

Décision CEDH B. contre la Suisse, affaire n°[78630/12](#) du 20.10.2020



[Kurt Pärli Professor Doktor Universität Basel](#)

Zusammenfassung

Gemäss [Art. 24 Abs. 2 AHVG](#) entfällt der Anspruch auf eine Witwerrente, wenn das jüngste Kind das 18. Altersjahr erreicht. Witwen erhalten in der gleichen Situation die Rente weiterhin. Der EGMR sieht darin eine Verletzung von [Art. 14 EMRK](#) in Verbindung mit [Art. 8 EMRK](#). Das Urteil wird über diesen Einzelfall hinaus Folgen haben. Der Gesetzgeber ist gefordert, solche Ungleichheiten zu beseitigen. Das Urteil ist nicht unumstritten. Kritisiert wird, der EGMR würde sich anmassen, die Rolle einer Europäischen Sozialversicherungsgerichts zu übernehmen. Eine Analyse des vorliegenden Entscheides in einem grösseren Kontext zeigt, dass es durchaus Gründe für eine «punktuelle Korrektur aus Strassburg» gibt. Dies führt weder zu einer finanziellen Belastung des schweizerischen Sozialversicherungssystems noch zu einer Unterhöhlung demokratischer Entscheidungen.

Résumé

En application de l'article 24, paragraphe 2, de la LAVS, le droit à une rente de veuf s'éteint lorsque le plus jeune enfant atteint l'âge de 18 ans. Les veuves continuent à percevoir la pension dans la même situation. La Cour européenne des droits de l'homme y voit une violation de l'article 14 en liaison avec l'article 8 de la CEDH. L'arrêt aura des conséquences au-delà de ce cas individuel. Le législateur est appelé à éliminer ces inégalités. Le jugement n'est pas sans controverse. La critique est que la Cour européenne des droits de l'homme présumerait assumer le rôle d'une Cour européenne de sécurité sociale. Une analyse du présent arrêt dans un contexte plus large montre qu'il y a certainement des raisons pour une « correction sélective depuis Strasbourg ». Cela n'entraînerait ni une charge financière pour le système de sécurité sociale suisse ni une remise en cause des décisions démocratiques.

Table des matières

- I. [Faits, recours et décision](#)
- II. [Considérants](#)
 - 1. [Recevabilité du recours](#)
 - 2. [la violation de l'article 14 de la CEDH](#)
 - 3. [Pas de compensation, mais une satisfaction](#)
 - 4. [Avis spécial du juge Keller](#)
- III. [Remarques](#)
 - 1. [Effets de l'arrêt](#)
 - 2. [\(Non\) la portée de l'inégalité entre les sexes](#)
 - 3. [Les questions de sécurité sociale et la CEDH](#)

I. Faits, recours et décision

Après le décès de sa femme en 1994, Max Beeler, né en 1953 à Appenzell, a eu droit à une pension de veuf. ¹ Il s'occupe de ses filles à plein temps et reçoit des prestations complémentaires en plus de la pension de veuvage. Le 9.9.2010, la caisse de compensation compétente, sur la base de l'[art. 24 al. 2 LAMal](#),² a décrété la suppression de la rente de veuf. Selon cette disposition, le droit à une pension de veuf, contrairement à celui à une pension de veuve, prend fin "lorsque le dernier enfant du veuf atteint l'âge de 18 ans". Le droit aux prestations complémentaires a également expiré avec la suppression de la pension de veuf. Le recours introduit contre cette décision a été rejeté par le Tribunal cantonal supérieur d'Appenzell Rhodes-Extérieures dans sa décision du 22 juin 2011. Max Beeler a également été débouté devant la Cour suprême fédérale ; son appel a été rejeté le 4.5.2012.³

Devant le Tribunal fédéral, le plaignant s'est plaint d'une violation de l'article 14 en liaison avec l'[article 8 de la CEDH](#). Les garanties de la CEDH priment sur le droit national. Le Tribunal fédéral a rejeté l'applicabilité de la CEDH dans le cas présent. La jurisprudence de la CEDH sur la garantie non discriminatoire des prestations de sécurité sociale n'était pas contraignante pour la Suisse en raison de l'absence de ratification du protocole additionnel n° 1 à la CEDH. ⁴ Aucun droit aux prestations de sécurité sociale ne peut être tiré de l'[article 8](#) de la CEDH⁵ et l'[article 14 de la CEDH](#) n'a pas de signification indépendante. ⁶ Le Tribunal fédéral a toutefois souligné qu'en adoptant l'article 4, alinéa 2, de la [Constitution fédérale \(art. 8 LB\)](#) depuis le 1.1.2000), le législateur constitutionnel avait stipulé avec autorité que les femmes et les hommes doivent être considérés comme sensiblement égaux dans l'ensemble du système juridique et que, par conséquent, il était interdit aux législateurs tant cantonaux que fédéraux de traiter les hommes et les femmes de manière inégale. Le sexe ne pourrait être considéré comme un critère valable de différenciation juridique que si des différences biologiques ou fonctionnelles fondées sur le sexe le justifiaient. La Cour suprême fédérale souligne également qu'il faut surmonter une compréhension dépassée des rôles. ⁷ La réglementation différente pour les veuves et les veufs ne pourrait pas être justifiée par des différences biologiques ou fonctionnelles. Le législateur n'était pas prêt à éliminer cette inégalité dans le cadre de la 11e révision de l'AVS. Le Tribunal fédéral a donc conclu que l'[article 190 BV](#) ne permettait pas une appréciation du cas qui s'écarte de l'[article 24 al. 2 L AMal](#).⁸

Le 19.11.2012, une plainte a été déposée contre la Suisse pour violation de l'[art. 14](#) de la CEDH en liaison avec l'[art. 8](#) de la CEDH. Le 20.10.2020, la troisième section de la CEDH a statué en faveur du plaignant. ⁹ D'une part, la Suisse doit payer les frais d'avocat de Max Beeler (6380,- euros) et lui verser également 5000,- euros à

titre de satisfaction. Le jugement n'est pas encore définitif. La Suisse dispose de trois mois pour saisir la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

II. Considérants

1. Recevabilité du recours

La Suisse a contesté la recevabilité du recours au motif que la rente de survivant de l'AVS constitue un revenu de remplacement destiné à atténuer les conséquences financières du décès du soutien de famille. Une telle prestation n'est donc pas comparable aux prestations qui visent spécifiquement et directement à promouvoir la vie familiale et l'entretien des enfants et dont les coûts sont couverts par la rente d'orphelin de l'AVS. Il n'y avait donc aucun lien avec la vie familiale protégée par l'[article 8 de la CEDH](#). Le plaignant n'a pas pu démontrer dans quelle mesure la perte de la pension due à la majorité de la fille a affecté l'organisation de la vie familiale.¹⁰ A ce stade, la Suisse a également critiqué la décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Di Trizio c. Suisse*, n° 7186/09 du 2.2.2016,¹¹ et considère qu'il serait problématique que la Cour européenne des droits de l'homme, par l'interprétation large de l'[article 8 de la CEDH](#), devienne dans une certaine mesure une Cour européenne de sécurité sociale.¹²

Aux points 34-41 de l'arrêt, la Cour énonce les principes d'applicabilité de l'article 14 en liaison avec l'[article 8 de la CEDH](#). Pour l'application de l'interdiction (accessoire) de discrimination inscrite à l'[article 14](#) de la CEDH, il n'est pas nécessaire qu'une garantie de la CEDH ait été violée. Il suffit qu'une situation relève d'au moins une des dispositions de la convention ou de ses protocoles.¹³ La notion de vie familiale protégée par l'[article 8 de la CEDH](#) devait être interprétée au sens large, couvrant non seulement les relations de nature sociale, morale ou culturelle, mais aussi les intérêts matériels.¹⁴ Le champ de protection de l'[article 8 de la CEDH](#) couvre notamment les mesures qui permettent à un parent de rester à la maison pour s'occuper de ses enfants.¹⁵ L'[article 8 de la CEDH](#) protège non seulement la vie familiale mais aussi la vie privée. Ce terme doit également être interprété au sens large, l'identité physique et sociale d'une personne faisant également partie de la sphère privée protégée par l'article 8.¹⁶ La Cour européenne des droits de l'homme se fonde également sur les deux arrêts *Di Trizio*¹⁷ et *Belli et Arquier-Martinez*¹⁸ contre la Suisse.¹⁹ Enfin, la CEDH rappelle que l'objectif de la Convention est de protéger des droits qui ne sont pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs. Les particularités du cas spécifique et notamment la situation sociale et familiale du demandeur doivent donc être prises en compte.²⁰

La Cour considère que la pension de veuf ou de veuve a pour but de libérer le conjoint survivant de la nécessité d'exercer une activité professionnelle afin d'avoir le temps de s'occuper de ses enfants. À cet égard, la Cour considère que cette prestation a clairement un caractère "familial", puisqu'elle a un impact réel sur l'organisation de la vie familiale du demandeur. La pension de veuf a eu un effet très concret sur le demandeur. Le champ de protection de l'[article 8 de la CEDH](#) est donc ouvert à la Cour européenne des droits de l'homme.²¹ Cela a permis d'examiner si l'inégalité de traitement entre veufs et veuves est couverte par l'[article 14 de la CEDH](#).

2. la violation de l'article 14 de la CEDH

Suite à la présentation des positions du plaignant²² et du gouvernement²³, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère à sa jurisprudence selon laquelle la discrimination existe lorsqu'un individu ou un groupe est traité moins favorablement qu'un autre sans justification adéquate.²⁴ En outre, l'[article 14 de la CEDH](#) n'exclut pas un traitement différent s'il est fondé sur une appréciation objective de circonstances factuelles substantiellement différentes et s'il établit un juste équilibre, eu égard à l'intérêt public, entre la sauvegarde des intérêts de la Communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention.²⁵ La CEDH reconnaît que les États contractants disposent d'une marge d'appréciation dans l'évaluation des différences de traitement à la lumière de l'[article 14 de la CEDH](#), l'étendue de cette marge variant selon les circonstances, les domaines et le contexte.²⁶ En ce qui concerne l'égalité des sexes, la Cour européenne des droits de l'homme indique toutefois que cette marge de manœuvre est très limitée, en se référant notamment aux célèbres affaires suisses "Burghartz" et "Schuler Zraggen".²⁷ En particulier, la référence aux traditions, aux hypothèses générales ou aux attitudes sociales majoritaires prévalant dans un pays donné ne serait pas suffisante pour justifier un traitement différent fondé sur le sexe.²⁸

Pour la Cour, il n'est pas contesté qu'il existe une différence de traitement fondée sur le sexe dans la situation actuelle, puisque les veuves, contrairement aux veufs, continuent à percevoir une allocation de survie même si le plus jeune enfant a atteint l'âge de 18 ans. L'inégalité de traitement était uniquement fondée sur le fait que le plaignant était un homme.²⁹ Il fallait donc examiner si l'inégalité de traitement pouvait être justifiée, c'est-à-dire s'il y avait des raisons objectives et proportionnées à l'inégalité de traitement. L'argument du gouvernement suisse, selon lequel les veuves ont encore besoin d'une plus grande protection que les veufs aujourd'hui, est accepté par la Cour européenne des droits de l'homme comme une raison objective de l'inégalité de traitement.³⁰ Toutefois, la proportionnalité devrait être examinée de manière particulièrement stricte. À ce stade, la Cour se réfère au caractère d'"instrument vivant" de la CEDH, qui nécessite une interprétation moderne. La Cour a déclaré que le recours au "concept de soutien de famille", qui est un stéréotype sexiste, ne pouvait plus justifier l'inégalité de traitement fondée sur le sexe.³¹

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le fait que le Tribunal fédéral soit lié par les lois fédérales en vertu de l'[article 190 de la Constitution](#) fédérale ne justifie pas l'inégalité de traitement. Il est rappelé au gouvernement suisse que l'[article 1](#) de la CEDH oblige les États contractants à mettre en œuvre les garanties de la CEDH. Dans l'ensemble, il n'y a pas de justification adéquate à l'inégalité de traitement. En conséquence, la Cour conclut que l'article 14, combiné avec l'[article 8 de la CEDH](#), a été violé.³²

3. Pas de compensation, mais une satisfaction

En raison de la perte de la pension de veuf et de la perte des prestations complémentaires qui en découle, le plaignant a subi un préjudice d'un montant de 189355 CHF. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme rejette une demande de dommages-intérêts correspondante. Avec le gouvernement suisse, elle est d'avis que grâce à la possibilité prévue par le droit suisse d'engager une réouverture de la procédure initiale à la suite d'un recours accueilli devant la Cour

européenne des droits de l'homme, l'arrêt pourrait être effectivement mis en œuvre. ³³ Le plaignant a justifié sa demande de règlement d'un peu moins de 20 000 CHF en invoquant, entre autres, la nécessité de demander un soutien financier à l'office de sécurité sociale. ³⁴ La Cour a rejeté cette demande, arguant qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la violation de la CEDH et la demande de satisfaction. Sur la base de la responsabilité en matière d'équité inscrite à l'[article 41 de la CEDH](#), le plaignant a néanmoins obtenu satisfaction, bien que dans une moindre mesure (5 000,- euros).³⁵

4. Avis spécial du juge Keller³⁶

Comme dans l'affaire "Di Trizio", la juge suisse Helen Keller a exprimé une opinion dissidente dans la présente affaire, qui est publiée en annexe du jugement. Helen Keller déclare que bien qu'elle ait voté à la majorité,³⁷ elle considère que le recours en l'espèce est essentiellement de nature financière et relève de l'article 1 du protocole n° 1 et non de l'[article 8 de la CEDH](#). Il est vrai que la CEDH et ses protocoles doivent être lus comme un tout. Toutefois, cela ne signifie pas que l'article 8 de la Convention doit être compris comme intégrant pleinement les obligations découlant de l'article 1 du Protocole n° 1. Le principal argument contre une référence excessive aux protocoles pour l'interprétation de la CEDH serait les principes du droit international des traités. ³⁸ Helen Keller soutient que l'interprétation large remet en question la légitimité du système de la Convention. La Cour assume le rôle d'une Cour suprême de sécurité sociale.

III. Remarques

1. Effets de l'arrêt

En premier lieu, la décision de la CEDH affecte la situation du plaignant. Si aucun autre recours n'est introduit devant la Grande Chambre ou si la Grande Chambre décide de la même manière que l'instance inférieure, Max Beeler se verra accorder une pension de veuf dans le cadre de la reprise de la procédure initiale. Le législateur est également appelé à rendre l'[article 24 al. 2 LAMal](#) non sexiste. Soit le droit à l'allocation de survivant est annulé pour les veufs et les veuves après que le plus jeune enfant a atteint l'âge de 18 ans, soit les deux sexes continuent à avoir droit à l'allocation de survivant pour la période qui suit. Cette décision relève de la seule compétence du législateur suisse. La déclaration de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle le gouvernement ne doit pas interpréter la décision comme un encouragement à abolir le droit des veuves existantes ne change rien à cela.

La question de savoir si l'[article 24.1 de la loi sur l'AVS](#) violait également la CEDH n'a pas fait l'objet de la procédure. Contrairement aux veufs, les veuves ont droit à une pension de veuve si, au moment du veuvage, elles n'ont pas d'enfant ou d'enfant adoptif au sens de l'article 23, mais ont atteint l'âge de 45 ans et sont mariées depuis au moins cinq ans. Il est douteux que cette inégalité de traitement puisse résister à l'article 14 de la CEDH. Cette disposition comporte un réel danger de renforcer les modèles stéréotypés de genre. Compte tenu de la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme concernant les articles 8 et 14 de la CEDH, il faut supposer que la Cour européenne des droits de l'homme établirait également

un lien suffisant entre les dispositions relatives à l'organisation de la vie familiale en ce qui concerne l'[article 24, paragraphe 1](#), de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants.

Cette décision ne pose aucun problème dans le domaine des pensions professionnelles. Les dispositions de la LPP relatives aux rentes de veuves et de veufs sont neutres en ce qui concerne le sexe. La situation est différente dans le domaine de l'assurance accident obligatoire. Selon l'[art. 29, al. 3 LAA](#), une veuve a droit à une rente de veuve si, au moment du veuvage, elle a des enfants qui n'ont plus droit à une rente ou si elle a atteint l'âge de 45 ans et que le mariage a duré cinq ans. Les veufs n'ont pas droit à ces prestations. On peut supposer que le règlement serait également qualifié de discriminatoire par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il pourrait également être problématique que les partenaires survivants d'un partenariat enregistré soient traités sur un pied d'égalité avec les veufs (et non les veuves) en ce qui concerne les prestations de survivant. Dans BGer [9C 871/2017](#), le plaignant d'un partenaire survivant a affirmé qu'il y avait une inégalité de traitement entre les partenaires de femmes mariées et en même temps une discrimination fondée sur le mode de vie et l'orientation sexuelle. Le Tribunal fédéral a estimé à cet égard que le législateur a délibérément voulu mettre les personnes en partenariat enregistré sur un pied d'égalité avec les veufs et non avec les veuves. Cependant, le Tribunal fédéral est conscient que les articles 23 et 24 de la LAMal violent le principe de l'égalité entre hommes et femmes. En ce qui concerne l'[article 190 BV](#), l'appel a été rejeté. Il semble peu probable que cette disposition puisse être retenue devant la Cour.

Le Tribunal fédéral se réfère également au BGer [9C 737/2019](#), où il a conclu qu'il n'y a pas de discrimination fondée sur le sexe si les mères exerçant une activité indépendante ne reçoivent pas d'allocation d'entreprise en plus de l'indemnité de maternité, alors que les prestataires de services indépendants de l'armée et de la protection civile (majoritairement des hommes) en reçoivent. La discrimination est refusée au motif qu'il n'existe pas de faits comparables. Ici aussi, la question est de savoir si les juges de Strasbourg jugeraient cela de la même manière.³⁹

2. (Non) la portée de l'inégalité entre les sexes

Les règlements de sécurité sociale prévoient souvent des différenciations qui sont problématiques à la lumière de l'interdiction de discrimination prévue à l'[article 14 de la CEDH](#). Selon la jurisprudence, l'application de l'[article 14 de la CEDH](#) présuppose qu'un traitement différent est accordé dans des situations similaires ou comparables et que cette distinction est discriminatoire.⁴⁰

Une distinction est discriminatoire si elle n'a pas de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit être appréciée par rapport au but et aux effets de la mesure en question, en tenant compte des principes généralement applicables dans les sociétés démocratiques. Une différence de traitement dans l'exercice d'un droit inscrit dans la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime ; l'article 14 est également enfreint s'il est clairement établi qu'il n'y a pas de rapport approprié (proportionnalité) entre les moyens employés et le but poursuivi.⁴¹ Dans de nombreuses décisions, la Cour européenne des droits de

l'homme a estimé que les États contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour décider si et dans quelle mesure les différences entre des situations par ailleurs similaires justifient un traitement différent. L'étendue de ce pouvoir discrétionnaire varie en fonction des circonstances particulières de chaque cas, de l'objet et du contexte.⁴²

Dans le domaine des inégalités entre les sexes, le champ d'action des États est très limité. ⁴³ Déjà dans la décision "Schuler-Zraggen" en 1993, la Cour européenne des droits de l'homme avait déclaré que les progrès vers l'égalité des sexes seraient un objectif important des États membres du Conseil de l'Europe et que seules des raisons très solides pourraient conduire à considérer cette inégalité de traitement comme compatible avec la Convention. ⁴⁴ L'arrêt "Di Trizio" a déclaré que les références aux traditions, aux hypothèses générales ou aux attitudes sociales prévalant dans un pays donné ne constituaient pas une justification suffisante pour des différences de traitement fondées sur le sexe. Les États n'étaient pas autorisés à imposer des traditions découlant du rôle primaire des hommes et du rôle secondaire des femmes dans la famille.⁴⁵

Dans l'affaire "Markin", la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le congé parental accordé aux femmes soldats russes mais pas aux hommes soldats était contraire à l'article 14 en liaison avec l'[article 14 de la CEDH](#). ⁴⁶ La Cour a estimé que la différence de traitement entre les femmes et les hommes ne pouvait être justifiée par référence aux modèles de rôle traditionnels et aux stéréotypes sexistes. Tout comme les réglementations fondées sur des stéréotypes concernant l'origine, l'orientation sexuelle ou la couleur de la peau, les inégalités de traitement entre les femmes et les hommes fondées uniquement sur l'idée que l'homme est le principal soutien de la famille et la femme la gardienne des enfants ne sont pas autorisées. Selon la Cour, de telles distinctions contribuent à perpétuer les stéréotypes sexistes, avec des conséquences négatives tant pour la carrière professionnelle des femmes que pour la vie familiale des hommes.⁴⁷

Compte tenu de ce point de départ, il est tout sauf surprenant que la Cour européenne des droits de l'homme, dans la présente décision, ait rejeté les tentatives de justification du gouvernement suisse. Dans le cas de la différenciation entre les sexes, le pouvoir discrétionnaire des États est très limité. Il sera intéressant de voir comment la Cour se prononcera sur le recours en instance "Kung contre la Suisse". Le plaignant a été qualifié d'inapte au service en 2005 et doit depuis lors payer la taxe de service militaire. Comme les femmes ne sont pas soumises à une telle taxe, M. Kung estime qu'il est victime d'une discrimination fondée sur le sexe. ⁴⁸ Dans ce cas également, la référence à une loi de la CEDH n'est pas évidente. Cependant, dans l'affaire "Glor", la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu l'obligation de payer un prélèvement militaire sur une personne handicapée comme une ingérence dans la vie privée protégée par l'[article 8 de la CEDH](#). ⁴⁹ Bien que l'article 8 de la CEDH n'ait pas été lui-même violé, il a été suffisamment affecté pour ouvrir le champ d'application de l'interdiction de discrimination de l'[article 14](#) de la CEDH.⁵⁰

3. Les questions de sécurité sociale et la CEDH

En fait, (presque) tout le monde s'accorde à dire que l'inégalité de traitement entre les veuves et les veufs n'est plus d'actualité. Cela vaut non seulement pour la disposition de l'[art. 24 al. 2 LAMal](#) applicable en l'espèce, selon laquelle le droit à une

rente de veuf prend fin à l'âge de 18 ans du plus jeune enfant, alors que celui de la veuve ne prend pas fin. L'[article 24.1 de la LAMal](#) prévoit également un traitement inégal entre les veuves et les veufs. Seules les veuves ont droit à une pension de veuve si elles n'ont pas d'enfants ou d'enfants adoptifs au moment du veuvage, mais ont atteint l'âge de 45 ans et sont mariées depuis au moins cinq ans. Les veufs n'ont pas droit à une telle pension. De telles réglementations devraient être abolies. Toutefois, le législateur ne s'est pas encore conformé à cet "impératif du moment" et, compte tenu du blocage du débat sur la réforme de la prévoyance vieillesse, il est peu probable que les décisions législatives en retard soient prises dans un avenir prévisible.

En ce qui concerne l'[art. 190 BV](#), le Tribunal fédéral ne s'est pas estimé compétent pour corriger le législateur dans ces matières, car la CEDH n'est pas pertinente ici. ⁵¹ Cette position est reprise dans un vote spécial par Helen Keller. Il n'est pas, ou presque pas, contesté que la situation juridique actuelle est admissible en termes de droit de la discrimination ([article 14 de la CEDH](#)) (elle ne l'est pas). On peut plutôt se demander si l'interdiction accessoire de discrimination de l'[article 14 de la CEDH](#) est applicable. La condition préalable est qu'un acte de l'État ne viole pas un des droits consacrés par la CEDH, mais l'affecte suffisamment. ⁵² Helen Keller et avec elle également une partie de la doctrine⁵³ critiquent le fait que l'octroi ou non d'une prestation de sécurité sociale soit couvert par les dispositions de la CEDH. L'une des raisons invoquées est que, bien que les créances de sécurité sociale ne soient pas couvertes par la CEDH elle-même, elles tomberaient sous la protection de la garantie de propriété du protocole additionnel n° 1. ⁵⁴ Comme on le sait, la Suisse est l'un des très rares États à ne pas avoir ratifié ce protocole additionnel⁵⁵. ⁵⁶ Il convient également de mentionner ici que le protocole additionnel n° 12 prévoit une interdiction générale et non pas seulement accessoire de la discrimination. La Suisse - comme de nombreux autres États⁵⁷ - n'a pas non plus ratifié ce protocole.⁵⁸

Les critiques portent essentiellement sur l'interprétation très large du terme "vie familiale" dans l'affaire du veuf et dans de nombreux autres cas, notamment dans l'affaire "Di Trizio". Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'interprétation large de l'[article 8 de la CEDH](#) est un moyen d'aider l'interdiction accessoire de discrimination prévue à l'[article 14 de la CEDH](#) à réaliser une percée dans les procédures de droit de la sécurité sociale également. Cette approche de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a été critiquée en partie, nécessite une analyse plus approfondie.

La CEDH ne contient explicitement aucun droit à la sécurité sociale ou à d'autres droits sociaux. ⁵⁹ On les trouve plutôt dans la Charte sociale européenne, le Pacte des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). ⁶⁰ La division de la protection des droits de l'homme en libertés civiles et en droits sociaux contredit cependant l'idée fondamentale de l'inséparabilité des droits de l'homme,⁶¹ telle qu'elle est déjà exprimée dans la Charte atlantique des alliés de 1941,⁶² La base de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 était⁶³ et a été incorporée en 1993 dans la Déclaration de Vienne des droits de l'homme. ⁶⁴ La division en droits de liberté, qui exigent une applicabilité directe, c'est-à-dire qui peuvent être appliqués devant les tribunaux, et en droits sociaux purement programmatiques a eu lieu en relation avec les tensions politiques entre l'Ouest et l'Est pendant la guerre froide. Par conséquent, en Europe, la CEDH a été conçue comme le lieu et le garant des

libertés civiles avec la possibilité d'une procédure d'appel et la création d'une cour de justice, alors que l'application des droits sociaux de la Charte sociale européenne ne se fait que par le biais d'une procédure de rapport et d'une procédure d'action collective. ⁶⁵ Pendant longtemps, la CEDH n'a donc joué qu'un rôle limité dans le domaine de la sécurité sociale. ⁶⁶

Plusieurs raisons expliquent pourquoi les litiges en matière de sécurité sociale sont de plus en plus souvent tranchés par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne des droits de l'homme considère la CEDH comme un "instrument vivant" et les droits qui y sont consacrés ne sont pas seulement théoriques mais pratiques par nature et doivent être mis en œuvre de manière effective ; les États qui les ratifient ont une obligation correspondante. ⁶⁷ La CEDH est basée sur l'article 1 de la CEDH, qui oblige explicitement les États parties à accorder les droits de la Convention. ⁶⁸ En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà tiré, dans des cas individuels, des avantages sociaux de l'[article 8 de la CEDH](#), en ce qui concerne la protection de la dignité humaine. ⁶⁹ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la protection des créances de sécurité sociale conformément à la protection des biens consacrée dans le premier protocole additionnel a déjà été mentionnée. ⁷⁰

En outre, il n'est pas immédiatement évident que les droits procéduraux consacrés par l'[article 6 de la CEDH](#) en ce qui concerne les "demandes et obligations de droit civil" s'appliquent également aux procédures de sécurité sociale. La Suisse a également dû le reconnaître dans l'affaire "Schuler Zraggen" en 1993. ⁷¹ Pour rappel : la pension IV de Mme Schuler Zraggen a été annulée après la naissance de son enfant car on a supposé qu'en tant que femme, elle aurait de toute façon renoncé à exercer une activité rémunérée après la naissance. Le gouvernement suisse a fait valoir sans succès que l'[article 6 de la CEDH](#) n'était pas applicable à la procédure d'AI en raison du caractère de droit public des prestations de sécurité sociale. ⁷² La Cour a conclu à la violation de l'article 14 en liaison avec l'[article 6 de la CEDH](#). ⁷³

Il convient également de mentionner que l'extension de la CEDH par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme couvre également le droit du travail. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme tire de l'[article 8](#) de la Convention européenne des droits de l'homme un devoir de protection complet de l'État, qui comprend également la protection contre la discrimination dans l'emploi et le licenciement discriminatoire. ⁷⁴ En outre, la Cour européenne des droits de l'homme interprète la CEDH de manière évolutive et intégrative, c'est-à-dire qu'elle tient compte des changements sociaux et s'appuie sur d'autres instruments de droit international, notamment la Charte sociale et les conventions de l'OIT, pour interpréter la CEDH. ⁷⁵ Pour justifier le contenu des droits de la CEDH, il s'appuie non seulement sur d'autres conventions internationales, mais aussi sur les décisions des organes de contrôle et même sur des recommandations et résolutions non contraignantes. Dans la décision de principe sur le droit de grève "Demir et Baykara contre la Turquie" ⁷⁶, la CEDH explique et justifie cette procédure, également appelée dans la littérature "méthode du consensus", comme suit : "Lorsque la Cour définit le sens des termes et des interprétations dans le texte de la Convention, elle peut et doit prendre en compte les instruments juridiques internationaux au-delà de la Convention, leur interprétation par les organes compétents et la pratique des États européens dans lesquels leurs valeurs communes sont exprimées. Le consensus qui se dégage d'instruments spécifiques du droit international et de la pratique des États

parties peut constituer une considération essentielle pour la Cour lorsqu'elle interprète la disposition de la Convention dans des cas spécifiques".⁷⁷

À la lumière de ce qui précède, il est clair que la substitution d'une prestation de survivant au titre du droit de la sécurité sociale à la protection de la vie privée et familiale consacrée par l'[article 8 de la CEDH](#) n'est pas surprenante. La Cour de justice ne cherche pas à imposer une obligation de droit social aux États qui ont ratifié la Convention en vertu de l'[article 8 de la CEDH](#). L'objectif est plutôt d'aider le consensus européen sur l'égalité de traitement des sexes à faire une percée. L'interprétation large du champ d'application de la protection de l'[article 8 de la CEDH](#) n'est donc qu'un moyen pour parvenir à une fin. Une telle approche n'est certainement pas sans faille d'un point de vue juridico-dogmatique, mais⁷⁸ se justifie par le résultat. Une telle décision ne transforme pas non plus la Cour européenne des droits de l'homme en un tribunal européen de la sécurité sociale, comme le critique Helen Keller dans son vote spécial. Il lui manquerait non seulement la légitimité, mais aussi les pouvoirs nécessaires. Si l'on examine les effets de précédents cas suisses sur le droit de la sécurité sociale, tels que "Schuler-Zraggen", "Di Trizio" ou encore "Vukota Bojic",⁷⁹, il apparaît clairement que les effets directs sont relativement gérables. Les institutions de sécurité sociale n'ont pas non plus eu de problèmes à cause d'un verdict de Strasbourg, et la démocratie interne n'a pas été sapée. Au contraire, les décisions de Strasbourg ont plutôt apporté (un peu) de dynamisme à des réformes qui auraient dû être entreprises depuis longtemps, y compris au niveau national (méthode mixte, création de bases juridiques suffisantes pour l'observation secrète). Il va sans dire que le "dernier coup d'État" de la Cour de justice contribuera également à faire avancer la question des pensions de veuve et de veuf. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas eu à décider du "quoi" et du "comment" exactement. C'est la tâche du législateur - et c'est une bonne chose.

1. [1](#) Verschiedene Zeitungen und Zeitschriften haben über den Fall berichtet, dabei wurde auch der Name des Beschwerdeführers erwähnt, siehe z.B. <https://www.beobachter.ch/politik/witwer-klagt-erfolgreich-gegen-die-schweiz-manner-sollten-die-gleiche-rente-erhalten-wie> (Zuletzt besucht am 27.11.2020).
2. [2](#) Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20.12.1946, [SR 831.10](#).
3. [3](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#).
4. [4](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.1.
5. [5](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.3.
6. [6](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.2.
7. [7](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.4.
8. [8](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.5.
9. [9](#) Die Schweiz machte Nichteintreten geltend, was vom Gerichtshof zurückgewiesen wurde, siehe EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 23–33 (Gründe der Schweiz, Gegenargumente des Beschwerdeführers) und § 34–46 Entscheid und Begründung des EGMR.
10. [10](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 24, 26.
11. [11](#) (Il [le Gouvernement] partage l'avis exprimé par les juges de la minorité, selon un critère d'application de l'article 8 aussi souple est problématique), siehe § 25 des Urteils.
12. [12](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 27.
13. [13](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 34.

14. [14](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 36.
15. [15](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, Rz. 37, mit Verweisen auf Petrovic V. Österreich, 27.3.1998, § 27, [Nr. 30078/06](#), § 130, Weller gegen Ungarn, [Nr. 44399/05](#), § 29, 31.3.2009, und Dhahbi gegen Italien, [Nr. 17120/09](#), § 41, 8.4.2014.
16. [16](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 38, mit Verweisen auf die Urteile Glor gegen die Schweiz, [Nr. 13444/04](#), § 52, EMRK 2009, Mikulić gegen Kroatien, [Nr. 53176/99](#), § 53, EMRK 2002 -I, und Otgon gegen die Republik Moldau, [Nr. 22743/07](#), 25.10.2016).
17. [17](#) EGMR vom 2.2.2016, [Nr. 7186/09](#), Di Trizio gegen die Schweiz.
18. [18](#) EGMR vom 11.12.2018, [Nr. 65550/13](#), Belli und Arquier Martinez gegen die Schweiz.
19. [19](#) § 39–40.
20. [20](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 40.
21. [21](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 41–46.
22. [22](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 47–53.
23. [23](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 54–60.
24. [24](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 61–63 mit Verweisen auf Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich, 28.5.1985, § 82, Serie A Nr. 94).
25. [25](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 63, mit Verweisen u.a. auf das Urteil G.M.B. und K.M. gegen die Schweiz, [Nr. 36797/97](#), 27.9.2001.
26. [26](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 64, mit Verweisen u.a. auf die Urteile Gaygusuz gegen Österreich, 16.9.1996, § 42, Rasmussen gegen Dänemark, 28.11.1984, § 40 und Inze gegen Dänemark, 28.11.1984, § 40.
27. [27](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 65.
28. [28](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 65.
29. [29](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 66–70.
30. [30](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 71–72.
31. [31](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 73–75.
32. [32](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 77–78.
33. [33](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 80–84.
34. [34](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 85–87.
35. [35](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 88.
36. [36](#) Opion concordante de la Juge Keller, Anhang zum Urteil, § 1–8.
37. [37](#) § 1 der Opion concordante.
38. [38](#) § 5 und 6 der Opion concordante.
39. [39](#) Siehe zu diesem Urteil Aline Schefer, AJP 2020, S. 1189.
40. [40](#) EGMR vom 23.10.1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society und Yorkshire Building Society gegen das Vereinigte Königreich, Reports 1997-VII, § 88, und vom 20.6.2006, Nr.17209/02, Zarb Adami gegen Malta, § 71.
41. [41](#) EGMR vom 30.4.2009, [Nr. 13444/04](#), Glor gegen die Schweiz, § 73.
42. [42](#) Siehe z.B. EGMR vom 12.6.2001, [Nr. 36515/97](#), Frette gegen Frankreich, § 40.
43. [43](#) Eine Urteilsübersicht inkl. Kurzzusammenfassungen findet sich hier: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_Equality_ENG.pdf (zuletzt besucht am 30.11.2020).

44. [44](#) EGMR vom 24.6.1993, Nr. 19930624_14518_89, Schuler-Zgraggen gegen Schweiz, § 67.
45. [45](#) EGMR vom 2.2.2016, [Nr. 7186/09](#), Di Trizio gegen die Schweiz, § 83.
46. [46](#) EGMR vom 22.3.2012, [Nr. 30078/06](#), Markin gegen Russland.
47. [47](#) EGMR vom 22.3.2012, [Nr. 30078/06](#), Markin gegen Russland, § 141–143.
48. [48](#) Vom dem EGMR seit dem 15.05. 2018 hängige Rechtssache [Nr. 73307/17](#), Kung gegen die Schweiz.
49. [49](#) EGMR vom 30.4.2009, [Nr. 13444/04](#), Glor gegen die Schweiz, § 54 (Die grosse Kammer trat auf die Beschwerde der Schweiz nicht ein).
50. [50](#) EGMR vom 30.4.2009, [Nr. 13444/04](#), Glor gegen die Schweiz, § 55.
51. [51](#) BGer Urteil vom 4.5.2012, [9C 617/2011](#), E. 3.2.
52. [52](#) Anne Peters/Doris König, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marau (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen, 2013, S. 1301 ff, Rz. 31.
53. [53](#) Gächter Thomas/Meier Michael E., Die Entscheidung «Di Trizio»: Wirklich eine Rechtssache für den EGMR, HAVE 2016, S. 480 ff.
54. [54](#) Opcion concordante Keller, § 2 f.
55. [55](#) 45 europäische Staaten haben das Zusatzprotokoll Nr. 1 ratifiziert, siehe https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/009/signatures?p_auth=XCAllyFs.
56. [56](#) Verschiedene parlamentarische Vorstösse für die Ratifikation waren nicht erfolgreich, siehe u.a. Motion 98.3396, 13.1039 Anfrage «Die Schweiz und die Ratifikation des 1. EMRK-Zusatzprotokolls und der Sozialcharta», 13.3075 Interpellation Europarat. Ratifizierung des ersten Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
57. [57](#) Zusatzprotokoll Nr. 12 wurde bis 2020 von 20 Staaten ratifiziert, siehe <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures>.
58. [58](#) Siehe zu den nicht erfolgreichen parlamentarischen Vorstössen die Geschäfte Nr. 00.3723 (Nabholz) und 00.3674 (Teuscher).
59. [59](#) Der Schutz sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche durch die EMRK basiert vorwiegend auf der Rechtsprechung des EGMR zum Zusatzprotokoll Nr. 1 (Eigentumsschutz), siehe dazu: Mel Cousins, The European Convention on Human Rights and Social Security Law, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008, S. 17–45, Anna Tsetoura, Deteriorating Social Security Protection, European Journal of Social Security, 2013, S. 55–78, Ingrid Leijten, Social Security as a Human Rights Issue in Europe – Ramaer and Van Willigen and the Development of Property Protection and Non-Discrimination under the ECHR, S. 177 ff. Zum Ganzen umfassend: Angelika Schmidt, Europäische Menschenrechtskonvention und Sozialrecht, München 2002.
60. [60](#) Für eine Übersicht siehe Thomas Gächter/Stephanie Burch, Nationale und internationale Rechtsquellen, in: Steiger-Sackmann/Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel, 2014, S. 11 ff.
61. [61](#) Claudia Mahler/Georg Lohmann, Zur Unteilbarkeit der Menschenrechte – Anmerkungen aus juristischer, insbesondere völkerrechtlicher Sicht, in: Die Menschenrechte: unteilbar und gleichwertig? Potsdam, 2005, S. 39 ff.
62. [62](#) Kolja Möller, Die Europäische Sozialunion – Idee, Hindernisse, Fragmente, in: Liebert/Wolff (Hrsg.), Interdisziplinäre Europastudien, Wiesbaden, 2015, S. 294 (wirtschaftlicher Ausgleich und Schutz der Arbeitenden wurden in der Charta als Mittel zu Erreichung des Friedens anerkannt).

63. [63](#) Lutz Leisering, Gibt es einen Weltwohlfahrtsstaat?, in: Albert/Stichweh (Hrsg) Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung, Wiesbaden, 2007, S. 185–204.
64. [64](#) Siehe Ziffer 5 der Erklärung, Quelle (u.a.): <https://www.menschenrechtsabkommen.de/weltmenschenrechtskonferenz-1298/> (zuletzt besucht am 29.11.2020).
65. [65](#) Kurt Pärli/Edgar Imhof, Die Vereinbarkeit der schweizerischen Rechtsordnung mit der (revidierten) Europäischen Sozialcharta, Jusletter vom 6.7.2009, Rz. 16. Zur langwierigen Geschichte der (vorläufigen) Nichtratifikation siehe https://avenirsocial.ch/wp-content/uploads/2019/05/PP354_SozialchartaCH_18_Projektbericht.pdf (zuletzt besucht am 29.11.2020).
66. [66](#) Klaus Kapuy, Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple Has Become Presentable First Published Sep 1, 2007; S. 222, pp. 221–241 European Journal of Social Security.
67. [67](#) Siehe bereit EGMR, Urteil Airey gegen Irland vom 9.10.1979, [Nr. 6289/73](#), § 24: «The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective.».
68. [68](#) EGMR vom 20.10.2020, [Nr. 78630/12](#) B. gegen die Schweiz, § 88.
69. [69](#) EGMR Okpisz gegen Deutschland, [Nr. 59140/00](#) und Niedzwiecki gegen Deutschland, [Nr. 58453/00](#); beide vom 25.10.2005 betreffend fehlendes Recht auf Kindergeld für Ausländer), siehe dazu umfassend die Stefanie Schmahl/Tobias Winkler, Schutz vor Armut in der EMRK?, Archiv des Völkerrechts Archiv des Völkerrechts 48. Bd., No. 4 (Dezember 2010), S. 405–430.
70. [70](#) Siehe die weiterführenden Hinweise in Fn. 59.
71. [71](#) EGMR vom 24.6.1993, Nr. 19930624_14518_89, Schuler-Zraggen gegen Schweiz.
72. [72](#) EGMR vom 24.6.1993, Nr. 19930624_14518_89, Schuler-graggen gegen Schweiz, § 45.
73. [73](#) EGMR vom 24.6.1993, Nr. 19930624_14518_89, Schuler-Zraggen gegen Schweiz, § 67.
74. [74](#) Kurt Pärli, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht. Aktuelle Juristische Praxis (12), S. 1671–1701.
75. [75](#) Eylem Demir, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli et. al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich, 2016, S. 163 f.
76. [76](#) EGMR vom 12.11.2008, [Nr. 34503/97](#), Demir und Baykara gegen die Türkei.
77. [77](#) EGMR vom 12.11.2008, Demir und Baykara, Nr. 34503/9, Demir und Baykara gegen die Türkei, § 85 (Im Original in englischer Sprache, Übersetzung durch den Verfasser).
78. [78](#) Die Ausdehnung der EMRK auf Arbeits- und Sozialrechte und gerade erwähnte Konsensmethode ist alles andere als unumstritten, siehe etwa: Antje Ungern-Sternberg, Die Konsensmethode des EGMR: Eine kritische Bewertung mit Blick auf das völkerrechtliche Konsens- und das innerstaatliche Demokratieprinzip, Archiv des Völkerrechts, September 2013, 51. Bd., No. 3 (September 2013), S. 312–338.
79. [79](#) EGMR vom 18.10.2016, [Nr. 61838/10](#), Vukota-Bojic gegen die Schweiz.