

# **BGer 5A\_684/2023 vom 6. März 2024**

Bundesgericht, 2024-03-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_684\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_684_2023)

FR: TF 5A\_684/2023 du 6 mars 2024

IT: TF 5A\_684/2023 del 6 marzo 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ; ATF 134 III 426 consid. 2.2; arrêt 5A\_374/2020 du 22 octobre 2020 consid. 1 et les autres références) rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ), par une autorité statuant sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), dans une contestation de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et al. 4, 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a en outre qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ). Le recours en matière civile est par conséquent recevable au regard des dispositions qui précèdent.

### **E. 2.1**

Dès lors que la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l' art. 98 LTF , seule peut être dénoncée la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine la violation de ces droits que si ce moyen est invoqué et motivé par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire expressément soulevé et exposé de manière claire et détaillée ( ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit ainsi indiquer quelle disposition constitutionnelle aurait été violée et démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation ( ATF 134 II 349 consid. 3). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables ( ATF 145 IV 154 consid. 1.1; 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Par ailleurs, le grief doit être développé dans le recours même, un renvoi à d'autres écritures ou à des pièces n'étant pas admissible ( ATF 133 II 396 consid. 3.2). Le recourant ne peut en outre se limiter à reprendre de façon identique l'argumentation formée en instance cantonale; il doit au contraire exposer en quoi son rejet par l'autorité précédente violerait le droit constitutionnel ( ATF 134 II 244 consid. 2.1 et 2.3).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l' art. 98 LTF , le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de faits que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. supra consid. 2.1). Le Tribunal fédéral ne corrige les constatations de fait que si elles sont arbitraires ( art. 9 Cst. ) et ont une influence sur le résultat de la décision (art. 97 al. 1 in fine LTF). Le recourant ne peut se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 140 III 264 consid. 2.3 et les références).

### **E. 2.3**

En vertu du principe de l'épuisement des instances, le recours n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions rendues par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 75 al. 1 LTF ), ce qui signifie que les voies de droit cantonales doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel ( ATF 146 III 203 consid. 3.3.4; 145 III 42 consid. 2.2.2; 143 III 290 consid. 1.1). Lorsque l'autorité de dernière instance cantonale peut se limiter à examiner les griefs régulièrement soulevés, le principe de l'épuisement matériel des instances veut que les griefs soumis au Tribunal fédéral aient déjà été invoqués devant l'instance précédente (parmi plusieurs: arrêt 5A\_364/2023 du 14 novembre 2023 consid. 2.3).

### **E. 3**

La compétence des autorités judiciaires genevoises ( art. 10 LDIP ; art. 5 al. 1 CLaH96) et l'application du droit suisse ( art. 62, 83 et 85 LDIP ; art. 15 al. 1 CLaH96; art. 4 CLaH73) ne sont à juste titre pas contestées.

### **E. 4**

Le recourant se plaint d'arbitraire dans l'application de l' art. 152 al. 2 CPC . Il reproche à la cour cantonale d'avoir, de manière choquante, considéré que le caractère illicite de la pièce 38 déposée par l'intimée n'était qu'une hypothèse qui n'avait pas été rendue vraisemblable.

#### **E. 4.1**

Aux termes de l' art. 152 al. 2 CPC , le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

Contrairement à la preuve irrégulière, recueillie en violation d'une règle de procédure, la preuve illicite est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause ( ATF 140 III 6 consid. 3.1; arrêt 5A\_643/2020 du 11 septembre 2020 consid. 4.3.2). La preuve est illicite, au sens de l' art. 152 al. 2 CPC , parce qu'elle a été obtenue par la commission d'un délit (CHAPPUIS, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, in Le procès en responsabilité civile, 2011, p. 137 et l'auteur cité).

La preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le juge doit en particulier procéder à une pesée de l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et de l'intérêt à la manifestation de la vérité ( ATF 140 III 6 consid. 3.1). La maxime procédurale applicable dans le cas particulier peut jouer un rôle à ce dernier égard (arrêt 5A\_643/2020 précité loc. cit.). On admettra plus facilement que l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte lorsque la maxime inquisitoire et/ou d'office est applicable que si la maxime des débats s'applique ( ATF 139 II 7 consid. 6.4.1; CHABLOZ/COPT, in Petit Commentaire CPC, 2021, n° 16 ad art. 152 CPC ). Tel sera en particulier le cas lorsque la maxime inquisitoire illimitée ( art. 296 al. 1 CPC ) est applicable, parce que le juge a l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant ( ATF 144 III 349 consid. 4.2.1; arrêt 5A\_643/2020 précité consid. 4.3.2). Quoi qu'il en soit, l'utilisation de moyens de preuve obtenus à la suite d'une ingérence illicite dans la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande réserve ( ATF 139 II 7 consid. 6.4.1).

Celui qui se prévaut de l'illicéité de l'obtention du moyen de preuve a la charge de la preuve ( art. 8 CC ). Autrement dit, il n'appartient pas à l'autre partie de démontrer la licéité de l'obtention du moyen de preuve (arrêt 5A\_643/2020 précité consid. 4.4).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, la cour cantonale a retenu que l'époux fondait le caractère illicite de la pièce n° 38 déposée par l'intimée sur la supposition que celle-ci l'aurait prétendument obtenue à la suite du cambriolage de son lieu de travail, puisque ladite pièce était adressée à son domicile professionnel. Il ne s'agissait néanmoins que d'une hypothèse, que l'intéressé n'avait pas rendu vraisemblable. Par conséquent, c'était à juste titre que le premier juge avait considéré la pièce litigieuse comme licite et, partant, recevable.

#### **E. 4.3**

Le recourant expose derechef que la pièce litigieuse est une pièce bancaire qui lui a été exclusivement adressée à son domicile professionnel. Il ajoute que ses locaux professionnels ont été cambriolés à deux reprises les 3 et 10 avril 2021, deux plaintes pénales ayant été déposées pour ces faits, respectivement les 6 et 10 avril 2021. C'était donc " légitimement " qu'il " suppos[ait] " que ce relevé de compte avait été emporté à l'occasion de ces cambriolages. Comme cette pièce provenait, selon toute vraisemblance, d'une infraction, cette preuve était illicite quand bien même l'intimée l'aurait elle-même obtenue licitement.

#### **E. 4.4**

La motivation de la Cour de justice résiste à l'arbitraire, tant il est vrai que le recourant ne désigne précisément aucun élément du dossier que dite autorité aurait omis et qui serait susceptible de concrètement prouver ses allégations. Il se contente, sur un mode purement appellatoire, d'énoncer sa propre vision de la situation sur la base de faits ne résultant pas de l'arrêt querellé et de pures conjectures. Ne satisfaisant nullement au principe d'allégation ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1 et 2.2), le grief est irrecevable. Au demeurant, la question de l'entretien de l'enfant étant soumise à la maxime inquisitoire illimitée ( art. 296 al. 1 CPC ), l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur la protection du domaine privé.

#### **E. 5**

Le recourant se plaint en outre d'une constatation arbitraire des faits en tant que la cour cantonale aurait surestimé ses revenus.

#### **E. 5.1**

Il reproche d'abord à cette juridiction d'avoir refusé d'accorder force probante aux fiches de salaire qu'il avait lui-même établies. Cette critique se heurte d'emblée au principe de l'épuisement des griefs (cf. supra consid. 2.3), l'arrêt querellé retenant que le recourant n'a pas critiqué ce point en appel alors que le premier juge avait déjà considéré que lesdites fiches de salaire n'avaient pas de valeur probante.

#### **E. 5.2**

Le recourant fait ensuite grief à la cour cantonale de ne pas avoir pris en compte la pandémie de Covid-19, alors que celle-ci avait notoirement engendré une perte de revenus pour les entreprises. C'était ainsi de manière arbitraire que la cour cantonale n'avait pas retenu que l'activité de la société H.\_\_\_\_\_ SA était prospère jusqu'en 2019 mais que,

depuis 2020 et principalement en raison de la pandémie, son activité s'était passablement réduite. Dite autorité avait ignoré que pour l'exercice 2021, la société susvisée présentait un maigre bénéfice de 1'782 fr. 39 et que I.\_\_\_\_\_ Sàrl et J.\_\_\_\_\_ Sàrl accusaient, quant à elles, une perte. Ces résultats ne faisaient d'ailleurs que confirmer la tendance des exercices 2019 et 2020. Dans ces conditions, le recourant considère qu'il fallait retenir que ses revenus effectifs étaient de 3'500 fr. par mois.

L'argumentation du recourant consiste en une reprise textuelle de son acte d'appel et ne saurait, partant, valoir discussion argumentée de la motivation de l'arrêt attaqué (cf. supra consid. 2.1). Purement appellatoire, elle est en particulier impropre à démontrer l'arbitraire des nombreux éléments que la cour cantonale a retenus pour considérer que l'activité de H.\_\_\_\_\_ SA n'était actuellement pas à la baisse, que si l'activité de cette société avait diminué en 2020 - vraisemblablement à cause de la pandémie, ce que prouvait son chiffre d'affaires qui avait baissé cette année-là -, cette situation n'avait été que passagère, le chiffre d'affaires de l'exercice 2021 (2'125'301 fr.) ayant retrouvé son niveau de 2019 (1'892'629 fr.), et que la situation financière actuelle de l'entreprise - donc le bénéfice reporté, qui avait absorbé les mauvais résultats des années 2020 et 2021, était encore d'environ 1,4 millions de francs - pouvait être comparée à celle prévalant avant la pandémie. Le grief est ainsi irrecevable.

### **E. 5.3**

Le recourant reproche encore à la Cour de justice de ne pas avoir retenu qu'il souffrait de très sérieux problèmes de santé, alors qu'il avait déclaré à l'audience du 23 février 2022 qu'il avait des séquelles très importantes du Covid-19 et que le rapport du service des urgences de l'Hôpital de la Tour attestait de ce qu'il avait contracté cette maladie. Or il était notoire, notamment au vu des campagnes de lutte contre le Covid-19, que les personnes âgées de plus de 50 ans et atteintes, comme lui, de diabète de type 2 sont plus fragiles face à cette maladie et, a fortiori, sont plus susceptibles de souffrir de séquelles à long terme.

Il n'est nullement constaté dans l'arrêt attaqué que le recourant souffrirait du diabète ou, si on le comprend bien, d'un Covid long. Dit arrêt retient uniquement que le recourant a été pris en charge au service des urgences le 3 juin 2021 en raison d'une " baisse de l'état général ", sans qu'un arrêt de travail lui ait été prescrit à l'issue de cette consultation. Pour le surplus, la motivation du présent grief consiste en un copier-coller de l'acte d'appel, ce qui n'est pas admissible (cf. supra consid. 2.1). Le simple ajout de prétendus faits notoires en lien avec les conséquences du Covid est impropre à pallier un tel défaut de motivation. Le grief est donc également irrecevable.

### **E. 5.4**

Le recourant se plaint aussi de ce que la Cour de justice a purement et simplement ignoré le fait qu'il est âgé de 64 ans, soit très proche de l'âge de la retraite, et que, dès lors, ses revenus vont indubitablement baisser à brève échéance. On ne pouvait donc " en aucun cas " lui imputer un revenu mensuel net supérieur à 3'500 fr.

La critique est sans consistance. Le recourant oublie que le revenu déterminant pour la fixation de la contribution d'entretien est le revenu effectif ou effectivement réalisable (arrêt 5A\_372/2023 du 26 octobre 2023 consid. 3.3.1 et les références), principe que la cour cantonale a suivi sans aucun arbitraire. Par ailleurs, si tant est qu'il faille en tenir compte à ce stade, l'affirmation péremptoire du recourant selon laquelle ses revenus se résumeraient prochainement, si on le comprend bien, à sa rente AVS s'épuise en une pure conjecture. Il

sera au demeurant rappelé que si une activité professionnelle est exercée au-delà de l'âge de la retraite, il est tenu compte des revenus qui en sont retirés pour déterminer la capacité contributive du débirentier et que le seul fait d'avoir atteint cet âge ne permet pas de faire automatiquement échec à l'imputation d'un revenu hypothétique, notamment afin de financer l'entretien d'un enfant mineur (arrêt 5A\_372/2023 précité consid. 3.3.2 et les références).

#### **E. 6**

Le recourant fait de plus grief à la Cour de justice d'avoir arbitrairement refusé d'imputer un revenu hypothétique à l'intimée. Il expose qu'alors qu'il lui avait répété, durant la vie commune, qu'il lui était absolument nécessaire de trouver un emploi, l'épouse n'avait entrepris aucune recherche dans ce sens ni fourni le moindre justificatif à cet égard. Il était cependant tout à fait vraisemblable que si elle avait activement essayé de trouver un emploi, lorsqu'il le lui demandait ou à tout le moins depuis la séparation, elle en aurait déjà obtenu un à ce jour. En effet, ses chances de s'insérer sur le marché du travail étaient solides, puisqu'elle était en bonne santé et âgée de 46 ans, ce qui ne faisait pas obstacle à la reprise d'une activité professionnelle. Il pouvait donc être raisonnablement exigé d'elle de reprendre une activité professionnelle. Comme les enfants étaient respectivement âgés de 13 ans, 12 ans et 4 ans, un taux d'activité minimum de 50% pouvait être attendu d'elle. Bien qu'ils présentent des problèmes de comportement, on voyait mal ce que la présence de l'intimée chez elle pourrait changer à la situation dans la mesure où les enfants étaient scolarisés. Dès lors, et en considérant les salaires statistiques pour une femme sans fonction de cadre, le revenu mensuel pouvant être attendu pour un plein temps s'élevait à 5'674 fr., soit 2'837 fr. pour un taux d'activité de 50%. Un tel revenu hypothétique devait ainsi être imputé à l'intimée. Selon le recourant, compte tenu de ce revenu et du fait qu'il ne présente aucune capacité contributive après paiement des frais effectifs des trois enfants et de leur participation au loyer de l'intimée, aucune contribution de prise en charge ni contribution d'entretien en faveur de celle-ci ne se justifiaient.

Une fois encore, force est de constater que le recourant ne respecte pas le principe de l'épuisement matériel des instances (cf. supra consid. 2.3). Dans la mesure où l'arrêt attaqué retient qu'en appel, il n'a pas contesté le jugement de première instance en tant qu'il admettait qu'il ne pouvait être exigé de l'intimée de retrouver actuellement un emploi, ne fût-ce qu'à temps partiel, puisqu'elle devait être pleinement disponible pour assurer l'encadrement des trois enfants, dont certains présentaient des difficultés de comportement importantes, le recourant est forclos à se plaindre à ce stade de cette motivation du premier juge, que la cour cantonale a fait sienne pour rejeter son grief tendant à l'imputation d'un revenu hypothétique à l'intimée. Le moyen est dès lors irrecevable, ce d'autant que, de manière inadmissible, l'argumentation du recourant consiste, là également, en un copier-coller de l'acte d'appel.

#### **E. 7**

En définitive, le recours est rejeté dans la très faible mesure de sa recevabilité. Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires ( art. 66 al. 1 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer ( art. 68 al. 1 LTF ).