensemble du préjudice subi par la travailleuse licenciée et ne lui doit pas seulement une indemnité pour licenciement discriminatoire. Tel est en particulier l'avis exprimé par Elisabeth Freivogel, dans un article paru dans le Tagesanzeiger, le 11 octobre 2019. Selon elle, le préjudice réside dans le fait qu'en cas de retraite anticipée, les cotisations à la caisse de pension sont versées pendant une période plus courte, avec comme corollaire la constitution d'un capital de retraite moins important. Par conséquent, la rente sera également plus faible et l'employeur-euse doit, selon Elisabeth Freivogel, compenser cette perte.
113. L'avis exprimé dans l'article du Tagesanzeiger n'indique cependant pas quel serait le fondement de l'indemnisation du préjudice résultant de la constitution d'un capital de retraite moindre du fait du licenciement discriminatoire. L'art. 5 al. 5 LEg, qui réserve les droits en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, de même que les prétentions découlant de dispositions contractuelles plus favorables aux travailleur-euse-s, pourrait entrer en ligne de compte. A cet égard, il convient de relever que la discrimination au sens de la LEg représente également une atteinte aux droits de la personnalité selon les art. 28 ss CC et un acte illicite au sens des art. 41 ss CO²⁶³. La discrimination constitue également une violation du devoir de l'employeur-euse de protéger la personnalité des travailleur-euse-s selon l'art. 328 CO²⁶⁴. L'employée qui a été licenciée de manière discriminatoire avant d'avoir atteint l'âge réglementaire de la retraite de 65 ans pourrait donc également demander des dommages et intérêts supplémentaires (en sus de la réparation résultant d'une violation

262 Cf. PORTMANN/VON KAENEL, Fachhandbuch Arbeitsrecht, N 2.44.

263 Cf. Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale du 24 février 1993, FF 1993 I 1163 (1215).

264 Cf. PORTMANN/WILDHABER, n 485.

des droits de la personnalité) sur la base de l'art. 5 al. 5 LEg pour le préjudice subi du fait de la perte de capital de retraite consécutive au licenciement discriminatoire.

114. La détermination du dommage pourrait s'avérer délicate. L'article du Tagesanzeiger précise à ce propos que l'employeur-euse doit compenser la perte résultant de la baisse du montant de la rente. De notre point de vue, limiter le préjudice au montant de la diminution de la rente du fait de la mise à la retraite anticipée est une solution insuffisante. La perte devrait être déterminée dans chaque cas, individuellement en fonction des circonstances propres, en tenant compte de la perte de salaire jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite due à la résiliation discriminatoire. On peut toutefois se demander s'il s'agit là d'un préjudice indemnisable, d'autant plus que l'indemnisation de la perte de salaire équivaldrait à une demande de maintien de l'emploi. En ce qui concerne les rentes versées par l'institution de prévoyance, la réduction de leur montant du fait de la retraite anticipée pourrait être considérée comme un dommage. Se poserait alors la question de savoir si ce dommage pourrait être diminué en imputant (intégralement) les rentes de vieillesse allouées par la caisse de pension jusqu'à l'âge de 65 ans. La perception de ces prestations avant l'âge réglementaire de la retraite est en effet une conséquence directe et causale de la cessation prématurée de la relation de travail et donc, à notre avis, un avantage qui peut être pris en compte dans le calcul des dommages et intérêts que la travailleuse pourrait demander à son/sa employeur-euse.

bd) Conclusion intermédiaire

115. Les dispositions de la LEg ne confèrent aucun droit au/à la salarié-e vis-à-vis de l'institution de prévoyance. Celle-ci ne peut donc pas être obligée, sur la base de la LEg, de prévoir dans son règlement de prévoyance un âge de la retraite fixé uniformément à 65 ans pour les femmes et les hommes. Une telle obligation ne peut pas non plus être déduite du droit de la prévoyance professionnelle. L'art. 13 al. 2 LPP est en effet une "disposition potestative", qui offre seulement la possibilité aux institutions de prévoyance de fixer un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes.
116. Lorsqu'une institution de prévoyance prévoit, par le biais de dispositions réglementaires, un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes (65 ans), le maintien de l'assurance pour les femmes après l'âge de 64 ans dépend de la poursuite de la relation de travail avec l'employeur-euse en question (cf. art. 13 al. 2 LPP). Dans ce cas, si l'on admet que la prévoyance professionnelle fait partie des conditions de travail, le licenciement par l'employeur-euse entre 64 et 65 ans pourrait constituer une discrimination prohibée par l'art. 3 al. 2 LEg. Dans cette hypothèse, la travailleuse concernée ne pourrait cependant pas exiger de continuer à être employée jusqu'à ce qu'elle atteigne l'âge réglementaire de la retraite (65 ans). Un droit à la poursuite de l'emploi ne peut en effet pas être déduit de la LEg. L'employée ne pourrait que prétendre à une indemnité en vertu de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg. En sus de cette indemnité, une indemnisation pour les autres dommages subis pourrait entrer en ligne de compte, en application de l'art. 5 al. 5 LEg. Il s'agirait alors de déterminer le dommage au cas par cas.

c) Évaluation juridique et possibilités d'action

117. Les considérations qui précèdent montrent que la différence d'âge légal de la retraite entre les femmes et les hommes selon l'art. 13 al. 1 LPP affecte également les rapports de prévoyance dans lesquels l'institution de prévoyance prévoit un âge de la retraite uniforme dans son règlement. Même s'il apparaît que la fixation d'un âge de retraite identique par la voie réglementaire est une solution de plus en plus fréquente, les conséquences de l'âge légal différencié de la retraite ne peuvent pas être entièrement supprimées par ce biais.

118. On peut donc se demander si les femmes salariées concernées par une résiliation de leur relation de travail entre 64 et 65 ans ont d'autres possibilités de poursuivre leur prévoyance professionnelle jusqu'à l'âge réglementaire de la retraite de 65 ans.
119. Lorsque les rapports de travail sont résiliés par l'employeur-euse, le maintien de l'assurance est possible en vertu de l'art. 47a LPP, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Selon cette disposition, les assuré-e-s qui, après avoir atteint l'âge de 58 ans, cessent d'être assujetti-e-s à l'assurance obligatoire en raison de la dissolution des rapports de travail par l'employeur-euse peuvent maintenir leur assurance dans la même mesure que précédemment auprès de la même institution de prévoyance. Dans la mesure où l'art. 47a LPP fait partie des exigences minimales fixées par la loi (cf. art. 6 LPP), les institutions de prévoyance ont l'obligation d'offrir aux assuré-e-s la possibilité de poursuivre l'assurance. Conformément à l'art. 47a al. 4 LPP, l'assurance continuée prend fin lors de la survenance du risque de décès ou d'invalidité ou lorsque la personne assurée atteint l'âge réglementaire de la retraite. Il résulte de ce qui précède que ce n'est pas l'âge légal de la retraite selon l'art. 13 al. 1 LPP qui est déterminant pour la durée du maintien de l'assurance, mais bien l'âge de la retraite de 65 ans prévu par l'institution de prévoyance dans son règlement, et donc l'âge de la retraite uniforme. Le champ d'application du maintien de l'assurance ne se limite pas à la prévoyance professionnelle obligatoire, mais s'étend également à la prévoyance professionnelle plus étendue (cf. art. 49 al. 2 LPP). Bien que le maintien de la prévoyance soit garanti par l'art. 47a LPP, cette solution n'est pas entièrement satisfaisante. La loi prévoit en effet que le financement du maintien de l'assurance incombe uniquement à la personne assurée (art. 47a al. 3 LPP). Les inconvénients d'une résiliation du rapport de travail par l'employeur-euse ne sont pas entièrement compensés par l'indemnité due en vertu de l'art. 5 al. 2 et 4 LEg. En particulier, l'indemnité ne couvre qu'une partie des cotisations dues par le salarié à l'institution de prévoyance dans le cadre de l'assurance continuée. A notre avis, les cotisations pour le maintien de l'assurance doivent toutefois pouvoir être couvertes par l'indemnité au sens de l'art. 5 al. 5 LEg.

3. Comment évaluer les différences de taux de conversion entre les sexes dans la prévoyance professionnelle sous l'angle de l'égalité ?

a) Situation initiale et remarques préliminaires

Notion et fonction du taux de conversion :

120. Dans la prévoyance professionnelle, le taux de conversion sert à calculer la rente de vieillesse annuelle (art. 14 al. 1 LPP), puisque l'avoir de vieillesse disponible au moment de la retraite doit être multiplié par le taux de conversion applicable.

Le taux de conversion dans la prévoyance professionnelle obligatoire :

121. Le taux de conversion n'est réglé par la loi que pour la prévoyance professionnelle obligatoire. Selon l'art. 14 al. 2 LPP, le taux de conversion minimal s'élève à « 6,8 % à l'âge ordinaire de la retraite de 65 ans pour les hommes et les femmes ». Selon la lettre b des dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1^{ère} révision LPP), tant que l'âge ordinaire de la retraite sera différent pour les hommes et les femmes, le taux de conversion minimal pourra être également différent par classe d'âge. Selon l'art. 62a al. 1 OPP 2, l'âge ordinaire de la retraite des femmes dans l'AVS vaut également comme âge ordinaire de la retraite des femmes dans la LPP. En vertu de l'art. 62a al. 2 OPP 2, cet âge de la retraite est également déterminant pour l'application du taux de conversion minimal selon l'art. 14 al. 2 et la lit. b des dispositions transitoires du 3 octobre 2003 de la 1^{ère} révision de la LPP. Il en résulte que dans la prévoyance professionnelle obligatoire, le même taux de conversion s'applique aux femmes à l'âge de 64 ans qu'aux hommes à l'âge de 65 ans.

Le taux de conversion dans la prévoyance professionnelle plus étendue :

122. Le taux de conversion prescrit par l'art. 14 al. 2 LPP s'applique exclusivement à la prévoyance professionnelle obligatoire et il s'agit seulement d'un taux minimal. Dans la prévoyance professionnelle plus étendue (enveloppante et surobligatoire), les institutions de prévoyance sont donc libres de déterminer le taux de conversion. En vertu de l'art. 51a al. 2 lit. e LPP, l'organe suprême de l'institution de prévoyance (en général, le conseil de fondation) a le devoir intransmissible et inaliénable de définir le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques. A cet égard, c'est l'expert-e en prévoyance professionnelle qui, en vertu de l'art. 52e al. 2 lit. a LPP, doit faire des recommandations à l'organe suprême quant

au taux d'intérêt technique et aux autres bases techniques. Le taux de conversion est déterminant pour le montant des engagements de l'institution de prévoyance. C'est pourquoi la fixation du taux de conversion est décisive pour l'expert-e en prévoyance professionnelle lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'institution de prévoyance offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (art. 52e al. 1 lit. a LPP). Un taux de conversion plus élevé exige, en d'autres termes, un capital actuariel de prévoyance nécessaire plus élevé, afin qu'il n'y ait pas de réduction du taux de couverture de l'institution de prévoyance alors que la fortune de prévoyance reste la même²⁶⁵. L'expert-e en prévoyance professionnelle n'est pas libre de décider des bases techniques à appliquer. Il/Elle doit plutôt faire ses recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance en se fondant sur les principes techniques reconnus et les bases actuarielles. Les principes de calcul appliqués par l'institution de prévoyance concernée sont en particulier déterminants pour la fixation du taux de conversion.

123. L'étude de Swisscanto (Etude sur les caisses de pension en 2020) met en évidence que les taux de conversion appliqués aux femmes et aux hommes dans la prévoyance professionnelle plus étendue ne sont pas identiques. Pour l'année de référence 2020, des taux de conversion d'au minimum 4,30 % et d'au maximum 6,94 % ont été enregistrés pour les femmes à l'âge de la retraite de 64 ans, avec une moyenne de 5,57 % et une médiane de 5,50 %. En revanche, les taux de conversion pour les hommes à l'âge de la retraite de 65 ans étaient au minimum de 4,15 % et au maximum de 6,94 %, avec une moyenne de 5,63 % et une médiane de 5,60 %²⁶⁶. S'il apparaît ainsi des différences entre les taux de conversion pour les femmes et les hommes, il faut garder à l'esprit que ces chiffres sont basés sur un âge de la retraite différent (64 ans pour les femmes/65 ans pour les hommes) et ne sont donc pas adaptés à une comparaison absolue.
124. Enfin, les effets du taux de conversion fixé pour la prévoyance professionnelle plus étendue varient fortement en fonction de la structure de la solution de prévoyance. En raison du principe de l'imputation, les institutions de prévoyance enveloppantes sont libres d'appliquer des taux de conversion distincts aux parties obligatoire et surobligatoire de l'avoir de vieillesse (méthode du « *splitting* » ou taux de conversion « *splitté* ») ou, à l'inverse, un taux de conversion uniforme (enveloppant) à l'ensemble de

265 Cf. art. 44 OPP 2 et annexe OPP 2.

266 Cf. SWISSCANTO PRÉVOYANCE SA, Etude sur les caisses de pension en Suisse en 2020, Zurich 2020, p. 91.

l'avoir de vieillesse²⁶⁷. Compte tenu de la diversité des solutions de prévoyance, il n'est pas possible d'évaluer de manière générale le nombre de cas dans lesquels un taux de conversion différent est effectivement appliqué aux femmes et aux hommes.

b) Paramètres déterminants pour fixer le taux de conversion

125. Les paramètres permettant de fixer le taux de conversion applicable ne sont pas réglés par la loi. Toutefois, dans le cadre des propositions de révision précédemment rejetées et de la réforme de la LPP 21 actuellement en cours, le législateur a indiqué que l'espérance de vie des bénéficiaires de rente, d'une part, et le rendement prévisible des capitaux, d'autre part, sont les principaux facteurs permettant de déterminer le taux de conversion. Cela étant, comme le Conseil fédéral l'a indiqué dans le Message relatif à la réforme LPP 21, le niveau actuel du taux de conversion minimal ne tient pas compte de ces deux facteurs²⁶⁸.
126. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, les paramètres déterminant le taux de conversion ne ressortent généralement pas du règlement de l'institution de prévoyance. Comme expliqué ci-dessus, les institutions de prévoyance doivent toutefois fonder la détermination des principes techniques sur des principes reconnus et des bases actuarielles. Ainsi, dans la prévoyance professionnelle plus étendue, c'est l'espérance de vie déterminée d'après les bases techniques, d'une part, et le taux d'intérêt technique appliqué par l'institution de prévoyance, d'autre part, qui sont de première importance pour fixer le taux de conversion.

L'espérance de vie :

127. L'espérance de vie des personnes assurées au titre de la LPP ne peut pas être vérifiée statistiquement sur l'ensemble de la population assurée auprès de toutes les institutions de prévoyance. Au contraire, les institutions de prévoyance sont obligées de procéder à des extrapolations à partir des bases technique existantes et reconnues. Cependant, les bases à utiliser par les caisses de pension ne sont pas uniformes. La base sur laquelle se fonde l'institution de prévoyance est une décision que doit prendre l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernée sur

267 Cf., à cet égard, MEIER, Anrechnungsprinzip, N 213 ss.

268 Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Réforme LPP 21) du 25 novembre 2020, FF 2020 9501 (9510). Sur ces deux facteurs, cf. aussi HELBLING, p. 225.

recommandation de l'expert-e en matière de prévoyance professionnelle. En particulier, il faut décider si les bases techniques doivent être déterminées sur la base de tables périodiques ou de tables générationnelles. Dans la pratique, les institutions de prévoyance disposent de différentes bases techniques, les bases techniques « VZ 2015 » et « LPP 2015 » étant les plus fréquemment utilisées. Les bases techniques VZ 2015 se fondent sur les données de 25 institutions de prévoyance d'employeur-euse-s public-que-s (Confédération, cantons et communes). Tant les « bases techniques VZ » que les « bases techniques LPP » comprennent des tables statistiques, avec des valeurs différentes pour les femmes et les hommes en matière d'espérance de vie. Dans son message sur la réforme de la LPP 21, le Conseil fédéral a également mis en évidence que les femmes ont une espérance de vie d'environ 2 ans de plus que les hommes à l'âge de 65 ans²⁶⁹.

128. Par ailleurs, les institutions de prévoyance ne disposent pas de bases techniques permettant d'obtenir des statistiques fiables sur les différences d'espérance de vie au sein du groupe des femmes et du groupe des hommes. En particulier, il n'est pas tenu compte du fait que l'espérance de vie diffère selon la catégorie professionnelle ou les prédispositions individuelles.

Le taux d'intérêt technique :

129. Le taux d'intérêt technique est une valeur mathématique qui est utilisée pour évaluer les prestations de retraite à un moment précis dans le temps. Afin que le taux d'intérêt technique puisse être garanti sur une plus longue période, il doit être fixé de manière à ce que le rendement réel des actifs dépasse sa valeur. Dans la pratique des institutions de prévoyance, l'expert-e en prévoyance professionnelle doit s'inspirer des directives techniques publiées par la Chambre Suisse des experts en caisse de pensions (DTA 4, taux d'intérêt technique). Le taux d'intérêt technique doit être déterminé principalement sur la base du rendement net attendu. L'espérance de vie des assuré-e-s est aussi importante, dans la mesure où les tables périodiques prennent en compte l'augmentation attendue de l'espérance de vie. Toutefois, la différence d'espérance de vie entre les femmes et les hommes n'est en principe pas déterminante pour la fixation du taux d'intérêt technique.

La question des rentes de survivant-e-s potentielles :

269 Cf. Message Réforme LPP 21, FF 2020 9501 (9516 s.).

130. Lors de la conversion de l'avoir de vieillesse disponible au moment de la retraite en une rente de vieillesse annuelle à vie, il faut tenir compte du fait que le décès du/de la bénéficiaire de la rente de vieillesse peut ouvrir le droit à une rente de conjoint-e survivant-e (cf. pour la prévoyance professionnelle obligatoire, art. 18 lit. d LPP et art. 21 al. 2 LPP). Les rentes de conjoint-e survivant-e sont donc partiellement financées par le capital non encore utilisé au moment du décès du/de la bénéficiaire de la rente de vieillesse. En ce qui concerne les rentes de survivant-e-s, il faut toutefois tenir compte du fait qu'elles ne sont pas financées exclusivement par le capital disponible, mais que des cotisations de risque supplémentaires sont généralement prélevées pour le risque de décès, lesquelles peuvent à leur tour dépendre du sexe, du capital de vieillesse disponible et de l'âge de la personne assurée.
131. En règle générale, les rentes de conjoint-e-s survivant-e-s potentielles sont prises en considération dans la détermination du taux de conversion sur une base forfaitaire et non sur la base d'enquêtes de données empiriques qui fourniraient des informations sur la probabilité qu'une rente de conjoint-e survivant-e correspondante doive être versée et, le cas échéant, pour combien de temps. En revanche, dans la pratique, les rentes de conjoint-e-s survivant-e-s potentielles sont incluses dans le calcul en tenant compte de leur montant réglementaire.
132. Par ailleurs, il faut tenir compte du principe selon lequel les rentes de conjoint-e-s survivant-e-s s'éteignent lorsque la personne *veuve se remarie*. Ce principe s'applique non seulement dans la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 22 al. 2 LPP) mais aussi, en règle générale, dans la prévoyance plus étendue, en vertu du règlement de prévoyance. Par conséquent, la probabilité de remariage – qui diffère pour les hommes et les femmes en fonction de leur âge – devrait également être prise en compte pour déterminer le taux de conversion. Toutefois, pour autant que les auteurs le sachent, cela ne semble pas être le cas dans la pratique, sans qu'il soit possible pour autant de l'affirmer de manière générale.
133. Quant aux *rentes de partenaires* versées dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue aux partenaires survivant-e-s non marié-e-s (concubin-e-s), pour autant qu'on puisse le constater, elles sont généralement accordées par la plupart des institutions de prévoyance sans qu'aucune cotisation ne soit prélevée et ne sont pas non plus prises en compte pour la détermination du taux de conversion. En principe,

ces rentes ne sont donc pas considérées comme un paramètre déterminant pour fixer le taux de conversion.

La question des rentes complémentaires pour enfants :

134. Outre les rentes de survivant-e-s potentielles, il faut tenir compte, lors de la détermination du taux de conversion, des rentes pour enfants susceptibles d'être versées en complément de la rente de vieillesse. Dans ce contexte, on relèvera qu'il existe un droit aux rentes complémentaires pour enfants dans la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 17 LPP), mais que les institutions de prévoyance ne sont pas tenues de prévoir réglementairement des prestations correspondantes dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue. En outre, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la méthode comparative vaut également en matière de rentes complémentaires pour enfant, si bien que le droit à une rente pour enfant peut être remplacé par le droit à une rente de vieillesse réglementaire plus élevée²⁷⁰. Le décès du/de la bénéficiaire d'une rente de vieillesse qui avait ou aurait eu droit à une rente pour enfant complémentaire ouvre le droit à une rente d'orphelin-e (art. 20 LPP). La méthode comparative ne s'applique pas aux rentes d'orphelin-e-s. Pour autant que l'on puisse en juger, les rentes complémentaires pour enfant sont parfois prises en compte pour déterminer le taux de conversion.

Conclusion intermédiaire :

135. Plusieurs des paramètres déterminants pour le taux de conversion, mais pas tous, relèvent de données statistiques comprenant des résultats différents pour les femmes et les hommes. Cela concerne principalement l'espérance de vie moyenne statistique. Dans le cas des rentes potentielles de conjoint-e survivant-e et des rentes complémentaires pour enfants, on peut au moins supposer qu'il existe des différences entre les sexes. En revanche, le facteur du taux d'intérêt technique, qui est également fondamental pour déterminer le taux de conversion, ne permet pas d'opérer de différences entre les sexes.

c) Interdiction des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes ?

136. Comme déjà indiqué, les institutions de prévoyance sont tenues de respecter, dans la prévoyance professionnelle tant obligatoire que plus

270 Cf. ATF 136 V 313.

étendue, les droits constitutionnels, en particulier les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de la discrimination (*supra*, N 19). En vertu de l'art. 49 al. 1 LPP, si les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent, elles doivent néanmoins respecter les droits fondamentaux, ainsi que le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination (*supra*, N 28). On peut se demander si le recours à des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes constitue une violation du principe d'égalité de traitement, avec pour conséquence qu'une telle solution ne serait pas admissible.

137. A cet égard, il est frappant de constater que la LPP elle-même prévoit un taux de conversion différent pour les femmes et les hommes, puisque le taux de conversion légal selon l'art. 14 al. 2 LPP s'applique aux femmes à l'âge de la retraite de 64 ans et aux hommes à l'âge de la retraite de 65 ans. Lorsque l'âge de la retraite est identique (64 ou 65 ans), les prestations minimales légales pour les femmes et les hommes sont donc déterminées en appliquant des taux de conversion différents. La loi ne fixe pas le taux de conversion applicable dans ce cas (retraite anticipée ou ajournée). Par conséquent, la LPP ne respecte actuellement pas l'égalité des sexes en ce qui concerne le taux de conversion²⁷¹.
138. On peut se demander si les institutions de prévoyance dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue peuvent être obligées d'appliquer des taux de conversion uniformes aux femmes et aux hommes au même âge de la retraite. Selon l'art. 8 al. 3 Cst., qui doit également être respecté par les institutions de prévoyance actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, l'homme et la femme sont égaux en droit. Par conséquent, toute différenciation juridique à raison du sexe est interdite, à moins que la différence de traitement ne trouve sa cause dans une différence biologique ou fonctionnelle inhérente à l'un des deux sexes qui exclut de manière absolue un traitement identique²⁷². Ce principe doit également être respecté en ce qui concerne le taux de conversion appliqué par l'institution de prévoyance. Il ne faut pas oublier que le taux de conversion, en tant que facteur permettant de déterminer les prestations, est lié à d'autres paramètres actuariels, en particulier aux cotisations (ou primes) nécessaires au financement des prestations d'assurance. L'assurance en tant que telle se caractérise par le principe de la mutualisation et la loi des grands

271 Et le seul tableau publié à cet égard par l'Office fédéral des assurances sociales est obsolète.

272 Cf. St. Galler Kommentar BV, BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER, Art. 8 N 104.

nombres. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, l'assurance intervient sur une base collective, ce qui exclut largement les facteurs individuels tant dans la détermination des cotisations que dans la structuration des prestations²⁷³.

139. Dans leur expertise respective, le Prof. Dr. Thomas Geiser et la Prof. Dr. Regula Kägi-Diener sont tous deux parvenus à la conclusion que des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes ne sont pas conformes au principe de l'égalité de traitement. Dans les deux expertises, il est en substance expliqué que la différence d'espérance de vie statistique entre les hommes et les femmes n'est qu'un des différents facteurs déterminants pour l'espérance de vie individuelle. Les experts mentionnent également, comme autres facteurs, l'état civil, les conditions socio-économiques, la religion, le tabagisme, la toxicomanie et les habitudes alimentaires, ainsi que les activités physiques et intellectuelles, notamment. Toutefois, les experts n'approfondissent pas la question de savoir si ces facteurs supplémentaires, qui peuvent certainement être déterminants pour l'espérance de vie individuelle d'une personne, se reflètent également dans les bases statistiques concernant l'espérance de vie des femmes et des hommes. Ainsi, tant les femmes que les hommes peuvent être fumeur-euse-s ou non-fumeur-euse-s. Les femmes comme les hommes peuvent mourir prématurément des suites d'une dépendance. Les femmes et les hommes ont chacun des conditions socio-économiques différentes. Cela étant, bien que les statistiques utilisées pour déterminer les bases techniques d'un régime de pension couvrent des individus présentant des facteurs individuels différents, tant pour les hommes que pour les femmes, il existe toujours une différence statistique dans l'espérance de vie des hommes et des femmes²⁷⁴.

140. Selon l'Office fédéral de la statistique, les facteurs explicatifs de la différence d'espérance de vie entre les femmes et les hommes peuvent être divisés en deux groupes : les facteurs biologiques, d'une part, et les autres facteurs (non biologiques), d'autre part. L'explication suivante se trouve dans les notes explicatives des tables de mortalité pour la Suisse 2008/2013 :

273 Les circonstances individuelles, en particulier les maladies préexistantes, ne doivent pas être prises en compte dans la prévoyance professionnelle obligatoire. Dans la prévoyance professionnelle plus étendue, elles peuvent l'être, mais uniquement dans le cadre défini et limité par la loi.

274 Voir également, au sujet de l'espérance de vie des femmes et des hommes selon la profession, WANNER, Mortalité différentielle : quels impacts pour les assurances sociales ?, Sécurité sociale, CHSS n° 6-2012, pp. 351 ss. S'il est clair que la profession statistiquement une espérance de vie différente, ces différences existent tant pour les femmes que pour les hommes.

« Les [facteurs biologiques] permettraient aux femmes de vivre en moyenne plus longtemps que les hommes même s'il n'y avait pas de différences de comportement ou d'environnement socioprofessionnel entre les deux sexes. Ces avantages auraient d'une part des bases génétiques et seraient d'autre part liés à certaines hormones sexuelles (p.ex.: œstrogène). Selon plusieurs études, leur contribution à la différence d'espérance de vie entre les sexes ne seraient toutefois que d'une à deux années. Les facteurs non-biologiques qui désavantagent les hommes sont quant à eux souvent liés à leur style de vie. Premièrement, les hommes fument en plus grand nombre que les femmes et en plus grande quantité que ces dernières. Ils sont également de plus grands consommateurs d'alcool. Deuxièmement, les hommes occupent plus fréquemment que les femmes des emplois où les risques d'accident de travail sont importants. Ils sont également plus nombreux à être exposés à des substances nocives pour la santé dans le cadre professionnel. Troisièmement, les hommes sont plus souvent soumis à une pression sociale les incitant à réussir leur carrière et à être compétitif, d'où un stress fréquent et des comportements nuisibles pour la santé (efforts intensifs, nervosité, etc.). Quatrièmement, le style de vie varie plus selon le statut social chez les hommes que chez les femmes. Les hommes ayant des statuts socio-économiques bas sont en effet plus nombreux à avoir des habitudes qui peuvent nuire à leur santé. Enfin, les femmes consultent en général plus fréquemment les médecins (p.ex.: gynécologues). Les maladies sérieuses sont souvent détectées plus précocement chez ces dernières, ce qui permet une meilleure réussite des traitements. Il faut noter qu'il peut exister des interactions entre les facteurs biologiques et non-biologiques. Par exemple, certaines hormones sexuelles pourraient augmenter les effets néfastes pour la santé de certaines maladies liées au style de vie »²⁷⁵.

141. Ces explications de l'Office fédéral de la statistique montrent que la différence d'espérance de vie entre les femmes et les hommes n'est que partiellement déterminée par des facteurs biologiques. Par conséquent, la différence d'espérance de vie entre les sexes n'est que partiellement due à des facteurs biologiques qui autorisent une différenciation juridique à raison du sexe. Le recours à la différence d'espérance de vie entre les femmes et les hommes pour justifier des taux de conversion différents, ne devrait être possible que moyennant une certaine retenue et en tenant compte des limitations suivantes :
- La différence d'espérance de vie ne devrait pouvoir donner lieu à des distinctions juridiques que dans la mesure où elle est liée à des raisons biologiques. Toutefois, les tables de mortalité actuelles ne font pas de

275 OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Tables de mortalité pour la Suisse 2008/2013, Neuchâtel 2017, p. 14.

distinction entre les différences biologiques et non biologiques de l'espérance de vie. Selon nous, elles ne remplissent donc pas les conditions requises pour légitimer une différenciation juridique à raison du sexe.

- L'espérance de vie n'est qu'un des nombreux facteurs utilisés pour déterminer le taux de conversion. S'il devait être tenu compte de l'espérance de vie en tant que facteur statistique pour déterminer le taux de conversion, les autres facteurs statistiquement vérifiables qui diffèrent pour les femmes et les hommes devraient nécessairement être pris en considération également. Cela vaut en particulier pour les rentes de survivant-e-s potentielles. Les hommes étant généralement mariés à des femmes plus jeunes, leur décès ouvre plus fréquemment le droit à une rente de veuve que le décès d'une femme le droit à une rente de veuf. En outre, les rentes de veuve sont généralement versées pendant une plus longue période que les rentes de veuf. Les rentes pour enfants complémentaires aux rentes de vieillesse devraient également être prises en considération. Les hommes perçoivent plus fréquemment que les femmes une ou plusieurs rentes pour enfants en complément de leur rente de vieillesse. Il conviendrait donc de tenir compte du fait que ces prestations, qui sont également un facteur pour déterminer le taux de conversion en fonction des bases actuarielles, sont davantage allouées aux hommes qu'aux femmes.

¹⁴². Enfin, on peut se référer à l'arrêt rendu par la Cour européenne de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire C-236/09 « *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e.a* ». Dans cet arrêt, la Cour a rappelé que le législateur de l'Union européenne a prévu dans la directive 2004/113/CE que les différences de primes et de prestations résultant de la prise en compte du facteur sexe dans leur calcul devaient être supprimées au plus tard le 21 décembre 2007. L'arrêt « *Test-Achats* » de la CJCE a été rendu dans le contexte de contrats d'assurance privée et se fonde sur la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004, qui vise à mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services au sein de l'UE. Cette directive tire ses fondements juridiques du Traité d'Amsterdam (TFUE) et de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, et s'inscrit dans le titre « *Non-discrimination et citoyenneté de l'Union* »²⁷⁶.

276 Art. 18 ss TFUE. L'art. 19 al. 1 du TFUE (ex-article art. 13 al. 1 du TCE), qui a servi de base juridique à la directive 2004/113/CE, a la teneur suivante : « *Sans préjudice des autres dispositions des traités et dans les limites des compétences que ceux-ci confèrent à l'Union, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative*

Dans la mesure où la Suisse n'est pas un Etat membre de l'UE, cet arrêt de la CJUE n'a cependant aucun effet juridique à l'intérieur de nos frontières et il n'est pas contraignant, que ce soit directement ou indirectement. Il en va de même des directives européennes, qui ne lient en principe pas la Suisse. Celles-ci ne sont d'ailleurs pas non plus directement applicables dans les Etats de l'UE, mais constituent un mandat législatif à l'intention du législateur national avec un objectif prédéfini. Cela signifie que les citoyen-ne-s de l'UE ne peuvent pas tirer de droits directement exécutoires d'une directive²⁷⁷. A la suite de l'arrêt de la CJUE « *Test-Achats* », la Commission européenne a publié des Lignes directrices sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil dans le secteur des assurances (privées), à la lumière des principes posés dans cet arrêt²⁷⁸. Au point 2.2, paragraphe 14 desdites Lignes directrices, relatif aux « *pratiques d'assurance liées au sexe qui restent possibles* », il est indiqué que l'utilisation du sexe comme facteur d'évaluation des risques en général demeure autorisée dans le calcul des primes et des prestations au niveau agrégé, dès lors qu'elle ne conduit pas à une différenciation entre les assuré-e-s. En ce qui concerne, par exemple, l'assurance-vie et l'assurance-maladie privée, il est précisé :

« En vertu de la règle des primes et prestations unisexes, les primes et prestations ne peuvent, pour un même contrat d'assurance, différer entre deux personnes du simple fait de leur différence de sexe. Il existe néanmoins d'autres facteurs de risque, tels que l'état de santé ou les antécédents familiaux, sur la base desquels une différenciation est possible et dont l'évaluation exige des assureurs la prise en compte du sexe, compte tenu de certaines différences physiologiques entre les hommes et les femmes »²⁷⁹.

Dans l'ATF 142 V 178, le Tribunal fédéral, se référant à l'arrêt de la CJUE « *Test-Achats* » et à l'existence d'une « *discrimination par la statistique* »²⁸⁰ dans le domaine du droit des assurances sociales (en l'occurrence, l'assurance-invalidité) lors de l'utilisation d'une Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) pour déterminer le revenu d'invalidité, a notamment considéré que l'abstraction, c'est-à-dire l'effacement des cir-

spéciale, et après approbation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

277 Par conséquent, dans la présente affaire « *Test-Achats* », la requérante avait introduit un recours en annulation de la loi belge du 21 décembre 2007 transposant la directive 2004/113/CE en droit belge.

278 JO 2012/C 11 du 13 janvier 2012, pp. 1-11.

279 Souligné par l'auteur.

280 ATF 142 V 178, c. 2.5.4.

constances concrètes du cas individuel, est inhérente à toute application de valeurs statistiques (« *ist jeder Anwendung statistischer Werte die Abstrahierung, d.h. die Ausblendung der konkreten Gegebenheiten des Einzelfalles, immanent* »)²⁸¹. Il était clair que cette caractéristique des valeurs statistiques et la différenciation selon le sexe (« *critères habituels* ») conduisent à des niveaux de salaire très agrégés, presque fictifs, pour évaluer l'invalidité (« *Dieser Wesenszug statistischer Werte [...] und der Differenzierung nach den Geschlechtern ["übliche Kriterien"] "zu sehr aggregierten – fast fiktiven – Lohnniveaus" führte, die so in die Invaliditätsbemessung einfließen* »)²⁸². La jurisprudence du Tribunal fédéral n'était donc pas ouverte à la reprise de la jurisprudence de la CJUE, que ce soit directement ou indirectement. L'arrêt de la CJUE n'est pas non plus indirectement contraignant pour la Suisse, car il ne concerne pas le domaine de la sécurité sociale. En outre, seuls les arrêts de la CJUE rendus avant 1999 et donc avant la signature de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) sont contraignants²⁸³. Dans le domaine de la sécurité sociale, les règlements de coordination sont devenus directement applicables à la Suisse à la suite de la ratification de l'ALCP. Ces règlements interdisent la discrimination directe ou indirecte sur la base de la nationalité. Toutefois, même dans le domaine de la sécurité sociale, il convient de noter qu'il s'agit de coordonner le droit social dans le sens d'une répartition des responsabilités dans des situations transfrontalières et non d'harmoniser le droit qui interfère avec le droit social national.

d) Évaluation juridique et possibilités d'action

143. La détermination du taux de conversion dépend de différents paramètres actuariels. Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, le taux de conversion légal ne tient plus compte de ces facteurs. Le taux de conversion minimum légal est donc davantage une question de politique juridique qu'un paramètre actuariel. Il est frappant de constater que dans la prévoyance professionnelle obligatoire, à âge égal de la retraite, le taux de conversion appliqué aux femmes et aux hommes n'est pas uniforme. Cela signifie qu'il n'y a pas d'égalité de traitement juridique au regard du seul taux de conversion. Le fait que dans la prévoyance professionnelle obligatoire, les femmes bénéficient, à 64 ans, du même taux de conversion que les hommes à 65 ans, peut se justifier,

281 ATF 142 V 178, c. 2.5.7.

282 ATF 142 V 178, c. 2.5.7.

283 Cf. art. 16 al. 2 ALCP (RS 0.142.112.681).

non pas d'un point de vue actuariel, mais en tenant compte de l'ensemble du système. Le fait que les femmes atteignent l'âge légal de la retraite avant les hommes a en effet pour conséquence qu'elles disposent d'un avoir de vieillesse inférieur à celui des hommes, puisqu'il leur manque les bonifications de vieillesse afférentes à la 65^e année. En appliquant le même taux de conversion à 64 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, on introduit une certaine compensation individuelle, certes schématique et non actuarielle.

144. A notre avis, dans la prévoyance professionnelle plus étendue, l'application de taux de conversion différents aux femmes et aux hommes ne contrevient pas au principe de l'égalité de traitement, lorsque la différenciation repose sur des espérances de vie statistiques différentes des femmes et des hommes et que celles-ci peuvent être attribuées exclusivement à des facteurs biologiques. Si, en revanche, la différence d'espérance de vie entre les sexes ne peut pas être expliquée par des facteurs biologiques, mais doit être attribuée à d'autres causes (non biologiques), des taux de conversion différents fondés sur des espérances de vie différentes violent le principe d'égalité. Enfin, les différents facteurs biologiques de l'espérance de vie ne peuvent, de notre point de vue, légitimer le recours à des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes que si l'institution de prévoyance tient également compte d'autres différences statistiquement vérifiables entre les hommes et les femmes. Cela signifie notamment qu'il faudrait également tenir compte des différences statistiquement vérifiables qui existent s'agissant des rentes de survivant-e-s potentielles et des rentes pour enfants complémentaires à la rente de vieillesse. Cela devrait probablement conduire à une profonde égalisation des différents facteurs entre les sexes.
145. Dans l'ensemble, il est très difficile d'évaluer si les taux de conversion fixés par les institutions de prévoyance dans la prévoyance professionnelle plus étendue satisfont aux exigences susmentionnées, dans la mesure où le taux de conversion est déterminé par l'organe suprême sur la base des recommandations de l'expert-e en prévoyance professionnelle. Les paramètres utilisés pour la décision ne doivent en effet pas être communiqués aux assuré-e-s (*cf.* également art. 86b LPP *a contrario*). Il est à cet égard loisible de se demander si le législateur ne devrait pas introduire un devoir d'information correspondant de l'institution de prévoyance vis-à-vis de l'assuré-e, compte tenu de l'importance du principe d'égalité pour le taux de conversion. Il faudrait toutefois tenir compte du fait que les questions sur lesquelles porterait le devoir d'information de l'institution de prévoyance pourraient s'étendre à d'autres éléments, en particulier

à la détermination des cotisations, par exemple, ce qui serait susceptible d'entraîner un flot considérable d'obligations d'information supplémentaires.

146. Enfin, dans son expertise du 26 février 2004, la Prof. Dr. Regula Kägi-Diener considère que les institutions de prévoyance devraient être obligées d'appliquer des taux de conversion uniformes pour les femmes et les hommes, à tout le moins dans la prévoyance professionnelle sous-obligatoire (c'est-à-dire pour les salaires inférieurs au seuil d'entrée selon l'art. 7 LPP)²⁸⁴. A notre avis, cette opinion ne peut pas être suivie. En raison d'une décision délibérée du législateur, la prévoyance professionnelle sous-obligatoire – tout comme la prévoyance professionnelle surobligatoire – ne relève en effet pas du champ de la prévoyance professionnelle légale. Une extension de certaines exigences relatives à la conception des prestations de retraite exclusivement au régime de la prévoyance professionnelle sous-obligatoire reviendrait, dans une certaine mesure, à étendre les dispositions obligatoires à ce domaine. Dans le cadre des dispositions légales actuellement en vigueur, un tel traitement différent de la prévoyance professionnelle sous-obligatoire et surobligatoire serait donc difficilement concevable. Néanmoins, l'approche consistant à améliorer la prévoyance professionnelle pour les personnes à faibles revenus est à préconiser. A cet égard, dans le cadre de la réforme LPP 21 actuellement en cours, il est seulement prévu d'améliorer la prévoyance professionnelle en faveur de ces personnes par une diminution de la déduction de coordination, et non par l'abaissement du seuil d'entrée. Afin de garantir un taux de conversion uniforme, au moins pour les personnes à faibles revenus, il conviendrait donc de légiférer au sujet du seuil d'entrée. De ce point de vue, l'objectif devrait être d'abandonner ou du moins de réduire le seuil d'entrée.

4. Seuil d'entrée et déduction de coordination : peut-on déduire de la LEg une obligation de renoncer à la déduction de coordination ou de l'adapter en fonction du taux d'occupation ?

a) Situation initiale et remarques préliminaires

147. Comme déjà indiqué, l'art. 7 al. 1 LPP subordonne l'affiliation au régime obligatoire à la réalisation d'un revenu annuel minimal auprès d'un-e même employeur-euse (actuellement, CHF 21'510.- ; *supra*, N 21). Lorsque l'employé-e atteint ce salaire annuel chez un-e employeur-euse, le

284 Cf. KÄGI-DIENER, Zu unterschiedlichen Umwandlungssätzen für Frau und Mann in der beruflichen Vorsorge, p. 25 ss.

salaire annuel compris entre CHF 25'095.- (déduction de coordination) et CHF 86'040.- est soumis à l'assurance obligatoire, ce qui donne un salaire coordonné maximal de CHF 60'945.- (*supra*, N 22). Comme cela a également précédemment été exposé, les limites que constituent le seuil d'entrée, la déduction de coordination et le salaire coordonné, se révèlent pénalisantes pour les employé-e-s à temps partiel, dès lors qu'elles ne sont pas adaptées en fonction du taux d'occupation, dans le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire (*supra*, N 58 ss). Les institutions de prévoyance sont toutefois libres de régler ces montants-limites dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue, en dérogeant aux dispositions légales (*supra*, N 62). Par ce biais, elles peuvent en particulier renoncer entièrement à un seuil d'entrée et à une déduction de coordination ou adapter ces montants-limites en fonction du taux d'occupation de la personne assurée. Au vu de la liberté dont disposent les institutions de prévoyance pour concevoir des solutions de prévoyance allant au-delà des exigences minimales légales, elles ne sauraient en revanche être soumises à une obligation de proposer des modèles de prévoyance dans lesquels on renonce à un seuil d'entrée ou à une déduction de coordination ou dans lesquels ces montants-limites seraient adaptés au taux d'occupation.

148. Tant le seuil d'entrée que la déduction de coordination désavantagent les salarié-e-s à faibles revenus. La déduction de coordination préterite également les personnes en situation de multiactivité, puisqu'elle est opérée intégralement sur le salaire perçu pour chacun des rapports de travail²⁸⁵.
149. Étant donné que le modèle juridique actuel des montants seuils désavantage principalement les personnes à faibles revenus et les employé-e-s à temps partiel, catégories de travailleur-euse-s au sein desquelles les femmes sont plus nombreuses que les hommes (*supra*, N 66 ss), les femmes sont davantage susceptibles d'être pénalisées que les hommes. On peut ainsi constater que les dispositions légales concernant le seuil d'entrée et la déduction de coordination introduisent une *discrimination indirecte à l'égard des femmes*.
150. Le législateur est conscient de ce problème. Dans le cadre de la réforme LPP 21 actuellement en cours, la question de la déduction de coordination dans la prévoyance professionnelle obligatoire a en effet été discutée. La solution envisagée, qui est un compromis proposé par les parte-

285 Cf., à ce sujet, déjà ci-dessus, N 60 s.

naires sociaux, consiste à diminuer de moitié la déduction de coordination²⁸⁶. Le but est double puisqu'il s'agit, d'une part, de compenser la réduction également prévue du taux de conversion légal et, d'autre part, d'améliorer la prévoyance vieillesse des employé-e-s à temps partiel et des personnes à faibles revenus. Bien que certain-e-s participant-e-s à la procédure de consultation se soient prononcé-e-s en faveur d'une nouvelle réglementation du seuil d'entrée, seule une réduction de moitié de la déduction de coordination a trouvé sa place dans la proposition du Conseil fédéral. En revanche, une réduction de moitié, voire une suppression complète du seuil d'entrée, n'est pas envisagée²⁸⁷.

b) Peut-on déduire de la LEg une obligation, pour l'institution de prévoyance, de renoncer à la déduction de coordination ou d'en adapter le montant ?

151. Comme précédemment expliqué, nous sommes d'avis que la LEg ne permet pas de fonder une quelconque obligation des institutions de prévoyance à l'égard des assuré-e-s (*supra*, N 103 ss). La LEg ne constitue ainsi pas une base appropriée et suffisante, que ce soit dans la prévoyance obligatoire ou plus étendue, pour exiger des institutions de prévoyance qu'elles introduisent des solutions de prévoyance dans lesquelles la déduction de coordination serait entièrement supprimée ou, à tout le moins, adaptée à un taux d'occupation à temps partiel.
152. A notre avis, aucune prétention ne peut non plus être déduite de la LEg à l'encontre de l'employeur-euse, afin de l'obliger à opter pour une solution de prévoyance sans déduction de coordination ou avec une déduction de coordination réduite afin de tenir compte du taux d'occupation à temps partiel. L'employeur-euse ne peut en principe pas être obligé-e de garantir une prévoyance allant au-delà des exigences minimales légales. Il/Elle choisit l'institution de prévoyance après entente avec son personnel (art. 11 LPP). Quant aux solutions de prévoyance relevant de la prévoyance professionnelle plus étendue, il n'appartient pas à l'employeur-euse, mais à l'organe compétent de l'institution de prévoyance (conseil de fondation, commission de prévoyance), de les concevoir.

c) Évaluation juridique et possibilités d'action

286 Cf. Message Réforme LPP 21, FF 2020 9501 (9524).

287 Cf. Message Réforme LPP 21, FF 2020 9501 (9524 et 9558).

Solutions de prévoyance sans déduction de coordination ou avec une déduction de coordination adaptée au taux d'occupation à temps partiel :

153. Comme nous venons de l'expliquer, nous considérons que les dispositions de la LEg ne peuvent pas fonder une obligation de l'institution de prévoyance ou de l'employeur-euse de proposer ou de conclure une solution de prévoyance sans déduction de coordination ou avec une déduction de coordination adaptée au taux d'occupation à temps partiel. La question de savoir si un tel modèle de prévoyance, qui serait sans doute souhaitable du point de vue de l'égalité des sexes, doit être mis en œuvre, doit en premier lieu être tranchée par le législateur dans le cadre de la LPP. Tant qu'il n'existe pas de réglementation correspondante dans la prévoyance professionnelle obligatoire, les efforts visant à imposer des obligations dans la prévoyance professionnelle plus étendue ont peu de chances d'aboutir, d'autant plus qu'il s'agirait d'une ingérence considérable dans l'autonomie des institutions de prévoyance.
154. Dans les faits, cependant, de nombreuses institutions de prévoyance, y compris des fondations collectives, proposent aujourd'hui des plans de prévoyance sans déduction de coordination ou avec des montants seuils adaptés au taux d'occupation à temps partiel (seuil d'entrée et déduction de coordination). Il semblerait approprié de promouvoir ces solutions de prévoyance et d'attirer activement l'attention des employeur-euse-s sur ces options.

Déduction de coordination en cas de multiactivité :

155. La déduction de coordination touche particulièrement les personnes qui exercent plusieurs emplois à temps partiel auprès de différent-e-s employeur-euse-s. Cette situation, connue sous le terme de « *multiactivité* », concerne majoritairement les femmes (*supra*, N 69 ss). Différentes constellations sont susceptibles de se présenter :
156. Lorsqu'une travailleuse employée par plusieurs employeur-euse-s atteint le seuil d'accès dans chacun de ses emplois, elle est en principe obligatoirement assurée à la prévoyance professionnelle auprès de l'institution de prévoyance de chacun-e de ses employeur-euse-s respectif-ve-s. Ce principe trouve en tout cas application lorsque les emplois sont plus ou moins équivalents et qu'aucune des activités ne peut être considérée comme une activité exercée à titre principal. L'exercice d'une activité

à titre principal a en effet pour conséquence que les autres emplois seraient des activités accessoires, pour lesquelles il n'y a pas d'obligation d'assurance (art. 1j al. 1 lit. c OPP 2). Dans la pratique, il n'est pas toujours évident de déterminer si une activité est exercée à titre principal ou s'il s'agit d'une simple activité accessoire. Cette tâche incombe aux institutions de prévoyance concernées, qui sont tenues de déterminer le type d'activité sans tenir compte des appréciations des caisses de compensation, dès lors que la distinction entre une activité exercée à titre principal et une activité accessoire au sens de l'art. 1j al. 1 lit. c OPP 2 n'est pas déterminante pour l'AVS. La jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà confirmé qu'en cas d'exercice de diverses activités plus ou moins équivalentes, le/la travailleur-euse est assuré-e obligatoirement auprès des institutions de prévoyance des différent-e-s employeur-euse-s²⁸⁸. Cela étant, comme déjà indiqué, les personnes ayant plusieurs emplois sont désavantagées, dans la mesure où la déduction de coordination est opérée sur le salaire perçu auprès de chaque employeur/euse (*supra*, N 60 s.). La réduction de moitié de la déduction de coordination proposée dans le cadre de la réforme LPP 21 pourrait certes atténuer les inconvénients de la multiactivité, mais elle ne les supprimerait pas : nonobstant l'augmentation du salaire coordonné qui résulterait de la diminution de la déduction de coordination, cette déduction devrait cependant toujours être imputée sur le salaire perçu pour chacune des activités.

157. La situation est différente pour les salarié-e-s qui atteignent le seuil d'accès auprès d'un seul de leurs employeur-euse-s ou qui, bien que n'atteignant le seuil d'entrée auprès d'aucun d'eux, perçoivent, globalement (c'est-à-dire, toutes relations de travail confondues) un salaire supérieur au seuil d'entrée. Leurs possibilités d'assurance sont régies par l'art. 46 LPP, qui prévoit que le salaire qui n'est pas soumis à l'assurance obligatoire peut être soumis à l'assurance facultative. Pour l'assurance facultative, l'art. 29 al. 1 OPP 2 prévoit que l'ensemble des revenus provenant d'une activité lucrative de l'assuré est pris en compte pour déterminer le salaire coordonné, étant précisé que si l'assuré est aussi soumis à l'assurance obligatoire, le salaire coordonné dans l'assurance facultative est déterminé en déduisant du salaire coordonné total le salaire coordonné déjà couvert par l'assurance obligatoire (art. 29 al. 2 OPP 2). Il s'ensuit que la déduction de coordination n'est imputée qu'une seule fois, malgré le fait que les revenus proviennent de différentes relations de travail. La contribution de chaque employeur-euse est calculée en pour-cent du salaire coordonné, étant précisé que la répartition de celui-ci entre les employeur-euse-s est proportionnelle au salaire versé par chacun-e

d'eux/elles (*cf.* art. 31 OPP 2). Les personnes assurées facultativement se retrouvent ainsi dans une situation plus avantageuse que celle dans laquelle sont placées les personnes qui sont assurées obligatoirement auprès de plusieurs institutions de prévoyance pour des rapports de travail à temps partiel (*supra*, N 156).

158. A notre avis, il serait souhaitable d'étendre la solution prévalant dans l'assurance facultative à l'assurance obligatoire des personnes en situation de multiactivité. Bien que les deux cas se distinguent conceptuellement, en ce que le législateur a fondé l'assurance facultative sur le principe que l'ensemble du revenu est assuré auprès d'une seule institution de prévoyance²⁸⁹, cela n'exclut pas une répartition du salaire coordonnée en application de l'art. 29 OPP 2 pour les personnes assurées à titre obligatoire auprès de plusieurs institutions de prévoyance. Il faut toutefois tenir compte du fait que l'adoption d'une telle réglementation pour la prévoyance professionnelle obligatoire est susceptible d'entraîner une charge administrative accrue pour les institutions de prévoyance et les employeur-euse-s par rapport à la situation juridique actuelle.
159. On peut se demander si une réglementation sur le modèle de l'art. 29 OPP 2 pour l'assurance obligatoire des personnes en situation de multiactivité nécessiterait une modification de la loi (art. 8 LPP) ou pourrait être créée au niveau de l'ordonnance (OPP 2). La réglementation d'un objet par une ordonnance du Conseil fédéral nécessite soit une base correspondante dans la Constitution fédérale, soit une délégation de compétence dans une loi fédérale. Pour la question du salaire coordonné, il n'y a pas de base pour la promulgation d'une ordonnance d'exécution dans la Constitution fédérale. En ce qui concerne l'assurance obligatoire ainsi que le salaire assuré, les normes attributives de compétences figurent aux art. 2 al. 4 et 7 al. 2 LPP. Ces dispositions ne sont cependant pas pertinentes pour la réglementation du salaire coordonné. Contrairement aux art. 2 al. 4 et 7 al. 2 LPP, l'art. 8 LPP, qui régit le salaire coordonné, ne contient pas de délégation de compétence. Il n'existe donc pas de base légale suffisante qui permettrait au Conseil fédéral de déterminer le salaire coordonné des personnes en situation de multiactivité. Si le Conseil fédéral a certes spécifiquement réglé le salaire coordonné des assurés partiellement invalides à l'art. 4 OPP 2, cette disposition peut se fonder de manière plus large sur la délégation de

289 Or, ce n'est pas le cas, comme l'illustre l'art. 46 al. 2 LPP : Si le règlement de l'institution de prévoyance auprès de laquelle la personne est déjà assurée obligatoirement exclut l'assurance facultative pour le salaire versé par les autres employeur-euse-s, la seule possibilité pour la personne concernée d'assurer facultativement les revenus complémentaires est de contracter une assurance facultative auprès de l'institution supplétive.

compétence contenue à l'art. 34 al. 1 lit. b LPP. A notre avis, une réglementation du salaire coordonné pour les employé-e-s en situation de multiactivité sur le modèle l'art. 29 OPP 2 devrait donc être prévue dans la LPP elle-même et non uniquement au niveau de l'ordonnance.

5. Évaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité à temps partiel

a) Situation initiale et remarques préliminaires

^{160.} A la suite de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans l'affaire *Di Trizo c. la Suisse*, la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité applicable aux personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel a été modifiée avec effet au 1^{er} janvier 2018. L'art. 27^{bis} al. 3 lit. a RAI, qui prévoit que pour évaluer le taux d'invalidité en lien avec l'activité lucrative, le revenu que l'assuré-e aurait pu obtenir de l'activité lucrative exercée à temps partiel, s'il/si elle n'était pas invalide (revenu hypothétique sans invalidité), doit être extrapolé pour la même activité lucrative exercée (hypothétiquement) à plein temps, est d'une grande importance. Cette extrapolation du revenu sans invalidité à une hypothétique activité lucrative exercée à temps plein permet d'éviter une discrimination systématique des personnes qui travaillent à temps partiel, dont la grande majorité sont des femmes (*supra*, N 69 ss).

^{161.} L'extrapolation du revenu perçu pour une activité lucrative exercée à temps partiel à celui obtenu pour une hypothétique activité exercée à plein temps dans le cadre de l'évaluation de l'invalidité n'est toutefois pas un procédé inconnu du droit suisse des assurances sociales. En 1993 déjà, dans un arrêt relatif à l'assurance-accidents selon la LAA, le Tribunal fédéral a jugé que le fait qu'un-e assuré-e travaillant à temps partiel parvienne encore, après l'accident, à travailler dans une même mesure et pour un même salaire que précédemment n'exclut pas la reconnaissance d'une invalidité²⁹⁰. En conséquence, dans l'assurance-accidents, le principe applicable depuis cet arrêt est celui selon lequel le revenu que l'assuré-e aurait pu obtenir de l'activité lucrative exercée à temps partiel s'il/si elle n'était pas invalide doit être extrapolé pour la même activité lucrative exercée à plein temps.

^{162.} La question de savoir comment le revenu sans invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel doit être déterminé est importante, car dans de nombreux cas, le droit des assuré-e-s présentant

une incapacité partielle de travail à des prestations d'assurance en dépend. L'élément décisif réside dans le point de savoir si l'incapacité partielle de travail affecte principalement les activités non rémunérées (travaux habituels ou activités ménagères)²⁹¹ et si une personne qui n'est que partiellement en incapacité de travail a également droit à des prestations d'assurance, même s'il lui est encore possible de réaliser le revenu qu'elle percevait pour l'activité lucrative exercée avant la survenance de l'incapacité de travail. Il convient à cet égard de relever que la poursuite de l'exercice de l'activité professionnelle antérieure n'est généralement possible que moyennant une diminution correspondante de la capacité à effectuer les tâches dans la sphère non professionnelle.

163. Dans la prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral considère que l'invalidité ne doit pas être évaluée selon le principe qui prévaut dans l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents selon la LAA, et ce, même après l'arrêt rendu par la CourEDH dans l'affaire Di Trizio et l'entrée en vigueur du nouvel art. 27^{bis} RAI. En effet, selon le Tribunal fédéral, dans le deuxième pilier, l'invalidité doit être évaluée exclusivement sur la base de l'activité professionnelle exercée à temps partiel, quand bien même l'assurance-invalidité aurait extrapolé le revenu sans invalidité pour la même activité lucrative exercée (hypothétiquement) à plein temps. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé, dans l'ATF 144 V 63, que le taux d'invalidité déterminant pour la prévoyance professionnelle est évalué en fonction du revenu sans invalidité correspondant au taux d'activité à temps partiel et non pas par rapport à une activité (hypothétique) à plein temps. Lorsque l'assurance-invalidité a déterminé le taux d'invalidité en se fondant sur une activité à plein temps, la méthode de calcul la plus claire et la plus simple consiste à ce que l'institution de prévoyance tienne compte du revenu sans invalidité fixé par l'assurance-invalidité, auquel elle est en principe liée, et l'adapte en fonction du taux d'activité à temps partiel, puis procède sur cette base (ainsi que sur celle des autres paramètres qui la lient en principe) à une nouvelle comparaison des revenus.
164. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé – malgré certaines critiques de la doctrine – sa jurisprudence antérieure et s'en est tenu à la pratique prévalant dans la prévoyance professionnelle, laquelle s'écarte de celle ayant cours dans l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents. Le Tribunal fédéral a considéré que cette divergence de pratique était justifiée en raison du fait que la prévoyance professionnelle se distingue de

291 Les activités non professionnelles ne sont assurées ni dans l'assurance-accidents selon la LAA, ni dans la prévoyance professionnelle selon la LPP.

l'assurance-invalidité et de l'assurance accidents en ce qu'il s'agit d'un régime « *beaucoup plus individualiste* »²⁹².

b) Évaluation juridique et possibilités d'action

- ^{165.} L'argument du Tribunal fédéral selon lequel la prévoyance professionnelle et l'assurance-invalidité sont des assurances qui ont été conçues de manière différente est correct. En effet, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, seule l'activité lucrative est assurée, alors que dans l'assurance-invalidité, tant l'activité lucrative que les activités ménagères sont couvertes. En revanche, cette différence ne se retrouve pas si l'on compare le régime de la prévoyance professionnelle avec celui de l'assurance-accidents. Il s'agit de régimes professionnels qui ont en commun de ne couvrir que les conséquences de l'incapacité de travail sur l'exercice de l'activité lucrative. Le Tribunal fédéral n'a pas non plus expliqué en quoi la prévoyance professionnelle est un régime « *beaucoup plus individualiste* » que l'assurance-accidents.
- ^{166.} La pratique du Tribunal fédéral, selon laquelle, dans la prévoyance professionnelle, l'invalidité est évaluée en se fondant uniquement sur les conséquences de l'invalidité professionnelle, sans tenir compte de l'invalidité présentée dans la sphère ménagère, prétérite avant tout les personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel qui présentent une incapacité partielle de travail. Ces personnes doivent supporter l'absence de prestations de la prévoyance professionnelle et continuer à exercer une activité professionnelle dans la même mesure que précédemment, malgré les atteintes à la santé. Cela a pour conséquence que les personnes concernées sont contraintes de reporter les limitations dont elles souffrent dans la sphère ménagère. Cette manière de procéder ne tient pas compte de la décision de la CourEDH rendue dans l'affaire *Di Trizio c. la Suisse*, dans la mesure où ce sont principalement les femmes qui subissent les effets négatifs d'une telle pratique, au vu de leur surreprésentation dans la catégorie des personnes travaillant à temps partiel (*supra*, N 69 ss).
- ^{167.} Etant donné que le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence après que la CourEDH a rendu son arrêt dans l'affaire *Di Trizio c. la Suisse* et que la modification de l'art. 27^{bis} RAI est entrée en vigueur, nous ne pensons pas qu'il changera sa pratique dans un proche avenir. Il conviendrait donc de modifier la LPP, afin d'y inscrire le principe selon lequel, pour les personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel, le revenu

perçu pour l'activité à temps partiel doit être extrapolé pour la même activité exercée à plein temps.

V. Les principes régissant l'entretien après divorce

- ¹⁶⁸. L'art. 125 al. 1 CC pose le principe selon lequel lorsque 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. Cette disposition concrétise deux principes : d'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, selon lequel, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins (principe du « *clean break* ») ; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien²⁹³. Les éléments dont le juge doit tenir compte pour décider si une contribution d'entretien doit être allouée et pour en fixer, le cas échéant, le montant et la durée, sont énumérés de façon non exhaustive à l'art. 125 al. 2 CC. Ces éléments sont : la répartition des tâches pendant le mariage, la durée du mariage et le niveau de vie des époux pendant le mariage (art. 125 al. 2 ch. 1-3 CC) ; l'âge, l'état de santé, les revenus et la fortune des époux (art. 125 al. 2 ch. 4-5 CC) ; l'ampleur et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée (art. 125 al. 2 ch. 6 CC) ; la formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien (art. 125 al. 2 ch. 7 CC) ; 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 (art. 125 al. 2 ch. 8 CC).
- ¹⁶⁹. Pour déterminer si une contribution d'entretien doit être versée (et, dans l'affirmative, son montant et sa durée), le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation²⁹⁴ et la procédure à suivre, qui doit intervenir après la liquidation du régime matrimonial (art. 120 al. 1 CC) et le partage de la

293 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_361/2018 du 26 juin 2018, c. 3.1 ; ATF 137 III 102, c. 4.1 ; ATF 132 III 598, c. 9.1 et les arrêts cités.

294 Cf. TF, arrêt 5A_361/2018 du 26 juin 2018, c. 3.1 ; ATF 138 III 289, c. 11.1.1 ; ATF 127 III 136, c. 3a.

prévoyance professionnelle acquise durant le mariage (art. 122-124e CC)²⁹⁵, se décompose en trois étapes²⁹⁶ :

- **la détermination de l'entretien convenable après constatation du niveau de vie des époux pendant le mariage** : le principe est celui selon lequel une contribution d'entretien n'est due que si le mariage a eu une influence concrète sur les conditions d'existence de l'époux qui requiert une telle contribution (« *lebensprägende Ehe* »). A l'origine, tel était le cas, selon la jurisprudence, notamment, lorsque les conjoints avaient des enfants communs ou lorsque le mariage avait duré au moins dix ans²⁹⁷. Le Tribunal fédéral a récemment précisé la notion de mariage qui a concrètement influencé la situation financière d'un époux. La nouvelle jurisprudence a opté pour une définition moins rigide, selon laquelle il faut admettre que le mariage a marqué de son empreinte la situation d'un époux lorsque l'un des conjoints a renoncé à son indépendance économique pour s'occuper du ménage et des enfants, et qu'il n'est donc plus possible pour lui de reprendre son ancienne activité lucrative après de nombreuses années de mariage, alors que l'autre époux a pu se concentrer sur sa carrière professionnelle, compte tenu de la répartition des tâches entre les conjoints²⁹⁸. Il est donc désormais nécessaire d'examiner dans chaque cas si le mariage a eu une influence déterminante sur la vie des époux, sans se fonder uniquement sur le critère de la durée de l'union ou de la présence d'enfants communs. Lorsque l'union conjugale a durablement influencé la situation de l'époux qui requiert une contribution d'entretien, le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord durant la vie commune doit être maintenu pour les deux parties dans la mesure où leur situation financière le permet (art. 125 al. 2 ch. 3 CC) ; il s'agit de la limite supérieure de l'entretien convenable²⁹⁹. S'il résulte de l'augmentation des frais consécutive à l'existence de deux ménages séparés, que le niveau de vie antérieur ne peut pas être conservé, le créancier de l'entretien peut prétendre au même train de vie que le débiteur de l'entretien³⁰⁰.

295 Cf., p. ex., ATF 129 III 7, c. 3.1.2 ; TF, arrêt 5C.276/2001 du 1er mai 2002, c. 3.

296 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_352/2011 du 17 février 2012, c. 7.2.3 non publié in ATF 138 III 150 ; ATF 137 III 102, c. 4.2 et les arrêts cités.

297 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_361/2018 du 26 juin 2018, c. 3.1 ; ATF 137 III 102, c. 4.1.2 ; ATF 135 III 59, c. 4.1 ; TF, arrêt 5A_701/2007 du 10 avril 2008, c. 4.

298 TF, arrêt 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, c. 3.4.3 (publication prévue). Cf. aussi TF, arrêt 5A_104/2018 du 2 février 2021, c. 5 (publication prévue).

299 Cf. TF, arrêt 5A_361/2018 du 26 juin 2018, c. 3.1 ; ATF 141 III 465, c. 3.1 ; ATF 137 III 102, c. 4.2.1.1 ; ATF 132 III 593, c. 3.2.

300 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_352/2011 du 17 février 2012, c. 7.2.3 non publié in ATF 138 III 150 ; ATF 129 III 7, c. 3.1.1.

- **l'examen de la mesure dans laquelle chacun des époux peut financer lui-même l'entretien arrêté à l'étape précédente du raisonnement**, étant précisé que le revenu de la fortune est pris en considération au même titre que le revenu de l'activité lucrative et que les conjoints peuvent se voir imputer un revenu hypothétique afin de les inciter à réaliser le revenu qu'ils sont en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'eux afin de remplir leurs obligations : en particulier, pour déterminer si le débiteur ou le créancier de l'entretien peut se voir imputer un revenu hypothétique, le juge doit procéder en deux étapes : il doit d'abord déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de l'intéressé qu'il exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé ; il doit ensuite établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail³⁰¹. A cet égard, à l'origine, le Tribunal fédéral considérait que l'on ne devait en principe plus exiger d'un époux qui n'avait pas exercé d'activité lucrative pendant un mariage de longue durée de se réinsérer dans la vie économique, lorsqu'il était âgé de 45 ans au moment de la séparation. Selon cette jurisprudence, il ne s'agissait toutefois pas d'une règle stricte, dans la mesure où le juge pouvait s'en écarter en fonction d'autres éléments plaidant en faveur de la prise ou de l'augmentation d'une activité lucrative ; par ailleurs, la limite d'âge tendait à être portée à 50 ans³⁰². A la fin de l'année 2020, le Tribunal fédéral a cependant abandonné cette règle dite « des 45 ans », considérant qu'il convient, désormais, de toujours partir du principe que l'on peut raisonnablement attendre d'un conjoint, même âgé de 45 ans ou plus, qu'il travaille, à la condition toutefois que cette possibilité existe effectivement et qu'aucun motif tel que la garde de jeunes enfants ne s'y oppose³⁰³. Les circonstances concrètes de chaque cas sont décisives (état de santé, activités antérieures éventuellement exercées, flexibilité personnelle, situation du marché du travail, p. ex.). S'agissant du critère de la garde de jeunes enfants, la jurisprudence a précisé que l'on est en droit d'attendre du parent se consacrant à la prise en charge des enfants qu'il recommence à travailler, en principe, à 50 % dès l'entrée du plus

301 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_600/2019 du 9 décembre 2020, c. 5.1.1 ; ATF 143 III 233, c. 3.2 ; ATF 137 III 102, c. 4.2.2.2.

302 Pour des exemples, cf. TF, arrêt 5A_745/2019 du 2 avril 2020, c. 3.2.1 ; TF, arrêt 5A_24/2018 du 21 septembre 2018, c. 5.1.2 ; ATF 137 III 102, c. 4.2.2.2 ; TF, arrêt 5A_206/2010 du 21 juin 2010, c. 5.3.2 et les arrêts cités.

303 Cf. TF, arrêt 5A_907/2018 du 3 novembre 2020, c. 3.4.4 (publication prévue). Cf. aussi TF, arrêt 5A_104/2018 du 2 février 2021, c. 5 (publication prévue).

jeune enfant à l'école obligatoire, à 80 % à partir du moment où celui-ci débute le degré secondaire, et à 100 % dès la fin de sa seizième année (modèle des degrés de scolarité)³⁰⁴. Les lignes directrices établies par la jurisprudence ne sont toutefois pas des règles strictes et leur application dépend du cas concret, le juge du fait en tenant compte dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation³⁰⁵. Par ailleurs, lorsque le juge entend exiger d'une partie la prise ou la reprise d'une activité lucrative, ou encore l'extension de celle-ci, il doit généralement lui accorder un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation ; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas particulier³⁰⁶.

- **dans l'hypothèse où il s'avère que l'un des époux n'est pas en mesure de subvenir lui-même à son entretien convenable, l'évaluation de la capacité contributive du conjoint tenu au versement d'une contribution équitable et la fixation de celle-ci** : si jusqu'à récemment, les tribunaux cantonaux avaient le choix entre plusieurs méthodes de calcul (pluralisme des méthodes), le Tribunal fédéral a récemment unifié la méthode applicable. Selon la nouvelle jurisprudence, le montant de toutes les prestations d'entretien doit désormais être calculé en application de la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent (ou méthode concrète en deux étapes ; « *zweistufig-konkrete Methode* », « *zweistufige Methode mit Überschussverteilung* »)³⁰⁷. La première étape comprend la détermination des ressources financières et des besoins des personnes concernées (les conjoints et, le cas échéant, les enfants ; « *Stufe der Einkommens- und Bedarfsermittlung* »). Les besoins sont évalués selon le minimum vital du droit des poursuites (art. 93 LP³⁰⁸). Dans la seconde étape, il convient de procéder à la répartition des ressources en fonction des besoins selon les critères du minimum vital du droit de la famille (ou « *minimum vital élargi* »). Lorsque les revenus de la famille dépassent le minimum vital du droit de la famille, l'excédent doit être réparti par appréciation en

304 Cf. ATF 144 III 481, c. 4.7.6. Cette jurisprudence, qui a depuis lors été confirmée (cf., p. ex., TF, arrêt 5A_600/2019 du 9 décembre 2020, c. 5.1.2), constitue une modification de la pratique existante. Auparavant, la règle était celle des 10/16 ans, selon laquelle le parent qui, après une séparation ou un divorce, se voyait confier la garde des enfants et n'avait jusqu'alors exercé aucune activité lucrative, devait travailler à un taux de 50 % dès les dix ans du plus jeune enfant et à plein temps dès ses seize ans (pour des exemples, cf. ATF 137 III 102, c. 4.2.2.2 ; ATF 115 II 6, c. 3c).

305 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_600/2019 du 9 décembre 2020, c. 5.1.2 ; ATF 144 III 481, c. 4.7.9.

306 Cf., p. ex., TF, arrêt 5A_600/2019 du 9 décembre 2020, c. 5.1.3.

307 Cf. TF, arrêt 5A_800/2019 du 9 février 2021, c. 4.3 (publication prévue) ; TF, arrêt 5A_891/2018 du 2 février 2021, c. 4 (publication prévue) ; TF, arrêt 5A_311/2019 du 11 novembre 2020, c. 6 et 7 (publication prévue).

308 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP), RS 281.1.

fonction de la situation concrète. En revanche, en situation de déficit, soit si les ressources sont insuffisantes pour couvrir tous les besoins, le minimum vital du conjoint débiteur de l'entretien doit être garanti en premier lieu. Si tel est le cas, les ressources sont ensuite réparties, dans l'ordre suivant : la contribution d'entretien due aux enfants mineurs prime la contribution de prise en charge visant à permettre au parent qui a la garde de subvenir à ses propres besoins s'il a réduit ou cessé son activité lucrative pour prendre en charge l'enfant (art. 285 al. 2 CC) ; si les besoins des enfants mineurs sont garantis, la contribution d'entretien due au conjoint divorcé peut être fixée (art. 125 CC) ; si les besoins du conjoint divorcé créancier de l'entretien sont couverts, l'éventuelle contribution d'entretien due aux enfants majeurs en formation (art. 277 al. 2 CC) sera déterminée.

170. La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'entretien après divorce aura également une incidence sur la prévoyance professionnelle. D'une part, l'art. 20 al. 1 lit. b OPP 2 subordonne le droit aux prestations de survivants du/de la conjoint-e divorcé-e au versement d'une pension alimentaire au moment du divorce. Une pratique plus restrictive en matière d'entretien a donc un effet direct sur la rente de conjoint-e divorcé-e du deuxième pilier. D'autre part, conformément à l'art. 20 al. 3 OPP 2, il existe une corrélation entre l'entretien après divorce et le droit à des prestations de survivants du/de la conjoint-e divorcé-e, en termes de temps, puisque le droit aux prestations de survivants est maintenu aussi longtemps que la rente octroyée lors du divorce (en vertu de l'art. 124e al. 1 ou 126 al. 1 CC) aurait dû être versée.

VI. Executive Summary

Version française :

171. Bien que la prévoyance professionnelle ne contienne plus qu'une inégalité formelle entre les sexes, qui réside dans l'âge légal différencié de la retraite (art. 13 al. 1 LPP), il s'agit d'un régime structurellement inégalitaire (*supra*, III.). La grande majorité des bénéficiaires de rentes de vieillesse sont en effet des hommes (au 31 décembre 2019, 819'887 hommes contre 318'542 femmes percevaient une rente de vieillesse), et l'écart entre les rentes de vieillesse versées aux hommes et aux femmes s'élève à 63 % (soit, une différence de CHF 18'674.- par an).
172. Le deuxième pilier est un régime professionnel, qui a été conçu sur le modèle de l'activité professionnelle exercée à temps plein et de manière ininterrompue. Ce modèle est encore actuellement davantage suivi par les hommes que par les femmes. Ainsi, les personnes sans activité lucrative ne peuvent pas se constituer un deuxième pilier, et le travail non rémunéré (travail ménager, d'éducation et d'assistance) n'est pas pris en compte (*supra*, III., 2., a.). Etant donné que la réalisation d'un revenu annuel minimal auprès d'un-e même employeur-euse (actuellement, CHF 21'510.- ; cf. art. 2 al. 1, 7 et 9 LPP, art. 5 OPP 2) est une condition de l'affiliation au régime obligatoire, et que seule la part du salaire annuel comprise entre CHF 25'095.- et CHF 86'040.- est assurée (cf. art. 2 al. 1 et art. 7-8 LPP), il est en outre plus compliqué pour les personnes occupées à temps partiel ou qui perçoivent de bas revenus d'avoir accès à la prévoyance professionnelle (*supra*, III., 2., b.).
173. Dans la mesure où le montant de la rente de vieillesse dépend des revenus que la personne assurée a retiré de son activité lucrative, l'écart de rentes entre les sexes s'explique en grande partie par l'absence de prise en compte du travail non rémunéré et par les interruptions et/ou les réductions de l'activité professionnelle pour des raisons familiales, qui caractérisent le parcours professionnel des femmes (*supra*, III., 3., a.). L'écart dépend également de l'état civil et de la situation familiale, puisqu'il s'accroît lorsque la femme est mariée et/ou a des enfants (*supra*, III., 3., b.). Si l'écart de rentes entre les sexes s'élève en moyenne à 63 %, il atteint en effet 74.8 % chez les personnes mariées, contre seulement 0.9 % chez les célibataires.
174. Etant donné que le montant de la future rente de vieillesse est clairement tributaire de la participation au marché du travail, du taux d'occupation

ainsi que du niveau de salaire, la réalisation de l'égalité entre les sexes implique une action à différents niveaux (*supra*, III., 4.).

- En premier lieu, il est nécessaire que l'**égalité salariale** devienne une réalité (*supra*, III., 4., a.). Actuellement, le salaire des femmes est en moyenne inférieur de 19 % à celui des hommes, ce qui représente une différence moyenne de CHF 1'545.- par mois. Si environ 56 % de cette différence s'expliquent par des facteurs objectifs tels que la position professionnelle, l'ancienneté ou le niveau de formation, 44 % de cet écart de salaire sont en revanche inexplicables et susceptibles de relever de causes discriminatoires.
- Deuxièmement, il est primordial de prendre des **mesures permettant la conciliation des vies professionnelle et familiale**, afin de garantir une meilleure répartition du travail rémunéré et non rémunéré entre les sexes (*supra*, III., 4., b.). Contrairement à l'idée encore trop souvent présente dans les mentalités, le parcours professionnel de l'homme peut être différent d'un emploi ininterrompu exercé à plein temps, et celui d'une femme ne se résume pas à l'exercice d'une activité à temps partiel ponctué de phases d'interruption destinées à lui permettre de s'occuper des enfants et de la famille. Le modèle familial où les deux parents travaillent doit être soutenu, ce qui implique de promouvoir les mesures qui permettent un partage des responsabilités parentales, afin que les deux parents puissent se constituer un avoir de vieillesse suffisant, en participant au marché du travail en parallèle à l'accomplissement de leurs tâches éducatives. Une offre de places d'accueil extrafamilial en suffisance et à des prix abordables, ainsi que l'introduction d'un congé parental et/ou d'un droit des pères et mères d'obtenir une réduction de leur taux d'occupation durant les premières années de vie de leurs enfants, sont à cet égard des mesures à soutenir.
- Troisièmement, il est nécessaire **de valoriser les différentes formes d'emploi à taux d'occupation réduit**, en plaçant les travailleur-euse-s à temps partiel sur un pied d'égalité avec les travailleur-euse-s à temps plein, en particulier s'agissant des possibilités d'accéder au deuxième pilier et d'occuper des postes avec fonctions dirigeantes (*supra*, III., 4., c.). Une suppression (ou à tout le moins un abaissement) du seuil d'accès et de la déduction de coordination sont en particulier des mesures à préconiser pour améliorer la situation des travailleur-euse-s à temps partiel, dès lors qu'elles permettent une extension du champ d'application personnel de la LPP en faveur des personnes qui perçoivent de petits revenus et/ou qui exercent plusieurs emplois. De telles mesures ont été proposées à plusieurs reprises et existent dans la prévoyance plus étendue (*supra*, III., 2., b.).

- Finalement, la **prise en compte du travail non rémunéré** permettrait également de rendre le deuxième pilier plus égalitaire (*supra*, III., 4., d.). Etant donné que l'écart de rentes entre les sexes s'explique en grande partie par la discontinuité du parcours professionnel des femmes (*supra*, III., 3., a.), une assimilation du travail non rémunéré (travail ménager, d'éducation et d'assistance) à une activité lucrative permettrait de fonder un assujettissement obligatoire à la prévoyance professionnelle, ainsi qu'à l'assurance-accidents et à l'assurance-chômage. Une autre solution à explorer pourrait également consister dans la possibilité d'une continuation de l'assurance avec maintien du salaire coordonné durant les périodes d'interruption de l'activité lucrative ou de réduction du taux d'activité pour des raisons éducatives, sur le modèle de ce qui prévaut actuellement en cas notamment de maladie, de maternité ou de paternité conformément à l'art. 8 al. 3 LPP (*supra*, III., 3., ac.). A cet égard, une motion « *Pour une protection des cotisations au deuxième pilier après la naissance d'un enfant* » (Mo. 19.3803) demandant l'introduction d'une compensation par l'institution supplétive, de tout ou partie des cotisations à la prévoyance professionnelle obligatoire non versées du fait de la réduction du temps de travail ou de l'arrêt de travail après la naissance d'un enfant et jusqu'au début de sa scolarisation, tant pour la mère que pour le père, a été déposée au Parlement en juin 2019. Cette motion a toutefois été liquidée le 18 juin 2021.
175. La différence quant à l'âge légal de la retraite des femmes et des hommes dans la prévoyance professionnelle découle indirectement de la réglementation prévalant dans l'AVS, par renvoi de l'art. 62a OPP 2 à l'art. 21 al. 1 LAVS. Si les institutions de prévoyance sont autorisées à prévoir un âge de la retraite uniforme pour les femmes et les hommes dans leur règlement de prévoyance, les dispositions de la LPP ne les y obligent toutefois pas. Les **inégalités de traitement entre les sexes qui résultent de l'âge légal différencié de la retraite** sont complexes :
- Pour les femmes, même avec un âge de la retraite uniforme (65 ans, p. ex.), le fait que les bonifications de vieillesse acquises entre 64 et 65 ans ne relèvent pas de la prévoyance professionnelle obligatoire, mais uniquement de la prévoyance plus étendue, constitue un désavantage. En particulier, les bonifications de vieillesse accumulées au cours de cette période ne sont pas soumises aux exigences minimales légales (taux de conversion minimum, intérêt minimum).

- Selon les dispositions légales de la LPP actuellement en vigueur, les institutions de prévoyance ne sont pas tenues de proposer des solutions de prévoyance allant au-delà des exigences minimales légales. La fixation d'un âge de la retraite différent pour les femmes et les hommes constitue cependant une violation du principe de l'égalité de traitement prévu par la Constitution fédérale (art. 8 Cst.).
 - Les dispositions de la loi fédérale sur l'égalité entre les femmes et les hommes (LEg) imposent aux employeur-euse-s de veiller à ce que les conditions de travail ne soient pas discriminatoires. A notre avis, la prévoyance professionnelle devrait également être considérée comme faisant partie de ces conditions de travail. Cela étant, un-e travailleur-euse ne saurait déduire de la LEg aucune prérogative à l'encontre d'une institution de prévoyance. En particulier, une institution de prévoyance ne peut pas être obligée, en application des dispositions de la LEg, de proposer des solutions de prévoyance avec un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes. Cela nécessiterait une modification de la LPP (et aussi de la LAVS).
 - Si une institution de prévoyance prévoit dans son règlement un âge de la retraite identique pour les femmes et les hommes, le licenciement d'une femme entre 64 et 65 ans peut contrevenir à l'interdiction de la discrimination. Lorsque tel est le cas, l'employée concernée a le droit, d'une part, au versement d'une indemnité par l'employeur-euse selon l'art. 5 al. 2 et 4 LEg et, d'autre part, à des dommages-intérêts supplémentaires au sens de l'art. 5 al. 5 LEg, dont l'étendue doit être déterminée au cas par cas, en tenant compte des circonstances individuelles.
 - Depuis le 1^{er} janvier 2021, les femmes licenciées entre l'âge de 64 ans et l'âge réglementaire de la retraite ont la possibilité de maintenir l'assurance conformément à l'art. 47a LPP. Les cotisations pour le maintien de l'assurance doivent être payées par l'assurée. Toutefois, en cas de licenciement discriminatoire, ces cotisations peuvent, de notre point de vue, être prises en compte pour fixer l'étendue des dommages-intérêts dus selon l'art. 5 al. 5 LEg.
176. Afin de répondre à la question de savoir si les institutions de prévoyance peuvent appliquer des taux de conversion différents pour les femmes et les hommes, il convient notamment de tenir compte des considérations suivantes :
- La LPP ne détermine pas les facteurs qui sont déterminants pour le montant du taux de conversion. Cela étant, le législateur voit un tel

facteur dans l'espérance de vie des assuré-e-s. La LPP prévoit actuellement le même taux de conversion pour les femmes à 64 ans que pour les hommes à 65 ans. Comme le même taux de conversion est appliqué à deux âges de la retraite différents, la LPP ne garantit pas l'égalité des sexes.

- L'application de taux de conversion différents entre les sexes dans la prévoyance professionnelle plus étendue est de notre point de vue une question sensible. Selon l'Office fédéral de la statistique, l'espérance de vie plus élevée des femmes par rapport aux hommes n'est que partiellement due à des facteurs biologiques. Dans la mesure où des raisons non biologiques sont déterminantes pour la différence d'espérance de vie, la prise en compte de ce facteur lors de la fixation du taux de conversion contrevient au principe constitutionnel de l'égalité de traitement.
 - L'espérance de vie ne constitue que l'un des facteurs qui déterminent le taux de conversion. Si l'espérance de vie statistique différente des femmes et des hommes est prise en considération pour fixer le taux de conversion, il faut également tenir compte des autres différences statistiquement vérifiables qui existent entre les hommes et les femmes. Cela signifie, par exemple, qu'il faudrait également prendre en compte les différences statistiquement vérifiables pour les rentes de survivant-e-s potentielles et les rentes pour enfants complémentaires à la rente de vieillesse. Ces facteurs laissent penser que l'espérance de vie plus élevée (biologiquement fondée) des femmes justifie un taux de conversion différent pour les femmes et les hommes.
177. Dans la prévoyance professionnelle obligatoire, le **seuil d'entrée et la déduction de la coordination** sont avant tout défavorables aux femmes, au vu de leur surreprésentation dans la catégorie des personnes travaillant à temps partiel ou exerçant plusieurs emplois auprès de différent-e-s employeur-euse-s (multiactivité). Comme ni les institutions de prévoyance ni les employeur-euse-s ne sont tenu-e-s de proposer des solutions de prévoyance allant au-delà des prestations minimales obligatoires selon la LPP, les dispositions légales de la LPP doivent être adaptées. Dans ce contexte, il conviendrait de renoncer à tout seuil d'entrée (ou à tout le moins de réduire celui-ci). En cas de multiactivité, une déduction de coordination ne devrait être imputée qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés.
178. L'**évaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel** comporte des désavantages, qui concernent principalement les femmes puisqu'elles occupent plus fréquemment des emplois

à temps partiel que les hommes. La discrimination indirecte résultant de l'application de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité dans l'assurance-invalidité, qui a été admise par la CourEDH dans l'affaire « *Di Trizio c. Suisse* », n'a pas encore été éliminée dans la prévoyance professionnelle en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nous considérons qu'il est indispensable de modifier la LPP afin que, dans la prévoyance professionnelle également, le revenu sans invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel soit déterminé en se fondant sur une hypothétique activité lucrative exercée à plein temps.

179. La pratique plus restrictive du Tribunal fédéral en matière d'entretien après divorce (*supra*, V.) aura une incidence directe sur le droit à la rente de conjoint-e divorcé-e de la prévoyance professionnelle, puisque l'art. 20 al. 1 lit. b OPP 2 subordonne le droit aux prestations de survivants du/de la conjoint-e divorcé-e au versement d'une pension alimentaire au moment du divorce. Conformément à l'art. 20 al. 3 OPP 2, le droit aux prestations de survivants est par ailleurs maintenu aussi longtemps que la rente octroyée lors du divorce (en vertu de l'art. 124e al. 1 ou 126 al. 1 CC) aurait dû être versée.

Deutschsprachige Version :

180. Obwohl die berufliche Vorsorge nur noch eine formale Geschlechterungleichheit aufweist, die im unterschiedlichen gesetzlichen Rentenalter liegt (Art. 13 Abs. 1 BVG), weist sie strukturelle Ungleichheiten auf. Die überwiegende Mehrheit der Begünstigten von Altersrenten sind Männer (am 31. Dezember 2019 bezogen 819'887 Männer gegenüber 318'542 Frauen eine Altersrente der beruflichen Vorsorge). Der Unterschied zwischen den an Männer und Frauen ausgerichteten Altersrenten beträgt 63 %. Das entspricht einer jährlichen Differenz von CHF 18.674.-.
181. Die zweite Säule ist ein betriebliches Vorsorgesystem, das auf dem Modell einer ununterbrochenen Vollzeitätigkeit konzipiert wurde. Diesem folgen derzeit noch mehr Männer als Frauen. Insbesondere können nicht erwerbstätige Personen keine zweite Säule bilden. Unbezahlte Arbeit (Haus-, Erziehungs- und Pflegearbeit) wird nicht berücksichtigt. Da ein jährliches Mindesteinkommen beim gleichen Arbeitgeber / bei der gleichen Arbeitgeberin (derzeit CHF 21'510.-; vgl. Art. 2 Abs. 1, 7 und 9 BVG, Art. 5 BVV 2) Voraussetzung für die Zugehörigkeit zur obligatorischen Versicherung ist und nur der Anteil des Jahreslohns zwischen CHF 25'095.- und CHF 86'040.- versichert ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 7-8 BVG), ist es für Teilzeitbeschäftigte oder Personen mit geringem Einkommen schwieriger, Zugang zur beruflichen Vorsorge zu erhalten.
182. Soweit die Höhe der Altersrente vom Einkommen abhängt, das die versicherte Person mit einer Erwerbstätigkeit erzielt, erklärt sich der Unterschied bei den Renten zwischen den Geschlechtern zu einem grossen Teil mit der Nichtberücksichtigung unbezahlter Arbeit und aus familienbedingten Unterbrechungen bzw. Reduktionen der Berufstätigkeit. Diese sind für die Erwerbsbiografie von Frauen charakteristisch. Der Unterschied der Altersrenten hängt auch vom Familienstand und der Familiensituation ab. Er nimmt zu, wenn die Frau verheiratet ist und/oder Kinder hat. Der Unterschied bei den Renten zwischen den Geschlechtern beträgt im Durchschnitt 63 %. Er liegt bei Verheirateten bei 74,8 %, bei Alleinstehenden demgegenüber bei 0,9 %.
183. Da die Höhe der Altersrenten in der beruflichen Vorsorge eindeutig von der Erwerbsbeteiligung, der Beschäftigungsquote und dem Lohnniveau abhängt, erfordert die Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern Massnahmen auf verschiedenen Ebenen.

- Erstens ist es notwendig, dass eine **Lohngleichheit** verwirklicht wird. Gegenwärtig sind die Löhne der Frauen im Durchschnitt 19 % niedriger als diejenigen der Männer. Das entspricht einer durchschnittlichen Differenz von CHF 1'545.-- pro Monat. Während ca. 56 % dieses Unterschieds durch objektive Faktoren wie berufliche Position, Dienstalter oder Bildungsniveau erklärt werden können, sind 44 % dieses Lohnunterschieds unerklärt und können auf diskriminierende Ursachen zurückzuführen sein.
- Zweitens ist es unerlässlich, **Massnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie** zu ergreifen, um eine bessere Verteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit zwischen den Geschlechtern zu gewährleisten. Entgegen der immer noch verbreiteten Auffassung kann die Erwerbsbiografie eines Mannes anders ausgestaltet sein als eine ununterbrochene Vollzeitbeschäftigung. Die Erwerbsbiografie einer Frau muss sich nicht auf eine Teilzeitbeschäftigung mit Unterbrechungen beschränken, damit sie sich um Kinder und Familie kümmern kann. Damit beide Elternteile erwerbstätig sein können, müssen Massnahmen gefördert werden, die eine Aufteilung der elterlichen Pflichten ermöglichen, damit beide Elternteile eine ausreichende Altersvorsorge aufbauen können. Sie müssen am Arbeitsmarkt teilnehmen und gleichzeitig ihre Erziehungsaufgaben wahrnehmen können. Ein ausreichendes und erschwingliches Angebot an ausserhäuslichen Kinderbetreuungsplätzen sowie die Einführung von Elternurlaub und/oder das Recht von Vätern und Müttern auf eine Reduzierung ihrer Erwerbsquote in den ersten Lebensjahren ihrer Kinder sind Massnahmen, die in dieser Hinsicht zu unterstützen sind.
- Drittens ist es notwendig, **die verschiedenen Formen der Beschäftigung mit einem reduzierten Beschäftigungsgrad aufzuwerten**. Teilzeitbeschäftigte müssen den Vollzeitbeschäftigten gleichgestellt werden, insbesondere im Hinblick auf den Zugang zur zweiten Säule sowie betreffend die Besetzung von Stellen mit Führungsaufgaben. Insbesondere eine Senkung (oder gar Abschaffung) der Eintrittschwelle und des Koordinationsabzugs sind Massnahmen, die zur Verbesserung der Situation von Teilzeitbeschäftigten zu empfehlen sind, sofern sie eine Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs des BVG zugunsten von Personen mit geringem Einkommen und/oder mit mehreren Beschäftigungen ermöglichen. Solche Massnahmen wurden mehrfach vorgeschlagen und existieren in der weitergehenden beruflichen Vorsorge (oben, III., 2., b).
- Schliesslich würde viertens die **Berücksichtigung von unbezahlter Arbeit** zur Verbesserung der Gleichstellung in der zweiten Säule beitra-

gen. Da die Unterschiede bei den Renten zwischen den Geschlechtern zu einem grossen Teil auf die Unstetigkeit in den Erwerbsverläufen von Frauen zurückzuführen sind, würde die Gleichsetzung von unbezahlter Arbeit (Haus-, Erziehungs- und Pflegearbeit) mit der Erwerbsarbeit eine verpflichtende Absicherung durch die berufliche Vorsorge, die Unfallversicherung und die Arbeitslosenversicherung ermöglichen. Als weitere Lösung könnte auch die Möglichkeit einer Weiterversicherung mit koordinierter Lohnfortzahlung während Zeiten des Erwerbsunterbruchs oder einer Reduktion des Arbeitspensums aus erzieherischen Gründen geprüft werden, ähnlich wie dies heute bei Krankheit, Mutterschaft oder Vaterschaft gemäss Art. 8 Abs. 3 BVG der Fall ist. In diesem Zusammenhang wurde im Juni 2019 im Parlament eine Motion "Für den Schutz der Beiträge der zweiten Säule nach der Geburt eines Kindes" (Mo. 19.3803) eingereicht, welche die Einführung einer Entschädigung durch die Auffangeinrichtung für alle oder einen Teil der Beiträge an die obligatorische berufliche Vorsorge fordert, die aufgrund der reduzierten Arbeitszeit oder der Einstellung der Arbeit nach der Geburt eines Kindes und bis zum Beginn der Schulzeit nicht bezahlt wurden, und zwar sowohl für die Mutter als auch für den Vater. Diese Motion wurde am 18. Juni 2021 aufgehoben.

184. Das Unterschiedliche gesetzliche Rentenalter von Frauen und Männern in der beruflichen Vorsorge lehnt sich an die Regelung in der AHV an. Die Vorsorgeeinrichtungen können zwar im Vorsorgereglement ein einheitliches Rentenalter für Frauen und Männer vorsehen. Sie sind dazu aber aufgrund der Vorschriften des BVG gesetzlich nicht verpflichtet. Die **Ungleichbehandlungen der Geschlechter, die infolge eines unterschiedlichen Rentenalters eintreten**, sind vielschichtig:

- Für Frauen wirkt sich selbst bei einem einheitlichen Rentenalter (von z.B. 65 Jahren) nachteilig aus, dass die Altersgutschriften zwischen dem 64. und dem 65. Altersjahr nicht der obligatorischen, sondern der überobligatorischen beruflichen Vorsorge angehören. Insbesondere unterliegen die in dieser Zeitspanne geäußerten Altersgutschriften nicht den gesetzlichen Mindestvorschriften (Mindestumwandlungssatz, Mindestzins).
- Die Vorsorgeeinrichtungen sind aufgrund der heute geltenden gesetzlichen Vorschriften des BVG nicht verpflichtet, über die gesetzlichen Mindestvorschriften hinausgehende Vorsorgelösungen anzubieten. Das unterschiedliche Rentenalter von Frauen und Männern stellt aber einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der Bundesverfassung (Art. 8 BV) dar.

- Die Vorschriften des Gleichstellungsgesetzes (GIG) verpflichten die Arbeitgeberin / den Arbeitgeber zu einer diskriminierungsfreien Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen. Auch die berufliche Vorsorge müsste u.E. als Teil dieser Arbeitsbedingungen verstanden werden. Demgegenüber lassen sich aus dem GIG keine Ansprüche gegenüber den Vorsorgeeinrichtungen ableiten. Insbesondere kann eine Vorsorgeeinrichtung nicht gestützt auf die Vorschriften des GIG dazu verpflichtet werden, Vorsorgelösungen mit einem gleichen ordentlichen Rentenalter für Frauen und Männer vorzusehen. Hierzu wäre eine Anpassung des BVG (und zudem des AHVG) erforderlich.
 - Sieht eine Vorsorgeeinrichtung ein egalitäres Rentenalter für Frauen und Männer im Reglement vor, so verstossen Kündigungen, die gegen Frauen zwischen dem 64. und 65. Altersjahr ausgesprochen werden, gegen das Diskriminierungsverbot. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen haben einerseits Anspruch auf eine Entschädigung gemäss Art. 5 Abs. 2 und 4 GIG. Andererseits haben sie gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG Anspruch auf weiteren Schadenersatz. Der Umfang des Schadens muss im konkreten Einzelfall ermittelt werden.
 - Zwischen dem 64. Altersjahr und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter gekündigte Frauen haben seit dem 1. Januar 2021 die Möglichkeit, eine Weiterversicherung nach Art. 47a BVG einzugehen. Die Beiträge für die Weiterversicherung sind von der versicherten Person selbst zu bestreiten. Diese können aber u.E. im Falle einer diskriminierenden Kündigung Gegenstand des Schadenersatzes gemäss Art. 5 Abs. 5 GIG sein.
185. Für die Beantwortung der Frage, ob Vorsorgeeinrichtungen **unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer** anwenden dürfen, sollte insbesondere folgende Überlegungen angestellt werden:
- Das BVG bestimmt die Faktoren, die für die Höhe des Umwandlungssatzes massgebend sind, nicht. Der Gesetzgeber sieht einen Faktor jedoch in der Lebenserwartung der versicherten Personen. Das BVG sieht derzeit für Frauen im Alter 64 und für Männer im Alter 65 den gleichen Umwandlungssatz vor. Da der gleiche Umwandlungssatz bei unterschiedlichen Rentenaltern angewandt wird, verwirklicht das BVG keine Geschlechtergleichbehandlung.
 - Unterschiedliche Umwandlungssätze für die Geschlechter in der weitergehenden beruflichen Vorsorge sind u.E. als heikel zu beurteilen. Die höhere Lebenserwartung von Frauen gegenüber Männern ist gemäss Bundesamt für Statistik nur teilweise mit biologischen Faktoren zu begründen. Soweit nicht-biologische Gründe für die unter-

schiedliche Lebenserwartung massgebend sind, verstösst eine Berücksichtigung dieses Faktors bei der Festsetzung des Umwandlungssatzes gegen das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot.

- Die Lebenserwartung ist nur ein für die Höhe des Umwandlungssatzes bestimmender Faktor. Wird die unterschiedliche statistische Lebenserwartung von Frauen und Männern beim Umwandlungssatz berücksichtigt, so muss dies auch für weitere statistisch erfassbare Faktoren gelten. Dies trifft z.B. auf die anwartschaftlichen Hinterlassenenleistungen sowie die Alterskinderrenten zu. Diese Faktoren lassen es als fraglich erscheinen, dass die höhere (biologisch begründete) Lebenserwartung der Frauen einen unterschiedlichen Umwandlungssatz bei Frauen und Männern rechtfertigt.
186. **Eintrittsschwelle und Koordinationsabzug** in der obligatorischen beruflichen Vorsorge wirken sich überwiegend für Frauen nachteilig aus, da mehrheitlich Frauen Teilzeitbeschäftigungen und Mehrfachbeschäftigungen bei verschiedenen Arbeitgeberinnen /Arbeitgeber nachgehen. Da weder die Vorsorgeeinrichtungen noch die Arbeitgeberinnen / Arbeitgeber dazu verpflichtet sind, Vorsorgelösungen anzubieten, die über die obligatorische Mindestvorsorge gemäss BVG hinausgehen, müssen die gesetzlichen Vorschriften des BVG angepasst werden. Dabei sollte auf eine Eintrittsschwelle gänzlich verzichtet werden (oder die gesetzliche Eintrittsschwelle zumindest reduziert werden). Bei Mehrfachbeschäftigungen sollte ein Koordinationsabzug nur einmal für sämtliche Vorsorgeverhältnisse vorgenommen werden dürfen.
187. Die **Invaliditätsbemessung bei Teilerwerbstätigen** benachteiligt in erster Linie teilerwerbstätige Frauen. Die vom EGMR im Fall «Di Trizio vs. Schweiz» beanstandete indirekte Diskriminierung der gemischten Invaliditätsbemessungsmethode in der Invalidenversicherung wurde aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der beruflichen Vorsorge noch nicht überwunden. Es drängt sich u.E. auf, das BVG dahingehend zu ergänzen, dass auch in der beruflichen Vorsorge das Valideneinkommen teilerwerbstätiger Personen auf der Grundlage einer hypothetischen Vollzeiterteilnahme bestimmt werden muss.
188. Die restriktivere Praxis des Bundesgerichts in Bezug auf den **nachehelichen Unterhalt** (siehe oben, V.) wird sich direkt auf den Anspruch auf eine Rente des geschiedenen Ehegatten / der geschiedenen Ehegattin aus der beruflichen Vorsorge auswirken, da Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe b BVV2 den Anspruch des geschiedenen Ehegatten auf Hinterlassenenleistungen von der Zahlung einer Unterhaltsrente im Zeitpunkt der Scheidung

abhängig macht. Gemäss Art. 20 Abs. 3 BVV2 bleibt nämlich der Anspruch auf Hinterlassenenleistungen nur so lange erhalten, wie die im Zeitpunkt der Scheidung gewährte Rente (gemäss Art. 124e Abs. 1 oder 126 Abs. 1 ZGB) hätte ausgerichtet werden müssen.

VII. Recommandations

189. Les auteur-e-s de la présente expertise adressent les recommandations suivantes :

- Introduire un congé et des allocations parentales : Le congé parental est une mesure de conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale qui permet un partage plus équitable du travail d'éducation entre les parents et qui favorise ainsi l'égalité entre les sexes tant dans le monde du travail que dans la famille. Afin d'inciter les pères à bénéficier du congé parental, le dispositif à mettre en place devrait reconnaître un droit individuel du père et de la mère à une partie du congé (nombre déterminé de semaines ou de mois) non transférable d'un parent à l'autre. Le congé parental devrait être assorti du versement d'allocations parentales couvrant une partie du salaire perçu avant le congé (80%, p. ex.), sur le modèle des allocations de maternité (art. 16*b-h* LAPG), de paternité (art. 16*i-m* LAPG) et de prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé (art. 16*n-s* LAPG). L'introduction d'un congé et d'allocations parentales nécessiterait de modifier le Code des obligations (adoption d'un art. 329*j* CO, p. ex.) et la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (adoption d'art. 16*t* ss LAPG, p. ex.). La possibilité de continuer l'assurance obligatoire avec maintien du salaire coordonné devrait être offerte durant le congé parental, sur le modèle de ce qui prévaut actuellement pendant les congés de maternité, de paternité et de prise en charge (modification de l'art. 8 al. 3 LPP).
- Supprimer le seuil d'accès et la déduction de coordination (ou à tout le moins abaisser leur montant) : Le seuil d'accès et la déduction de coordination sont défavorables aux travailleur-euse-s à temps partiels et aux personnes percevant de bas revenus dans la mesure où leur application revient à priver certaines catégories de personnes de la protection du deuxième pilier. Supprimer la déduction de coordination et le seuil d'accès (ou en diminuer le montant) dans la prévoyance obligatoire nécessiterait l'intervention du législateur (modification des art. 2 al. 1, 7 al. 1 et 8 al. 1 LPP). Une adaptation du montant du seuil d'accès et/ou de la déduction de coordination en fonction du taux d'occupation, sur le modèle des réductions prévues pour les assuré-e-s partiellement invalides selon l'art. 4 OPP 2, pourrait également constituer une solution. En cas de multiactivité, une déduction de coordination ne devrait être imputée qu'une seule fois, sur le montant total des salaires assurés. Ce principe, qui existe déjà dans l'assurance facultative, compte tenu de l'art. 29 al. 1 OPP2, qui prévoit que l'ensemble des revenus provenant d'une activité

lucrative de l'assuré est pris en compte pour déterminer le salaire coordonné, devrait être inscrit dans la loi afin de l'étendre au domaine de l'assurance obligatoire (modification de l'art. 8 LPP).

- La problématique de l'évaluation de l'invalidité des personnes travaillant à temps partiel dans la prévoyance professionnelle devrait être résolue par une modification de la loi. Le 1^{er} janvier 2022, dans le cadre de la réforme du développement continu de l'assurance-invalidité, un nouvel art. 24a LPP entrera en vigueur. L'objet de cette disposition est l'échelonnement de la rente d'invalidité en fonction du taux d'invalidité de l'assuré-e. L'art. 24a LPP devrait être complété d'un alinéa 5, aux termes duquel, pour les assuré-e-s qui n'exerçaient qu'une activité à temps partiel lors de la survenance de l'atteinte à la santé, le revenu qu'ils/elles auraient perçu sans l'atteinte à la santé doit être extrapolé pour un emploi exercé à temps plein. La disposition pourrait par exemple être formulée comme ceci : *Pour les personnes qui exerçaient une activité lucrative à temps partiel, le taux d'invalidité est déterminé en extrapolant le revenu que l'assuré-e aurait pu obtenir de l'activité lucrative exercée à temps partiel, s'il/elle n'était pas invalide, pour la même activité lucrative exercée à plein temps.*

Dr. iur. Stéphanie Perrenoud

Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler

*Spécialiste en assurances sociales avec brevet
fédéral*

Les soussignés attirent l'attention sur le fait que le présent avis ne peut offrir aucune garantie que les autorités ou les tribunaux saisis de la question parviendront aux mêmes conclusions.

BIBLIOGRAPHIE

AESCHBACHER Monique/LAUTERBURG Margareta/LISCHETTI-GREBER Barbara, Durchs Netz gefallen - Eine juristische Analyse der Stellung der Frauen im schweizerischen Sozialversicherungssystem unter Berücksichtigung der Eigenheiten von Frauenlebensläufen, Cahiers d'études de la SSPS, n° 34, 2e éd., Muri 1994.

AUBERT Maurice, La LPP et les femmes, in : RCC 1987, pp. 344-353.

BAUMANN Katerina/LAUTERBURG Margareta, Assurances sociales, in : Des acquis - mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, juin 1995, pp. 163-178.

BAUMANN Katerina/LAUTERBURG Margareta, Knappes Geld - ungleich verteilt : Gleichstellungsdefizite in der Invalidenversicherung, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/München 2001.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Problems around gender equality in social security, in : Frauen im Recht : Kindsmörderinnen und Richterinnen – Quoten und Soziale Sicherheit, Berne 2000, p. 79-116.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Soziale Sicherung der Frau, Peter Lang, Berne 1979.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith/KÄGI-DIENER Regula, Kommentar zu Art. 8 BV, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^e éd. Zurich/Bâle/Genève 2014.

BLATTMANN Lynn, Travail - Profession, dans : Des acquis - mais peu de changements ? La situation des femmes en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, Berne, juin 1995, pp. 141-146.

BROCAS Anne-Marie, L'égalité de traitement des hommes et des femmes dans le domaine de la sécurité sociale : examen d'ensemble, RISS n° 3-1988, pp. 263-282.

BROCAS Anne-Marie/CAILLOUX Anne-Marie/OGET Virginie, Les femmes et la sécurité sociale, Bureau international du Travail, Genève 1988.

CALONDER GERSTER, Anita E., La situation de la femme active : Causes médiate et immédiates des problèmes particuliers que rencontrent les femmes dans le choix de leur profession, dans leur carrière et lorsqu'elles interrompent ou reprennent leur activité professionnelle - étude en vue de la mise en oeuvre de l'arrêté fédéral instituant des mesures spéciales en faveur du perfectionnement professionnel, Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, Berne 1990.

CHRISTEN Andreas, Gender pension gap - Mythes, faits et approches de solution concernant la lacune de prévoyance des femmes, Etude Swiss Life, Zurich 2019.

CONFÉRENCE SUISSE DES IMPÔTS, Prévoyance et impôts, Muri/Bern 2020.

DE HALLER Geneviève, Divorce et LPP, in : Divorce et assurances sociales, Colloque de Martigny 1987, Institut de recherches sur le droit de la responsabilité civile et des assurances (IRAL), Lausanne 1987, pp. 19-33.

DESPLAND Béatrice, Femmes et assurances sociales, Editions Réalités sociales, Lausanne 1992.

DESPLAND Béatrice, Situation de la femme au sein des assurances sociales, in : Familles et solidarité dans une société en mutation, Editions Réalités sociales, Lausanne 1990.

FLUDER Robert/Salzgeber Renate, L'écart entre les rentes des femmes et des hommes, Sécurité sociale, CHSS n° 4-2016, p. 38-44.

FLUDER Robert/SALZGEBER Renate, Une retraitée sur deux n'a pas de rente du IIe pilier, La Vie économique, n° 5-2017, pp. 47-49.

FLUDER Robert/SALZGEBER Renate/von GUNTEN Luzius/Kessler Dorian/Fankhauser Regine, Ecart de rentes en Suisse : différences entre les rentes de vieillesse des femmes et des hommes, Aspects de la sécurité sociale, Rapport de recherche n° 12/16, Office fédéral des assurances sociales, Berne 27 février et 9 octobre 2015.

GÄCHTER Thomas/MICHEL-ALDER Elisabeth, Flexibilisierung des Rentenalters – Rahmenbedingungen für einen bedürfnisgerechte Ausstieg aus dem Berufsleben, in : Fuhrer Stephan (ed.) Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjähren Bestehen, Zurich/Bâle/Genève 2010, pp. 145-159.

GANI Sabina, Concilier vie de famille et vie professionnelle : une affaire de femmes ?, Les Editions de l'Hèbe, Charmey 2016.

GEISER Thomas/KÄGI-DIENER Regula, Zu unterschiedlichen Umwandlungssätzen für Frau und Mann in der beruflichen Vorsorge : Zwei Gutachten, Nr. 101 der Reihe Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St. Gallen, St-Gall, mai 2004.

HELBLING Carl, Personalvorsorge und BVG, 8^e éd., Berne/Stuttgart/Vienne 2006.

HÜRZELER Marc, Berufliche Vorsorge, Bâle 2020.

LAUTERBURG Greta, Die Stellung der Frauen in der schweizerischen Altersvorsorge, in : Volk und Recht, numéro spécial "Frau und soziale Sicherheit : Sozialversicherung - Hindernis zur Emanzipation ?", Bâle 1980, pp. 11-30.

LEUBA Audrey, La répartition traditionnelle des tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme, Staempfli, Berne 1997.

LEUZINGER Susanne, La sécurité sociale des femmes en Suisse (résumé), in : Susanne Altermatt et al. (éds.), Difference and Equality in the Theory and Practice of Law, Fifth Swiss Feminist Lawyers' Congress 29-30 April 1994, Bâle 1995, pp. 75-82.

LEUZINGER-NAEF Susanne, Ausgleich der beruflichen Vorsorge bei Scheidung, Plädoyer n° 2-1989, pp. 42-48.

LEUZINGER-NAEF Susanne, Insuffisances du système actuel de prévoyance professionnelle (particulièrement de la LPP) dans l'optique de l'égalité entre femmes et hommes, Frauenfragen/Questions au féminin, n° 3-1988, pp. 15-28.

MARIN Bernd/ZOLYOMI Eszter, Travail et retraite des femmes : évaluation de la situation, Sécurité sociale, CHSS n° 6-2010, pp. 330-334.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Enquête suisse sur la population active (ESPA) : participation au marché du travail 2010-2018 - La population suisse participe encore davantage au marché du travail, Communiqué de presse du 23 avril 2019.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Enquête suisse sur la population active (ESPA), Travail domestique et familial : Nombre d'heures par semaine en moyenne, Population résidente permanente âgée de 15 ans et plus, pour l'année 2016 (T 03.06.02.01).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), La qualité de l'emploi en Suisse, Neuchâtel 2015.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE (OFS), Les mères sur le marché du travail - Enquête suisse sur la population active (ESPA), Neuchâtel, octobre 2016.

PAUCHARD Catherine, Femmes divorcées et sécurité sociale, Editions EESP, Lausanne 1991.

PERRENOUD Stéphanie, Durées du travail et discrimination : solutions dans la perspective de l'égalité des sexes, AJP/PJA, n° 4-2017, pp. 657-682.

PERRENOUD Stéphanie, Prévoyance professionnelle et égalité entre les sexes : état des lieux et perspectives (1^{ère} partie), HAVE/REAS, n° 1-2020, pp. 3-15.

PERRENOUD Stéphanie, Prévoyance professionnelle et égalité entre les sexes : état des lieux et perspectives (2^e partie), HAVE/REAS, n° 2-2020, pp. 131-145.

PIEGAI Jérôme, Travail à temps partiel et prévoyance professionnelle, in : Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 148 du 13 septembre 2018, n° 994, p. 6-8.

PORTMANN Wolfgang/WILDHABER Isabelle, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4^e éd. Zurich/St-Gall 2020.

PORTMANN Wolfgang/von KAENEL Adrian (eds.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018.

RIEMER-KAFKA Gabriela, Die Gleichstellung von Mann und Frau in der schweizerischen Sozialversicherung, SZS/RSAS, n^{os} 5/6-1991, pp. 225-240 et 291-308.

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/Gächter Thomas, BVG und FZG, 2^e éd., Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Staempfli, Berne 2019.

SCHULZ Patricia, Réflexions juridiques autour du thème femmes et travail, in : Femmes et travail. Enjeux et perspectives de l'activité féminine en Suisse, Editions Réalités sociales, Lausanne 1991, pp. 89-103.

SCHÜPBACH Jan/GACHET Emilie, Retraite anticipée : de plus en plus compliquée, Crédit Suisse, Prévoyance vieillesse, septembre 2020.

SCHÜPBACH Jan/GACHET Emilie/MENDELIN Thomas, Mind the gap : temps partiel, congé, lacune de prévoyance, Crédit Suisse, Prévoyance vieillesse individuelle, avril 2019.

THALMANN-ANTENEN Hélène, Einige Gedanken zur Stellung der Frau in der beruflichen Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenvorsorge, SZS/RSAS, n° 1-1975, pp. 55-62.

VISCHER Frank, Der Arbeitsvertrag, 3^e édition, Bâle 2005.

WANNER Philippe, Mortalité différentielle : implications pour la sécurité sociale, CHSS, n° 6/2012, pp. 351-356.

Conférence Suisse des délégué-e-s à l'égalité
Hotelgasse 1
Case postale
3001 Berne
Tel. +41 (0)31 328 40 46
info@equality.ch
www.equality.ch