



5A_1001/2017

Arrêt du 22 mai 2018

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Herrmann et Schöbi.
Greffière : Mme Dolivo.

Participants à la procédure

A.A. _____,
représenté par Me Tiphanie Chappuis, avocate,
recourant,

contre

B.A. _____,
représentée par Me Michel Dupuis, avocat,
intimée,

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale (modification),

recours contre l'arrêt du Juge délégué de la Cour d'appel
civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud
du 6 novembre 2017 (JS16.048697-171235 501).

Faits :

A.

A.A._____ (1951) et B.A._____ (1981) se sont mariés le 4 février 2011 à Lausanne. Ils ont eu un enfant, C._____, née en 2011. A.A._____ est aussi le père de D._____, majeur et né d'une précédente union.

Les époux vivent séparés depuis le 23 avril 2015.

A.a Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 4 mai 2015, confirmée par arrêt du 22 juillet 2015 du Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: le Juge délégué), le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après: le Président) a notamment confié la garde de l'enfant à la mère, fixé un droit de visite en faveur du père et astreint celui-ci à contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une pension mensuelle de 3'100 fr., dès et y compris le 1^{er} mars 2015. Pour ce faire, il s'est fondé sur un revenu net moyen de l'époux de 7'047 fr. 75.

A.b Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 23 décembre 2016, le Président a rejeté la requête de l'époux tendant à une diminution de la pension à 1'900 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2017.

A.c Statuant le 28 décembre 2016 sur requête de mesures superprovisionnelles de l'épouse, le Président a astreint l'époux à s'acquitter d'une contribution d'entretien mensuelle en faveur de son épouse et de sa fille de 3'100 fr.

B.

Le 6 mars 2017, A.A._____ a introduit une requête de mesures superprovisionnelles et de modification des mesures protectrices de l'union conjugale, concluant à ce qu'il doive contribuer à l'entretien de sa fille par le versement de 615 fr. par mois, allocations familiales non comprises, dès le 1^{er} janvier 2017, et à ce que le montant de l'entretien convenable de l'enfant soit arrêté à 1'040 fr. par mois. A l'audience du 27 avril 2017, il a modifié ses conclusions, sollicitant que la contribution destinée à l'entretien de sa fille soit fixée à 1'040 fr. dès le 1^{er} janvier 2017.

Le 8 mars 2017, le Président a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles. Le 28 juin 2017, par ordonnance de modification des mesures protectrices de l'union conjugale, il a condamné l'époux à

contribuer à l'entretien de son enfant par le versement d'une pension mensuelle de 1'040 fr., allocations familiales et rente AVS pour enfant non comprises, dès le 1^{er} janvier 2017 (I) et dit que le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant était arrêté à 800 fr. 80 (II).

L'épouse a interjeté appel, sollicitant principalement le maintien de la pension en sa faveur et en faveur de sa fille à 3'100 fr. par mois.

Statuant le 6 novembre 2017, le Juge délégué a admis l'appel de l'épouse et réformé l'ordonnance attaquée, en ce sens que la requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale du 6 mars 2017 est rejetée.

C.

Par mémoire du 11 décembre 2017, A.A._____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et principalement à sa réforme, en ce sens que l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 juin 2017 est confirmée, que les frais judiciaires de deuxième instance (600 fr.) sont mis à la charge de son épouse et que celle-ci est condamnée à lui verser 5'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance. A titre subsidiaire, il demande la réforme de l'arrêt querellé en ce sens que l'ordonnance du 28 juin 2017 est confirmée, la cause étant renvoyée à l'autorité cantonale sur la question des frais et dépens de deuxième instance. Plus subsidiairement, il requiert le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Il n'a pas été requis d'observations sur le fond du recours.

D.

Par ordonnance présidentielle du 29 décembre 2017, le recours a été assorti de l'effet suspensif pour les arriérés de contributions d'entretien dues jusqu'à la fin du mois de novembre 2017, mais non pour les contributions d'entretien dues à partir du 1^{er} décembre 2017.

Considérant en droit :

1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes légales (art. 42 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 133 III 393 consid. 4) rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire matrimoniale (art. 72 al. 1 LTF) de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse atteint 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a participé à la procédure devant l'autorité précédente et a un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise (art. 76 al. 1 LTF). Le recours est donc en principe recevable.

Le recours au Tribunal fédéral – tant le recours en matière civile que le recours constitutionnel subsidiaire (ATF 134 II 186 consid. 1.5.2; 134 III 379 consid. 1.3) – est une voie de réforme, et non de cassation (art. 107 al. 2 et 117 LTF), de sorte que la partie recourante est tenue en principe de prendre des conclusions tendant à la modification sur le fond de l'acte attaqué (ATF 137 II 313 consid. 1.3). Quand le litige porte sur une somme d'argent, elle doit formuler des conclusions chiffrées (ATF 134 III 235 consid. 2, avec les arrêts cités; arrêt 5A_34/2013 du 9 septembre 2013 consid. 1.4.2 et les références). La jurisprudence ne déroge à cette exigence que si le montant en jeu est d'emblée reconnaissable au regard de la motivation du recours ou de la décision entreprise (ATF 134 III 235 ibidem; arrêts 5A_34/2013 et 5A_237/2013 précités, avec les citations). En l'espèce, le recourant conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et à la confirmation de la décision de l'autorité de première instance. Il faut comprendre de ce chef de conclusion qu'il demande la réforme de l'arrêt querellé, en ce sens que la pension qu'il doit verser pour l'entretien de sa fille est fixée à 1'040 fr., allocations familiales et rente AVS pour enfant non comprises, dès le 1^{er} janvier 2017, le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant étant arrêté à 800 fr. 80.

2.

2.1 Dès lors que la décision attaquée porte sur le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC), lesquelles sont considérées comme des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et

motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 142 II 369 consid. 2.1; 141 I 36 consid. 1.3 et les références).

En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 141 III 564 consid. 4.1 et les références). Partant, le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en procédure d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition, notamment en se contentant d'opposer sa thèse à celle de l'autorité précédente; les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 136 II 489 consid. 2.8 et les références).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 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 fait de l'arrêt cantonal 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 (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les références). Le recourant ne peut pas 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 contraires au droit ou entachées d'une erreur indiscutable, c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (art. 106 al. 2 LTF; ATF 133 II 249 consid. 1.4.3).

3.

Les époux peuvent solliciter la modification de mesures protectrices de l'union conjugale si, depuis l'entrée en vigueur de celles-ci, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, ou encore si le juge s'est fondé sur des faits qui se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus (art. 179 al. 1 CC; arrêt 5A_745/2015 du 15 juin 2016 consid. 4.1.1 et la jurisprudence citée). Une modification peut également être demandée si la décision de mesures protectrices est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants. La procédure de modification n'a cependant pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1; 129 III 60 consid. 2; arrêts 5A_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 4.2; 5A_56/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3.1; 5A_155/2015 du 18 juin 2015 consid. 3.1; 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 3.1 et les références). Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; 120 II 285 consid. 4b; arrêt 5A_56/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3.1).

4.

L'autorité cantonale a considéré qu'il ne se justifiait pas de revoir la réglementation existante quant au montant de la contribution d'entretien, faute de modification essentielle et durable des circonstances.

En particulier, le Juge délégué a retenu qu'il ne ressortait pas du dossier que l'époux connaîtrait des problèmes de santé, ni que sa retraite aurait été motivée par de tels problèmes, ce qu'il n'avait du reste jamais allégué. Au demeurant, il ne prétendait pas avoir cessé toute activité lucrative. Il invoquait la baisse de son activité au sein de l'Auto-école E._____, entreprise qu'il dirigeait jusqu'au 31 décembre 2016 et qu'il avait remise depuis lors à son fils D._____, pour une activité résiduelle dans ce contexte de 30%, qui était destinée à perdurer selon le témoignage de celui-ci. Dans son mémoire de réponse du 10 août 2017, l'époux admettait en outre la poursuite au 1^{er} janvier 2017 d'une pratique d'enseignement de la conduite poids lourds, non plus pour l'Auto-école F._____ comme auparavant, ni pour le compte de l'entreprise transmise à son fils, mais pour son propre compte. Or, entre janvier et mars 2017, pour la seule activité exercée au sein de l'entreprise transmise à son fils, l'époux avait réalisé un revenu mensuel net moyen de 3'553 fr. par mois, montant qui n'était pas remis en cause en appel. Il résultait par ailleurs des

factures produites sur réquisition en mains de tiers par l'Auto-école F._____ qu'au cours des mois de janvier à avril 2017, celle-ci avait facturé un montant total de 2'700 fr., soit 675 fr. par mois, pour la location de camions et de remorques par l'époux dans le cadre de cinquante-et-un cours de conduite pour les catégories BE, C, CE, C1 et D1 dispensés à tout le moins à cinq élèves différents. A titre de comparaison, sur la base des mêmes pièces, c'était un montant de 11'125 fr. qui avait été facturé par l'entreprise F._____ entre octobre 2015 et décembre 2016, soit 741 fr. 70 par mois, pour la location de camions et de remorques par l'époux dans le cadre de cent soixante-cinq leçons pour les catégories précitées, dispensées par celui-ci à tout le moins à seize élèves différents. La différence entre les montants mensuels de location précités, inférieure à 10%, était minime et n'indiquait pas une baisse d'activité significative de l'époux. Il apparaissait ainsi que, s'il ne chiffrait pas les revenus réalisés à ce titre, il fallait retenir que l'époux complétait de façon non négligeable ses revenus par ce biais. La cour cantonale a ajouté qu'en tant qu'indépendant, il avait été en mesure d'influer sur l'âge de son départ à la retraite, ayant d'ailleurs lui-même allégué qu'âgé de 63 ans, il envisageait " de prendre une pré-retraite ". Au surplus, dans sa requête du 2 novembre 2016, il revendiquait l'attribution de la garde de sa fille, âgée alors de moins de 6 ans, ce qui était peu compatible avec des problèmes de santé empêchant l'exercice d'une activité lucrative.

Le Juge délégué a considéré que le seul fait que l'époux ait atteint l'âge de la retraite n'empêchait pas de lui imputer un revenu hypothétique pour financer l'entretien de sa fille mineure, compte tenu de l'absence de problème de santé, du caractère volontaire de la réduction de l'activité lucrative, de l'importance de l'activité concrètement exercée et surtout des exigences accrues qui pouvaient être posées quant à l'épuisement de sa capacité de gain s'agissant de contribuer à l'entretien d'une enfant encore mineure. Dès lors que la réduction de son activité professionnelle présentait un caractère volontaire, il n'y avait pas lieu d'accorder un délai d'adaptation à l'époux avant la prise en compte d'un revenu hypothétique.

L'autorité cantonale a relevé – ce qui n'était pas contesté – qu'avant de transmettre son entreprise, au 31 décembre 2016 selon ses dires, l'époux avait réalisé dans le cadre de son activité indépendante à la tête de l'Auto-école E._____ un bénéfice annuel net de 87'827 fr. en 2011, 88'832 fr. en 2012, 77'060 fr. en 2013, 56'271 fr. 51 en 2014 et 61'674 fr. 22 en 2015, soit un revenu annuel moyen arrondi de 74'333 fr., équivalant à un revenu mensuel net moyen de 6'194 fr. On

ignorait le bénéfice net réalisé par l'Auto-école E._____ en 2016. La cour cantonale a relevé que la variation des revenus précités ne reflétait pas une tendance manifeste à la baisse, et qu'il ressortait des déclarations du témoin D._____ que si le secteur rencontrait des difficultés, l'entreprise familiale n'en faisait pas les frais, la situation " restant stationnaire " et la concurrence étant plus vive en ville de U._____.

En conséquence, le Juge délégué a retenu, dès le 1^{er} janvier 2017, un revenu hypothétique net moyen de l'époux équivalant à la moyenne des revenus réalisés durant les années 2011 à 2015, soit 6'194 fr. par mois. Dans la mesure où il percevait en outre une rente AVS de 694 fr. depuis le 1^{er} août 2016, son revenu mensuel net s'élevait à 6'888 fr. au total (6'194 fr. + 694 fr.), à compter du 1^{er} janvier 2017. Il n'y avait en revanche pas lieu de tenir compte de sa rente de retraite française, dès lors que, bien qu'étant en droit de la réclamer, il ne la percevait pas encore et que l'on ignorait son montant précis, ainsi que les conditions de son versement en cas de poursuite d'une activité lucrative après l'âge de la retraite.

En définitive, l'époux ne pouvait pas se prévaloir d'une modification significative des revenus tirés de son activité professionnelle qui ne lui serait pas imputable, étant rappelé que la contribution d'entretien avait été fixée sur la base d'un revenu de 7'047 fr. 75, soit un montant supérieur de quelque 2,3% au revenu de 6'888 fr. " démontré ci-dessus ". Au surplus, l'époux n'invoquait aucun autre élément concrétisant une modification sensible des circonstances susceptibles d'influer sur ses charges ou celles des crédiérentières. Dans ces conditions, il fallait constater qu'il ne se justifiait pas de revoir la réglementation existante quant au montant de la contribution d'entretien, partant, qu'il fallait rejeter la requête de mesures provisionnelles du 6 mars 2017.

5.

Le recourant fait valoir qu'il était arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., de lui imputer un revenu hypothétique correspondant à une activité professionnelle exercée à 100%, alors qu'il a atteint l'âge de la retraite. Il explique en détails en quoi sa situation n'est pas comparable à celle de l'arrêt 5A_86/2016 du 22 février 2017, auquel s'est référé la cour cantonale. La décision entreprise serait aussi arbitraire dans son résultat, en tant qu'elle lui impose de réaliser les mêmes revenus qu'avant sa retraite – ceci pour une durée illimitée – alors que les besoins de sa famille seraient couverts et, sur cette base, qu'elle l'astreint à verser une contribution globale en faveur de son épouse et

de sa fille, contribution qui permettrait à celles-ci de bénéficier d'un excédent de 2'700 fr. par mois, alors que pour sa part, il ne dispose pas de manière effective de telles ressources.

6.

En l'espèce, la cour cantonale a en réalité procédé à une double motivation pour nier l'existence d'une modification de circonstances notable et durable, au sens de l'art. 179 al. 1 CC. Dans le premier volet de son argumentation, le Juge délégué a retenu que le recourant n'a pas réduit son activité professionnelle de manière significative, en particulier, qu'il réalise un revenu mensuel net moyen de 3'553 fr. par mois au sein de l'auto-école F._____, complète en outre de façon non négligeable ses revenus par le biais de son activité complémentaire de moniteur d'auto-école poids lourds, et perçoit encore une rente AVS de 694 fr. par mois. En d'autres termes, l'autorité cantonale a *estimé le revenu effectif* de l'époux et considéré, en définitive, que ce revenu n'avait pas baissé significativement. Dans une seconde motivation, le Juge délégué a retenu que quand bien même le revenu effectif de l'époux avait baissé, un *revenu hypothétique* de 6'888 fr. pourrait lui être imputé. Le recourant ne formule de grief qu'à l'encontre du deuxième aspect de cette double motivation, à savoir l'imputation d'un revenu hypothétique. S'agissant du premier aspect, à savoir le revenu effectif estimé, il se contente d'affirmer de manière purement appellatoire qu'il " ne dispose pas de manière effective de telles ressources ". Partant, sa critique est irrecevable (ATF 138 III 728 consid. 3.4 p. 736; 133 IV 119 consid. 6.3 p. 120 s.). Vu ce qui précède, il n'est pas nécessaire de vérifier si, comme il l'expose, il était insoutenable de lui imputer un revenu hypothétique.

7.

Le recourant considère qu'au vu du sort qui aurait dû être réservé à l'appel de son épouse – à savoir un rejet –, il y a lieu de modifier la répartition des frais et dépens de deuxième instance. Vu l'issue du litige (cf. supra consid. 5), il n'y a pas lieu de donner suite à cette conclusion.

8.

En définitive, le recours doit être déclaré irrecevable, aux frais du recourant (art. 66 al. 1 LTF). Son recours étant d'emblée dénué de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire est rejetée (art. 64 al. 1 LTF). L'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer au fond mais a été partiellement suivie dans les conclusions qu'elle a prises dans ses déterminations sur effet suspensif, a droit à une

indemnité de dépens réduite pour cette écriture, mise à la charge du recourant (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est irrecevable.

2.

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.

Une indemnité de 300 fr., à payer à l'intimée à titre de dépens, est mise à la charge du recourant.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 22 mai 2018

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

Le Président :

La Greffière :

von Werdt

Dolivo