

# **BGer 5A\_428/2012 vom 20. September 2012**

Bundesgericht, 2012-09-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_428\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_428_2012)

FR: TF 5A\_428/2012 du 20 septembre 2012

IT: TF 5A\_428/2012 del 20 settembre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La décision de mesures protectrices de l'union conjugale ( art. 172 ss CC ) est une décision en matière civile au sens de l' art. 72 al. 1 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 2). Elle est finale selon l' art. 90 LTF , dès lors qu'elle met fin à l'instance sous l'angle procédural ( ATF 133 III 393 consid. 4). Le recours a en outre pour objet une décision rendue par une autorité cantonale de dernière instance statuant sur recours ( art. 75 LTF ), dans une affaire de nature exclusivement pécuniaire, dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. ( art. 51 al. 1 let. a et al. 4 LTF , art. 74 al. 1 let. b LTF ), et il a été interjeté dans le délai légal ( art. 100 al. 1 LTF ), par la partie qui a succombé dans ses conclusions devant l'instance précédente ( art. 76 al. 1 LTF ), de sorte qu'il est recevable au regard de ces dispositions.

### **E. 2**

Dès lors que les mesures protectrices de l'union conjugale sont considérées comme des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF ( ATF 133 III 393 consid. 5 p. 396), seule peut être invoquée à leur encontre la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine un tel grief que s'il a été dûment invoqué et motivé ( art. 106 al. 2 LTF ), à savoir exposé de manière claire et détaillée ( ATF 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités). Lorsque le recourant se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ), il ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours dispose d'une libre cognition; il ne saurait se contenter d'opposer son opinion à celle de la juridiction précédente, mais doit démontrer, par une argumentation précise, que cette décision se fonde sur une application du droit ou une appréciation des preuves manifestement insoutenables ( ATF 134 II 349 et les arrêts cités). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 133 III 589 consid. 2).

### **E. 3**

Dans un premier grief, le recourant se plaint de la violation de l' art. 9 Cst. ainsi que de celle de son droit d'être entendu en tant que la cour cantonale n'aurait pas déduit du montant de la contribution d'entretien les sommes dont il se serait acquitté pour couvrir le loyer de l'appartement conjugal et les primes d'assurance-maladie de son épouse et de sa fille.

#### **E. 3.1**

La cour cantonale a jugé à cet égard qu'il n'y avait pas lieu d'ordonner l'imputation sollicitée par le recourant dès lors qu'il n'avait pas clairement chiffré et justifié ces sommes.

#### **E. 3.2**

Le recourant estime avant tout que la cour cantonale aurait violé l' art. 9 Cst. L'intimée avait en effet reconnu, par ses conclusions déposées en première instance, qu'il s'était acquitté des frais de loyers et d'assurances-maladie obligatoire pour elle-même et sa fille; de même, le

juge de première instance avait tenu compte desdits versements en retenant leur déduction. Refuser celle-ci, au demeurant sans aucune justification, le contraindrait à payer à double les montants litigieux.

L'intimée indique ne pas s'opposer à ce que le dispositif de l'arrêt soit corrigé dans le sens voulu par le recourant.

### **E. 3.3**

Lorsque le dispositif du jugement condamne le débiteur au paiement de contributions d'entretien d'un montant déterminé, tout en réservant néanmoins les prestations d'entretien déjà versées, et que le montant qui reste dû sur l'arriéré ne peut pas être déduit des motifs, ce jugement ne vaut pas titre de mainlevée, faute d'une obligation de payer claire ( ATF 135 III 315 consid. 2; arrêt 5A\_217/2012 du 9 juillet 2012 consid. 6.1.1 destiné à la publication). Il en découle que, si le débiteur prétend avoir déjà versé des prestations d'entretien au créancier depuis la séparation, il appartient au juge du fond de statuer sur les montants qui doivent être déduits de l'arriéré, sur la base des allégués et des preuves offertes en procédure. Il ne peut pas se contenter de réserver dans sa décision l'imputation des prestations déjà versées sans en chiffrer le montant; à défaut, le jugement rendu ne serait pas susceptible d'exécution forcée, ce qui est insatisfaisant (arrêt 5A\_217/2012 précité consid. 6.1.1 destiné à la publication et la référence).

En revanche, lorsque le dispositif du jugement condamne le débiteur au paiement de contributions d'entretien d'un montant déterminé, sans réserver les prestations d'entretien déjà versées, et qu'il ressort des motifs que c'est faute de preuves que le juge du fond n'a pas pu arrêter le montant déjà versé depuis la séparation, ce jugement vaut alors titre de mainlevée définitive pour le montant total de l'arriéré de pensions, cette dette étant claire et chiffrée (arrêt 5A\_217/2012 précité consid. 6.1.2 destiné à la publication).

### **E. 3.4**

En l'espèce, dans sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 25 novembre 2009, l'intimée a reconnu que son époux s'acquittait des frais d'assurance-maladie et de loyer. Par ordonnance du 14 décembre 2009, le Tribunal de première instance a retenu que, depuis la séparation, le recourant s'était en tout temps acquitté, en mains de son épouse, du loyer de l'appartement familial ainsi que des primes d'assurance-maladie de sa femme et de sa fille; le premier juge a en conséquence donné acte à l'intéressé de son engagement à payer ces frais en mains de l'intimée. Dans ses conclusions motivées adressées au Tribunal de première instance le 6 juin 2011, celle-ci a conclu au versement d'une pension alimentaire d'un montant de 4'285 fr. par mois à compter du 1er novembre 2009, sous déduction du montant du loyer et des primes d'assurance-maladie obligatoire déjà versé depuis cette dernière date, reconnaissant ainsi que son mari s'en était acquitté, du moins partiellement. Par jugement du 11 juillet 2011, le Tribunal de première instance a expressément déduit de la contribution d'entretien, certes sans les chiffrer, les montants versés par le recourant au titre du paiement du loyer et de l'assurance-maladie de l'intimée et de sa fille. Enfin, dans ses écritures d'appel, l'intimée a à nouveau réclamé le versement d'une pension sous déduction des montants versés par son mari au titre de ces derniers postes. Dès lors que le principe de cette déduction n'a jamais été contesté par les parties, ni été mis en doute par les décisions antérieures à l'arrêt attaqué, la Cour de justice ne pouvait ainsi la refuser, sauf à violer le principe général de l'interdiction de la reformatio in pejus. Arbitraire sur ce point ( ATF 134 III 151 consid. 3.2 et les références), la décision entreprise

doit dès lors être annulée et la cause renvoyée à la cour cantonale afin que, conformément à la jurisprudence publiée aux ATF 135 III 315 consid. 2, elle détermine le montant exact des versements effectués par le recourant, cas échéant en interpellant les parties à cet égard, pour ensuite le déduire du montant de la contribution d'entretien à sa charge.

Dans la mesure où le recourant obtient gain de cause sur ce point, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le moyen tiré de la violation de son droit d'être entendu.

#### **E. 4**

Le recourant invoque ensuite la violation de l'art. 9 Cst. concernant l'établissement de son revenu et celui de son épouse.

##### **E. 4.1.1**

La Cour de justice a déterminé le revenu du recourant en procédant à différentes déductions.

La juridiction cantonale a avant tout retenu que le recourant percevait des revenus complémentaires de la société Y. \_\_\_\_\_ SA, les explications fournies par l'intéressé sur ses liens et ceux de ses fils avec cette dernière société étant en effet incomplètes et sujettes à caution. La cour cantonale a ensuite relevé que différents éléments plaidaient en faveur du transfert d'une partie de l'activité de X. \_\_\_\_\_ Sàrl à Y. \_\_\_\_\_ SA - chute du bénéfice de la première société coïncidant avec une réduction des effectifs engagés à la date de constitution de la seconde; exploitation des mêmes locaux; logo similaire; activité des fils des parties pour chacune d'elles en 2010. A cela s'ajoutait que le recourant ne s'était jamais plaint, tout au long de la procédure, d'une diminution de ses revenus, alors que le salaire qu'il avait déclaré recevoir de X. \_\_\_\_\_ Sàrl en 2011 était moins important que celui perçu antérieurement et que le bilan de cette société affichait une perte en fin d'année 2011. Les juges cantonaux ont également observé qu'avant la constitution de la société Y. \_\_\_\_\_ SA, l'entreprise X. \_\_\_\_\_ Sàrl générait un bénéfice annuel net relativement important, de l'ordre de 150'000 fr. Cela laissait fortement supposer qu'en transférant une partie de son activité à une nouvelle société, le recourant entendait optimiser, ou à tout le moins maintenir ses ressources et profits. Il pouvait ainsi être considéré que les revenus tirés de Y. \_\_\_\_\_ SA, cumulés à ceux perçus actuellement de X. \_\_\_\_\_ Sàrl, étaient au moins équivalents à ceux qu'il réalisait lorsqu'il ne possédait qu'une seule entreprise. Déterminant les revenus obtenus par le recourant de la société X. \_\_\_\_\_ Sàrl jusqu'en décembre 2009, la cour cantonale a noté que le recourant recevait, du temps de la vie commune, un salaire minimum de 9'190 fr. par mois. Il n'était en outre pas contesté qu'il versait en sus à son épouse, par le biais de sa société, un revenu mensuel en majeure partie fictif de 3'700 fr. à 4'800 fr. nets. La juridiction en a ainsi conclu que le recourant était en mesure de tirer de sa seule activité des revenus de l'ordre de 12'200 fr. au minimum (9'190 fr. + 3'000 fr.), qu'il décidait de répartir entre les époux. Cette somme correspondait au demeurant au salaire net qu'il s'était versé en 2010 par l'intermédiaire de la société X. \_\_\_\_\_ Sàrl.

##### **E. 4.1.2**

Le recourant n'établit nullement l'arbitraire du raisonnement cantonal. Il n'attaque ainsi aucun des éléments sur lesquels la juridiction s'est fondée pour conclure à un éventuel transfert d'activités de la première des sociétés de nettoyage à la seconde, conclusion centrale de son raisonnement lui permettant de retenir que le salaire du recourant était au moins équivalent à celui perçu alors qu'il n'exploitait que la première entreprise. L'intéressé

se limite à simplement affirmer que son salaire résulterait des pièces produites devant la Cour de justice, pièces que celle-ci a précisément préféré écarter en jugeant qu'elles n'attestaient pas la situation financière réelle de la société. Le recourant ne nie pas non plus le versement d'un salaire fictif à son épouse, qui n'exerçait, de fait, aucune activité, voire qu'une activité limitée au sein de la société X. \_\_\_\_\_ Sàrl; le fait qu'elle en soit associée ne change rien à cet égard, le recourant n'alléguant pas que le revenu perçu mensuellement par celle-ci correspondrait à d'éventuels dividendes ou bénéfices. Le recourant ne conteste pas non plus ne s'être jamais plaint d'une diminution de ses revenus, ni ne démontre en quoi il serait arbitraire d'additionner le montant de ceux-ci au salaire fictif de l'intimée pour déterminer les revenus minimums que lui rapportaient ses activités de nettoyage. L'argument selon lequel le train de vie antérieur des parties ne permettrait pas de retenir que son revenu annuel net serait de 146'400 fr. n'est en outre nullement pertinent. Le recourant ne saurait enfin prétendre que l'arrêt cantonal révélerait clairement « deux poids et deux mesures » entre les parties: le fait que la décision aboutisse à une solution qui ne lui convient pas ne permet pas d'en déduire qu'elle favorise nécessairement son adverse partie.

#### **E. 4.2.1**

Concernant les revenus de l'intimée, la cour cantonale a retenu que celle-ci percevait des revenus de l'ordre de 1'820 fr. nets par mois, perçus en contrepartie d'activités de nettoyage, refusant ainsi de tenir compte d'un salaire supplémentaire pour ses travaux de couture. Il n'avait en effet pas été rendu vraisemblable que ces derniers lui procureraient des revenus significatifs réguliers et il semblait que l'épouse n'avait plus exercé son activité de couturière depuis sa venue en Suisse. Les frais de cuisine scolaire ne permettaient pas, de surcroît, de retenir que sa fille était gardée plus que ne l'exigeait l'horaire de travail de l'intéressée; le fait qu'elle se soit contentée d'une pension moindre durant l'année suivant la séparation des parties ne suffisait pas, au demeurant, à admettre qu'elle réalisait des revenus supplémentaires. Il ne pouvait enfin être exigé de l'intimée une augmentation de son temps de travail, compte tenu de l'âge de D. \_\_\_\_\_.

#### **E. 4.2.2**

Le recourant observe que la cour cantonale a constaté que son épouse effectuait des travaux de couture depuis septembre 2010; il rappelle également que l'intéressée disposait d'une carte de visite, indiquant l'adresse du domicile actuel ainsi que la profession de « couturière styliste ». Ces éléments attestaient de l'exercice de l'activité contestée, de sorte que la cour cantonale ne pouvait simplement en déduire que dite occupation ne permettait pas à l'intimée de percevoir des revenus significatifs, mais se devait au contraire de lui imputer au moins un revenu à temps partiel à ce titre. Cette conclusion permettait également d'expliquer que l'intéressée avait pu aisément absorber le découvert subi depuis la séparation des parties.

#### **E. 4.2.3.1**

La cour cantonale a retenu que l'activité de couturière ne permettait pas à l'intimée d'en retirer des revenus significatifs. Le recourant ne fournit aucune indication précise sur les revenus que son épouse percevrait du fait de cette activité et ne démontre ainsi nullement l'arbitraire de la conclusion cantonale sur ce point.

#### **E. 4.2.3.2**

A supposer que, par son argumentation, le recourant entende en réalité qu'un revenu hypothétique soit imputé à l'intimée, ses prétentions sont infondées. Il est en l'espèce établi

que l'intéressée réalise un revenu de 1'820 fr. nets par mois, salaire qui, pour une femme de ménage, correspond environ à un taux d'activité de 40% (salaire horaire de 25 fr.; PHILIPP MÜLHAUSER, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010, p. 603). Dès lors qu'elle a la garde d'un enfant âgé de 7 ans, il n'est pas arbitraire de ne pas lui imputer un taux d'activité supérieur et, ainsi, un salaire plus élevé ( ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 et la référence).

#### **E. 5**

L'intimée sollicite le bénéfice de l'assistance judiciaire. Selon une jurisprudence constante, le devoir de l'Etat d'accorder l'assistance judiciaire à un plaideur impécunieux dans une cause non dénuée de chances de succès est subsidiaire par rapport à l'obligation d'entretien qui résulte des rapports entre époux. L'assistance judiciaire n'est donc pas octroyée à une partie qui est en mesure d'avancer les frais de procès grâce à la contribution d'entretien que lui doit son ex-conjoint (cf. arrêt 5C.42/2002 consid. 6 non publié aux ATF 129 III 55 et les références). Il appartenait dès lors à l'intimée d'établir que le recourant ne pouvait satisfaire à son obligation d'entretien en lui procurant les moyens nécessaires à sa participation à la procédure fédérale de recours. En tant que cette preuve n'a pas été apportée, la première condition posée par l' art. 64 al. 1 LTF , à savoir l'indigence de la partie requérante, n'est pas réalisée, ce qui suffit à rejeter la requête d'assistance judiciaire présentée par l'intimée.

#### **E. 6**

En définitive, le recours est partiellement admis, l'arrêt cantonal est annulé en tant qu'il refuse de déduire du montant de la contribution d'entretien les montants du loyer et de l'assurance-maladie dont le mari s'est d'ores et déjà acquitté, et la cause est renvoyée sur ce point à la cour cantonale. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr. sont mis pour 2'000 fr. à la charge du recourant et pour 500 fr. à la charge de l'intimée. Même si celle-ci s'est en effet abstenue de prendre des conclusions formelles sur le point pour lequel le recourant obtient gain de cause, elle est considérée avoir succombé au recours à cet égard ( ATF 123 V 156 consid. 3 6; art. 66 al. 1 LTF ). La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est rejetée ( art. 64 al. 1 LTF ; consid. 5 supra), mais celle-ci a droit à des dépens réduits, à charge du recourant ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.