

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 816/2022

Arrêt du 29 mars 2023

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. et Mmes les Juges fédéraux
Herrmann, Président, Escher, von Werdt, Bovey et
De Rossa.
Greffière : Mme Aichtari.

Participants à la procédure

A.A._____,
représenté par Me Vincent Solari, avocat,
recourant,

contre

C._____,
représentée par Me Sophie Bobillier, avocate,
intimée.

Objet

mainlevée définitive de l'opposition,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 9 septembre 2022 (C/3575/2022, ACJC/1199/2022).

Faits :

A.

A.a. Par jugement du 8 février 2016, le Tribunal des prud'hommes de Genève a condamné A.A._____
et B.A._____, conjointement et solidairement, à payer à C._____ la somme brute de 52'640 fr. 10, plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1er février 2006, et la somme brute de 22'107 fr. 40, plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1er septembre 2002 (ch. 2 du dispositif), invité la partie qui en avait la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Par arrêt du 6 janvier 2017, exécutoire, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève (ci-après: chambre des prud'hommes) a annulé le chiffre 2 du dispositif précité et l'a réformé en ce sens qu'elle a condamné A.A._____ et B.A._____ à verser à C._____ le montant (brut) de 52'640 fr. 10 plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1er février 2006, le montant brut de 22'107 fr. 40 plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1er septembre 2008 et le montant brut de 85'951 fr. 80 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2008, sous déduction du montant (net) de 20'400 fr. Elle a confirmé pour le surplus le jugement entrepris et débouté les parties de toutes autres conclusions.

Il ressort des considérants de cet arrêt que le montant net de 20'400 fr. est un montant versé au titre de salaires, vacances et heures supplémentaires, non contesté par l'employée. En outre, les débiteurs ont versé 23'759 fr. 85

à titre de cotisations AVS/AI/APG/AC du 1er avril 2003 au 31 décembre 2007, part de l'employeur comprise, soit 208 fr. 40 par mois sur le salaire brut de l'employée, et l'impôt à la source de 523 fr. 80 pour 2004, 845 fr. 06 pour 2005, 832 fr. 26 pour 2006, 1'557 fr. 72 pour 2007, 711 fr. 20 pour 2008.

A.b.

A.b.a. Le 25 juin 2019, C. _____ a obtenu du Tribunal de première instance de Genève (ci-après: tribunal) le séquestre des biens de A.A. _____ pour la " créance de droit du travail constatée par arrêt de la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du 6 janvier 2017 CAPH/3/2017 ".

A.b.b. Le 3 février 2022, l'Office des poursuites de Genève a fait notifier à A.A. _____ un commandement de payer, poursuite n°xxx, portant sur notamment 52'640 fr. 10 plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1 er février 2006 (poste 1), le montant brut de 22'107 fr. 40 plus intérêts moratoires moyens à 5% l'an dès le 1 er septembre 2008 (poste 2) et le montant brut de 85'951 fr. 80 (poste 3) plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2008, dérivant de l'arrêt précité.

Le poursuivi a formé opposition.

B.

B.a.

B.a.a. Le 24 février 2022, la poursuivante a requis du tribunal le prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition susmentionnée, avec suite de frais et dépens.

Le poursuivi a conclu à ce que la mainlevée soit accordée pour les postes 1 et 2 et s'agissant du poste 3, à concurrence de 55'290 fr. 65 plus intérêts moratoires à 5% l'an, sous déduction du montant net de 20'400 fr., dépens compensés. Il a fait valoir qu'il convenait de déduire du montant dû de 85'951 fr. 40 les cotisations sociales dont il était établi, à teneur des considérants de l'arrêt susmentionné, qu'elles avaient été payées par lui selon un montant résultant desdits considérants.

B.a.b. Par jugement du 20 mai 2022, le tribunal a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°xxx (ch. 1), arrêté les frais judiciaires à 750 fr. (ch. 2), mis à la charge de A.A. _____, condamné en conséquence à verser 750 fr. à l'Etat de Genève, et 770 fr. à C. _____ à titre de dépens (ch. 3 et 4).

B.b.

B.b.a. Par acte du 3 juin 2022, le poursuivi a formé recours auprès de la cour de justice contre la décision précitée. Il a conclu à l'annulation de celle-ci, cela fait au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°xxx, à concurrence de 52'640 fr. 10 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1 er février 2006, 22'107 fr. 40 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1 er septembre 2008, 55'290 fr. 65 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2008, sous déduction de 20'400 fr. nets, les frais et dépens étant répartis équitablement selon le sort de la cause.

B.b.b. Par arrêt du 9 septembre 2022, la cour de justice a annulé le jugement du 20 mai 2022 et, statuant à nouveau, a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°xxx, sous déduction de 20'400 fr. Elle a débouté les parties de toutes autres conclusions.

C.

Par acte posté le 20 octobre 2022, A.A. _____ exerce un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral. Dans l'un et l'autre, il conclut principalement à sa réforme, en ce sens que la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n°xxx, est prononcée pour les montants suivants à l'exclusion de toute autre créance: 52'640 fr. 10, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1 er février 2006, 22'107 fr. 40 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1

er septembre 2008 et 71'880 fr. 20 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 août 2008, sous déduction du montant net de 20'400 fr., l'intimée étant déboutée de toutes autres ou contraires conclusions. Subsidiativement, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants, l'intimée étant déboutée de toutes autres ou contraires conclusions. En substance, il se plaint de déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.) ainsi que de la violation, subsidiativement l'application arbitraire (art. 9 Cst.), de l'art. 81 al. 1 LP.

Par ordonnance du 6 février 2023, la demande d'assistance judiciaire présentée par l'intimée a été admise. Invitée à déposer des observations, l'intimée a, par acte du 23 février 2023, conclu préalablement à l'irrecevabilité du recours, puis principalement à son rejet et subsidiativement à son admission dans la limite du grief de déni de justice. La cour cantonale s'est référée aux considérants de son arrêt.

Considérant en droit :

1.

Le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) à l'encontre d'une décision de mainlevée définitive (art. 80 LP), soit une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 399 consid. 1.4), rendue en matière de poursuite pour dettes (art. 72 al. 2 let. a LTF) par le tribunal supérieur du canton ayant statué sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Le recourant, qui a été en partie débouté de ses conclusions par l'autorité précédente, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

L'autorité cantonale a indiqué une valeur litigieuse supérieure ou égale à 30'000 fr. Le recourant considère pour sa part que cette valeur minimale (art. 74 al. 1 let. b LTF) requise pour introduire un recours en matière civile n'est pas atteinte, mais que sa cause soulève en revanche une question juridique de principe. Subsidiativement, il introduit un recours constitutionnel. Or, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions encore contestées devant la dernière instance cantonale (art. 51 al. 1 let. a LTF; arrêts 5A 590/2019 du 13 février 2020 consid. 1, publié in Pra 2021 (3) p. 19; 5A 539/2019 du 14 novembre 2019 consid. 1 et les références; 4A 111/2019 du 23 juillet 2019 consid. 1.1). En l'espèce, le premier juge a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer, dont le poste n°3 portant sur une créance en capital de 85'951 fr 80 et, dans son recours cantonal, le recourant a conclu à ce que la mainlevée définitive soit prononcée pour ce poste litigieux à concurrence de 55'290 fr. 65, sous déduction de 20'400 fr. Les conclusions y relatives atteignaient donc une valeur suffisante. La voie du recours en matière civile est dès lors ouverte. Celle, subsidiaire, du recours constitutionnel ne

peut donc pas être empruntée (art. 113 LTF), et le recours formé à ce titre est irrecevable.

Il suit de là que la motivation de l'intimée relative à l'irrecevabilité des recours au regard de l'exigence de la question juridique de principe, pour le recours en matière civile, et de l'art. 115 LTF, pour le recours constitutionnel subsidiaire, est sans objet (p. 3 à 6). Il en va de même de son argumentation selon laquelle la critique du recourant en lien avec l'arbitraire dans l'application de l'art. 81 al. 1 LP ne répond pas aux exigences du principe d'allégation (p. 8 s.).

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est donc limité ni par les arguments soulevés dans le recours, ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été invoqués et il peut rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente (ATF 145 IV 228 consid. 2.1; 144 III 462 consid. 3.2.3). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (ATF 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4).

2.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

3.

L'autorité cantonale a jugé que la chambre des prud'hommes avait condamné le recourant à verser à l'intimée des montants bruts, qui, logiquement, n'avaient pas déjà été réglés à l'intimée. Selon elle, on ne discernait donc pas comment des cotisations sociales et l'impôt à la source acquittés, tels que retenus dans cet arrêt, pourraient concerner des prestations salariales alors non exécutées. Pour le surplus, aucun versement supplémentaire d'impôt à la source n'avait été constaté, de sorte qu'il était sans pertinence que leur quotité pût être déterminable. Il était en revanche exact que le dispositif de l'arrêt déduisait des montants bruts alloués un montant net chiffré à 20'400 fr., lequel n'avait pas été pris en compte par le premier juge dans la procédure de mainlevée. L'autorité cantonale a donc admis le grief du recourant sous cet aspect.

4.

Le recourant se plaint de déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.). Il expose s'être plaint dans son recours cantonal que le premier juge avait fait abstraction de son argument selon lequel la mainlevée définitive de l'opposition ne pouvait être prononcée pour le coût du procès-verbal de séquestre, par 1'020 fr. 60, les dépens, d'un montant de 4'300 fr., ainsi que les frais de poursuite, par 190 fr., ces créances ne figurant pas dans le titre exécutoire et n'ayant pas fait l'objet de la réquisition de poursuite en validation du séquestre, de sorte qu'elles ne pouvaient pas non plus être inscrites sur le commandement de payer. Il soutient que l'autorité cantonale s'est elle aussi dispensée d'examiner ce grief.

En l'espèce, la mainlevée définitive n'a pas été prononcée pour les montants précités. Les arguments soulevés par le recourant à cet égard n'avaient aucune incidence pour l'issue du litige, de sorte qu'aucune violation de l'art. 29 al. 1 Cst. ne peut être opposée à l'autorité cantonale (cf. parmi plusieurs: ATF 142 II 154 consid. 4.2; arrêt 1C 407/2020 du 27 octobre 2022 consid. 4.1 et les autres références).

Partant, le grief de violation de l'art. 29 al. 1 Cst. est rejeté.

5.

Le recourant se plaint de la violation de l'art. 81 al. 1 LP.

Dans un premier argument, il soutient que le montant des cotisations sociales et de l'impôt à la source à déduire des montants bruts dus à l'intimée sont aisément déterminables, sur la base soit du jugement soit de la loi, de sorte que le juge doit prononcer la mainlevée définitive à concurrence du salaire net. Il relève que le Tribunal fédéral a procédé de cette façon en matière de mainlevée provisoire (arrêt 5A 513/2010 du 19 octobre 2010) et que la doctrine récente va dans ce sens. Il conclut que l'autorité cantonale aurait dû déduire le montant des cotisations sociales et de l'impôt à la source, indépendamment de leur paiement étant donné que ces montants ne sont exigibles qu'au moment du paiement du salaire.

S'agissant des cotisations sociales, il soutient que le calcul peut s'opérer en prenant le taux de cotisation applicable pour les différentes périodes que l'on trouve dans les tableaux synoptiques du Centre d'information AVS/AI, lesquels rendent compte de faits notoires, ainsi que dans la loi, soit 5.05%. En appliquant ce taux au montant total du différentiel de salaire de 24'233 fr. 80 brut et au montant total des heures supplémentaires de 114'358 fr. 50, l'on obtient des cotisations de 1'223 fr. 80 et 5'775 fr. 10 à déduire du montant brut de 85'951 fr. 80.

S'agissant de l'impôt à la source, il admet que le montant est difficilement déterminable pour le différentiel de salaire qui n'est pas exprimé en heures mais que le calcul peut s'opérer facilement pour les heures supplémentaires, de 84.5 pour les périodes concernées. Il relève que le barème ressort de la loi et du site de l'administration fiscale. Il affirme que le taux est celui correspondant au salaire horaire car les heures supplémentaires ne sont pas périodiques. Ainsi, pour la période d'avril 2003 à juin 2004, le salaire horaire était de 19 fr. 85 et le taux correspondant de 5.37%, de sorte qu'en prenant le montant des heures supplémentaires de 25'159 fr. 90, l'on obtient un impôt de 1'351 fr. 10. Pour la période de juillet 2004 à décembre 2005, le salaire horaire était de 20 fr. 45 et le taux correspondant de 5.71%, de sorte qu'en prenant le montant des heures supplémentaires de 31'104 fr. 45, l'on obtient un impôt de 1'776 fr. 05. Pour la période de janvier 2006 à décembre 2007, le salaire horaire était de 21 fr. 50 et le taux correspondant de 6.37%, de sorte qu'en prenant le montant des heures supplémentaires de 43'602 fr., l'on obtient un impôt de 2'777 fr. 45. Pour la période de janvier à juillet 2008, le salaire

horaire était de 24 fr. 50 et le taux correspondant de 8.06%, de sorte qu'en prenant le montant des heures supplémentaires de 14'491 fr. 75, l'on obtient un impôt de 1'168 fr. 05. Au total, le montant de l'impôt à la source serait de 7'072 fr. 70.

Il conclut que le total de 14'071 fr. 60 est déductible des 85'951 fr. 80, permettant d'obtenir un montant net de 71'880 fr. 20.

Dans un second argument, le recourant affirme que le créancier du salaire n'est pas celui des cotisations sociales et qu'il n'a pas droit au versement de ces charges vu que le débiteur doit les verser aux différentes institutions. Il relève que le dispositif du titre exécutoire désigne d'ailleurs un autre créancier que l'intimée pour les déductions sociales et légales. Il en conclut qu'en ordonnant la mainlevée sur le montant brut du salaire, sans déduction des cotisations sociales et de l'impôt à la source, l'autorité cantonale a violé le principe des trois identités. Il souligne qu'il sera amené à payer les montants deux fois.

6.

La question qui se pose est de savoir si, sur la base d'un jugement condamnant l'employeur à verser un salaire brut, le juge de la mainlevée doit accorder la mainlevée définitive et, le cas échéant, pour le salaire net ou le salaire brut.

6.1.

6.1.1. Aux termes de l'art. 80 al. 1 LP, le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition. Le juge doit vérifier si la créance en poursuite résulte du document produit (jugement ou titre assimilé). Pour constituer un titre de mainlevée définitive, ce document doit clairement obliger définitivement le débiteur au paiement d'une somme d'argent déterminée, c'est-à-dire chiffrée (ATF 143 III 564 consid. 4.3.2; 135 III 315 consid. 3.2; arrêt 5A 891/2019 du 5 juin 2020 consid. 4.2). A cet égard, le juge de la mainlevée doit uniquement décider si une telle obligation de payer ressort clairement du jugement exécutoire produit. Il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'existence matérielle de la prétention ou sur le bien-fondé du jugement, ni de trancher des questions délicates de droit matériel ou pour la solution desquelles le pouvoir d'appréciation joue un rôle important (ATF 124 III 501 consid. 3a). Si le jugement n'est pas clair ou incomplet, il incombe au juge du fond de l'interpréter (ATF 148 III 225 consid. 4.1.2.2 et les références). En effet, le contentieux de la mainlevée de l'opposition (art. 80 ss LP) n'a pas pour but de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire, le juge de la mainlevée ne se prononçant que sur la force probante du titre produit (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1 et les références). Le prononcé de mainlevée ne sortit que des effets de droit des poursuites et ne fonde pas l'exception de chose jugée quant à l'existence de la créance (ATF 136 III 583 consid. 2.3).

6.1.2. Le juge ordonne la mainlevée de l'opposition, à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis, postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription (art. 81 al. 1 LP).

Cette disposition n'énumère pas exhaustivement les moyens de défense que le débiteur peut opposer à un jugement exécutoire, même si ceux-ci sont limités, le juge de la mainlevée n'ayant ni à revoir ni à interpréter le titre de mainlevée qui est produit, ni à examiner les moyens de droit matériel que le débiteur pouvait faire valoir dans le procès qui a abouti au jugement exécutoire (ATF 140 III 180 consid. 5.2.1).

Il incombe au poursuivi d'établir par titre, non seulement la cause de l'extinction, mais encore le montant exact à concurrence duquel la dette en poursuite est éteinte (ATF 124 III 501 consid. 3b). Il ne peut se contenter de rendre vraisemblable sa libération (totale ou partielle) - contrairement à ce qui est le cas pour la mainlevée provisoire (art. 82 al. 2 LP; ATF 120 Ia 82 consid. 6c) -, mais doit en apporter la preuve stricte (ATF 136 III 624 consid. 4.2.1 et les références).

Le poursuivi ne peut se prévaloir que de l'extinction de la dette survenue "postérieurement au jugement valant titre de mainlevée"; celle qui est intervenue avant ou durant la procédure au fond ne peut être prise en considération, sauf à attribuer au juge de la mainlevée la compétence d'examiner matériellement l'obligation de payer, qui n'appartient qu'au juge du fond (ATF 138 III 583 consid. 6.1.2 et les références; arrêt 5A 877/2018 du 25 octobre 2019 consid. 2.1, publié in SJ 2020 I p. 92).

A l'inverse, si le juge du fond réserve dans son dispositif des montants déjà versés, il n'appartient pas au poursuivi de démontrer ceux-ci. Le jugement ne constitue un titre de mainlevée que si la quotité de la dette est déterminable sur la base des considérants du jugement ou par le rapprochement d'autres pièces du dossier pro-

pres à établir avec exactitude le montant dû. Si tel n'est pas le cas, ce jugement ne vaut pas titre de mainlevée, faute d'une obligation de payer claire (ATF 138 III 583 consid. 6.1.1; 135 III 315 consid. 2.3).

6.2.

6.2.1. Les pratiques cantonales ne sont pas uniformes (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4ème éd., 2019, n°94a), mais le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt non publié que le salaire alloué judiciairement au travailleur est en principe un salaire brut. Deux solutions s'offrent alors au juge: ou bien il alloue un montant brut et opère le calcul des cotisations d'assurances sociales à déduire; ou bien il alloue un montant brut et, sans en opérer le calcul, mentionne expressément que ce montant sera réduit des cotisations d'assurances sociales du travailleur (arrêt 4C.319/1995 du 8 avril 1997 consid. 2b/aa).

6.2.2. Le Tribunal fédéral a admis la qualité de titre de mainlevée définitive d'un jugement emportant condamnation à payer un montant brut sous déduction des cotisations sociales (arrêt 5P.364/2002 du 16 décembre 2002 consid. 2.1.2; contra : BACHMANN, in *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, 2018, n°18.137 [en matière de mainlevée provisoire]; BERSIER, *Salaire brut ou salaire net? La mention des cotisations d'assurances sociales dans les prétentions issues du droit du travail*, in *RSJ* 1982 p. 299 ss [302: cet auteur conçoit néanmoins que le travailleur puisse déterminer le montant des cotisations sociales à déduire pour établir sa réquisition de poursuite]; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, *op. cit.*, n°94a; dubitatif: SENTI, *Arbeitsrecht und SchKG: Die Rechtsöffnung*, in *ZZZ* 2007 p. 219 ss [229]). Cette solution se justifie au regard du fait que l'employeur poursuivi n'a, au moment où le jugement au fond est rendu, pas déjà payé ces cotisations. Or, si le juge du fond accorde un salaire brut au travailleur, en se contentant de réserver les cotisations sociales et légales qui n'ont toutefois pas été payées, le juge de la mainlevée ne peut pas modifier le montant de la créance. Par ailleurs, économiquement, la cotisation constitue une partie du salaire

qu'elle grève (BERSIER, *op. cit.*, *loc. cit.*; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, *op. cit.*, *loc. cit.*); sauf circonstances de fait exceptionnelles dans lesquelles le travailleur aurait été fondé à croire à l'existence d'un salaire net, le salaire brut fait partie du salaire convenu au sens de l'art. 322 al. 1 CO (arrêt 4C.136/2002 du 20 juin 2003 consid. 2.4). La possibilité de requérir du juge d'accorder la mainlevée à hauteur du salaire net n'entre dès lors en considération qu'à titre d'exception au sens de l'art. 81 al. 1 LP (arrêt de la Ière cour civile de l' Obergericht du canton de Zurich, du 9 octobre 2018, consid. 3.2 et 3.3, in *ZR* 117/2018 p. 257). Cette solution prend du reste en compte que le travailleur salarié n'est pas toujours en mesure de chiffrer son salaire net, notamment lorsqu'il s'agit de prétentions salariales particulières (VON KAENEL, in *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, 2018, n°23.13). Ainsi, si, pour l'AVS/AI/APG/AC, le taux de cotisation est fixé en pourcentage du salaire déterminant pour le salarié (art. 5 al. 2 LAVS), selon un taux indiqué dans la loi (art. 5 al. 1 LAVS; 3 LAI; 36 RAPG; 3 al. 2 LACI), pour l'assurance-accident en revanche, ce sont les assureurs qui fixent les primes en pour-mille du gain assuré (art. 92

LAA et 22 OAA; prime nette et différents suppléments de prime). En matière de prévoyance professionnelle, la loi détermine des taux de bonification de vieillesse minimaux (art. 16 LPP) en pourcentage du salaire coordonné (art. 7 s. LPP), mais les taux de cotisations peuvent varier d'une caisse de pension à l'autre, dans leur règlement, et selon le mode de financement choisi.

Il n'y a pas d'exception à faire au principe précité, imposant à l'employeur la preuve de l'exception (art. 81 al. 1 LP), pour les cotisations mises légalement à la charge du travailleur (contra : WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 4ème éd., 2019, p. 238 s., et aussi DANTHE, in *Commentaire du contrat de travail*, 2ème éd., 2013, n°33 ad art. 322 CO; DIETSCHY, *Les conflits de travail en procédure civile suisse*, 2011, n°822; NOVIER, *Les conclusions dans les procès de droit du travail - Questions choisies*, in *Les procédures en droit du travail*, 2020, p. 31 ss [42]) ou lorsque le montant des cotisations est aisément déterminable (contra : ABBET, in *La mainlevée de l'opposition*, 2ème éd., 2022, n°33 ad art. 80 LP). En effet, si le juge du fond accorde un salaire brut, alors que ni le droit matériel ni le droit procédural ne lui interdisent de condamner au paiement d'un salaire net si les parties y concluent, il n'appartient pas au juge de la mainlevée de modifier la nature de cette créance. Au demeurant, une distinction entre les différents types d'assurances sociales va à l'encontre du rôle assigné à la procédure de mainlevée et compliquerait inutilement celle-ci, d'autant que des questions de fond relatives aux taux applicables

ainsi qu'aux rémunérations soumises à cotisations peuvent se poser (dans le sens d'une preuve sans distinction à

la charge du travailleur: REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, 2010, n° 14 ad art. 322 CO; SENTI, op. cit., p. 229; STAEHELIN, in Basler Kommentar, SchKG I, 3ème éd., 2021, n° 43 ad art. 80 LP; VOCK/AEPLI, in SK Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4ème éd., 2017, n° 22 ad art. 80 LP).

6.2.3. En l'espèce, le recourant ne peut pas être suivi dans son argument selon lequel l'intimée n'est pas la créancière du salaire brut. Son argumentation revient en effet à ce que le juge de la mainlevée revoie le fond de la cause prudhommale, ce qui n'est pas admissible. Au demeurant, le tribunal des prud'hommes n'est pas autorisé à condamner l'employeur à verser, parallèlement au salaire qui serait déterminé selon la valeur nette, les charges sociales et fiscales aux institutions concernées puisque que celles-ci ne sont pas parties à la procédure prudhommale (DIETSCHY, op. cit., n° 822).

Le grief de violation de l'art. 80 al. 1 LP doit être rejeté.

6.3. Il reste donc à trancher la question de savoir si l'employeur poursuivi qui a été condamné à payer un salaire brut est en droit de faire valoir, à titre d'exception au sens de l'art. 81 al. 1 LP, qu'il ne doit que le salaire net à son employé et, le cas échéant, s'il doit démontrer le paiement effectif ou seulement l'étendue de son obligation de payer le montant des cotisations sociales et légales.

6.3.1.

6.3.1.1. Par salaire brut, on entend le montant dû sans déduction de la part due par l'employé aux assurances sociales légales (AVS; AI; APG; AC; LAA; LPP; éventuelles cotisations sociales cantonales) et conventionnelles (p. ex. assurance perte de gain maladie, assurance-accidents complémentaires, prévoyance professionnelle surobligatoire). Les travailleurs sans permis d'établissement qui ont leur domicile fiscal en Suisse sont en outre soumis à l'imposition à la source (BORTOLANI/SCHERER, in SHK Arbeitsvertrag, 2021, n° 22 ss ad art. 322 CO; DANTHE, op. cit., n° 30 ad art. 322 CO).

6.3.1.2. En matière de cotisations (ou de primes) dues aux assurances sociales légales précitées, l'employeur est le débiteur de la totalité des charges sociales à l'égard de l'institution en cause, soit, lorsque le système est paritaire, de sa propre part et de celle du salarié. Ce n'est en général qu'à lui que l'institution peut s'adresser en vue du paiement. La loi consacre en conséquence une autorisation de l'employeur de déduire la part de cotisations à charge de l'employé du salaire de celui-ci (art. 14 al. 1 LAVS en lien avec l'art. 3 al. 2 LAI; 27 LAPG et 6 LACI; 91 al. 3 LAA; 66 al. 3 LPP et ATF 148 II 73 consid. 5.2; ATF 142 V 118 consid. 5.3 et 5.4). L'employeur ne peut pas objecter n'avoir pas reçu les cotisations du salarié. Il déduit la part de cotisation du salarié et verse celle-ci à l'institution. Par sa nature, l'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations est une tâche de droit public prescrite par la loi (ATF 137 V 51 consid. 3.2).

Pour l'AVS/AI/APG/AC, l'employeur procède à la déduction lors de chaque paye (art. 14 al. 1 LAVS; 3 al. 2 LAI; 5 al. 1 LACI; 27 al. 3 LAPG; Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG, valables dès le 1^{er} janvier 2021 [état au 1^{er} janvier 2023; ci-après: DP]n° 1007, 2014, 2017, 2029 ss, 3017; pour la LAA, la déduction ne peut être opérée, pour une période de salaire, que sur le salaire de cette période ou de la période qui suit immédiatement, cf. art. 91 al. 3 LAA et KIESER/SCHIEWILLER, in CASS UVG, 2018, n° 6 ad art. 91 LAA), puis l'employeur verse la cotisation en même temps que sa propre part à des périodes et dans des délais fixés légalement (art. 34 RAVS; 93 al. 3 LAA). En matière de LPP, la déduction et le versement se fait en principe d'après le règlement de la caisse ou un accord particulier (art. 66 al. 2 LPP; BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in CASS, LPP et LFLP, 2^e éd., 2020, n° 31 s., 34 ad art. 66 LPP).

Le système est similaire pour l'impôt à la source, sans l'aspect paritaire. Le contribuable est le travailleur (art. 83 LIFD), mais le débiteur de la prestation imposable est l'employeur. Ce dernier a l'obligation de retenir l'impôt et de le verser périodiquement à l'autorité fiscale compétente. C'est lui qui est responsable du paiement de l'impôt à la source (cf. art. 88 LIFD; arrêt 2C 60/2020 du 27 avril 2021 consid. 6.1, publié in RDAF 2021 II p. 552).

6.3.2. Au vu du système sus-exposé, l'employeur poursuivi en paiement d'une créance de salaire brut peut opposer, à titre de moyen libératoire au sens de l'art. 81 al. 1 LP, son obligation de payer les cotisations so-

ciales aux institutions concernées, dont il est le seul débiteur (ABBET, op. cit., n°33 ad art. 80 LP; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n°14 ad art. 322 CO; SENTI, op. cit., p. 229; STAEHELIN, op. cit., n°43 ad art. 80 LP; VOCK/AEPLI, op. cit., n°22 ad art. 80 LP; cf. aussi: arrêt de la Ière cour civile de l' Obergericht du canton de Zurich, du 9 octobre 2018, consid. 3.2 et 3.3, in ZR 117/2018 p. 257).

Quant à l'objet de ce moyen libératoire, la preuve par titre de la seule étendue de l'obligation de s'acquitter des cotisations sociales, et non du paiement effectif des cotisations avant celui du salaire net, suffit. En effet, l'employeur endosse la responsabilité de la dette. Par ailleurs, l'échéance de la cotisation sociale peut être concomitante, voire même postérieure à celle du salaire (ABBET, op. cit., loc. cit.; DANTHE, op. cit., n°33 ad art. 322 CO; STAEHELIN, op. cit., n°43 ad art. 80 LP; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 238 s.; contra : R EHBINDER/STÖCKLI, op. cit., loc. cit.; SENTI, op. cit., loc. cit.).

Il est vrai, comme le souligne l'intimée, que cette solution expose l'employé qui a obtenu une condamnation au paiement d'un salaire brut, comprenant une part aux cotisations, au risque que son employeur ne s'acquitte pas spontanément de celle-ci. On l'a dit, le tribunal des prud'hommes ne peut pas condamner l'employeur à verser des cotisations sociales à un tiers (cf. supra consid. 6.2.3.). Il est seulement compétent, dans une action en exécution du contrat de travail, pour trancher d'éventuelles contestations au sujet de la quotité des retenues opérées sur le salaire brut et, en conséquence, déterminer s'il subsiste une créance de salaire impayée (arrêt 4P.79/2006 du 30 mai 2006 consid. 3). Cela étant, cette solution conduit à replacer l'employé dans la situation qui aurait été la sienne si l'employeur avait exécuté le contrat de travail, sans qu'il ait à ouvrir une action en paiement à son encontre. En outre, si l'employeur ne paye pas les cotisations dues, il ne subit en principe pas de dommage pour ses prestations futures du premier pilier (cf. art. 30ter al. 2 LAVS; 68 LAA). Pour la prévoyance professionnelle, le salarié dispose de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP contre son employeur pour qu'il satisfasse à son

obligation de cotiser (ATF 135 V 23 consid. 3.5) ou en cas de litige sur l'obligation de l'employeur de déduire du salaire la part de cotisation de l'employé et de la verser à l'institution de prévoyance (arrêt B 44/03 du 27 août 2003 consid. 3).

6.3.3. Ainsi, le jugement définitif et exécutoire qui condamne un employeur à payer un salaire brut à son employé, sous déduction des charges sociales à la charge de ce dernier, constitue un titre de mainlevée au sens de l'art. 80 al. 1 LP. L'employeur peut toutefois soulever à titre d'exception au sens de l'art. 81 al. 1 LP son obligation de verser ces cotisations. Il lui incombe alors de prouver par titre l'étendue de son obligation, sans qu'il ait toutefois à se prévaloir d'un paiement effectif. A défaut, le juge de la mainlevée lève l'opposition à concurrence du salaire brut; il ne lui appartient pas de revoir le fond du jugement en déterminant lui-même le salaire net.

6.3.4. Il suit de là que le grief de violation de l'art. 81 al. 1 LP doit être admis, l'autorité cantonale ayant à tort rejeté le grief du recourant au motif qu'il n'avait pas démontré son paiement effectif des cotisations sociales et légales. Il lui appartiendra de juger si le recourant a démontré devant elle l'étendue de son obligation de payer de telles cotisations et, le cas échéant, les montants déductibles.

7.

En définitive, le recours est admis. L'arrêt entrepris est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants (allégation et preuve de l'exception de l'art. 81 al. 1 LP), y compris sur les frais et dépens de la procédure cantonale. L'assistance judiciaire ayant été accordée à l'intimée, les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à sa charge, mais toutefois supportés provisoirement par la caisse du Tribunal fédéral (art. 66 al. 1 cum 64 al. 4 LTF). L'octroi de l'assistance judiciaire ne dispense pas l'intimée du paiement de dépens (arrêt 5A 712/2021 du 23 mai 2022 consid. 8 et les références; BOVEY, in Commentaire LTF, 3ème éd., 2022, n°51 ad art. 64 LTF). Ceux-ci sont arrêtés à 3'500 fr. en faveur du recourant qui obtient gain de cause (art. 68 al. 1 LTF). Un montant de 2'000 fr., supporté par la caisse du Tribunal fédéral, sera accordé à l'avocate de l'intimée à titre d'honoraires d'avocat d'office (art. 64 al. 2 LTF). L'intimée est rendue attentive au fait qu'elle est tenue de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elle est en mesure de le faire (art. 64 al. 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.

2.

Le recours en matière civile est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants, y compris sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée. Ils sont provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral.

4.

Une indemnité de 3'500 fr., à verser au recourant à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimée.

5.

Une indemnité de 2'000 fr., supportée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée à Me Sophie Bobillier à titre d'honoraires d'avocat d'office.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 29 mars 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Acharti