



5A_571/2018

Arrêt du 14 septembre 2018

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Marazzi et Herrmann.
Greffière : Mme Jordan.

Participants à la procédure

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

contre

B.A. _____,
représentée par Me Bernard de Chedid, avocat,
intimée.

Objet

Mesures protectrices de l'union conjugale (modification
entretien),

recours contre l'arrêt de la Juge déléguée de la Cour
d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud
du 23 mai 2018 (JS17.037671-180313 317).

Faits :

A.

Les époux A._____ se sont mariés le 1^{er} décembre 2014. Aucun enfant n'est issu de leur union.

Par convention du 23 septembre 2016 ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, A.A._____ s'est engagé à verser à son épouse une contribution d'entretien de 3'000 fr. par mois dès le 1^{er} octobre 2016, calculée sur la base d'un revenu mensuel net de l'ordre de 7'000 fr., soit le revenu que le débirentier estimait réaliser chaque mois dans le cadre de " C._____ Sàrl " dont il était associé gérant. Les parties n'étaient à l'époque pas assistées par des mandataires professionnels.

En décembre 2016, A.A._____ a cédé ses parts sociales dans la société précitée. Depuis mars 2017, il est employé de D._____ SA.

Le 7 juillet 2017, sur requête de B.A._____, un avis aux débiteurs a été ordonné à l'employeur de A.A._____.

B.

Le 27 septembre 2017, A.A._____ a requis, par voie d'urgence, l'annulation de l'avis aux débiteurs avec effet immédiat et, en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, la suppression des aliments dus à sa femme ainsi que de l'avis aux débiteurs.

La requête urgente a été rejetée le 28 septembre 2017.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 19 octobre 2017, l'avis aux débiteurs du 7 juillet précédent a été maintenu pour un montant de 1'125 fr. par mois, déterminé sur la base des revenus et charges actualisés des parties après couverture du déficit budgétaire de B.A._____ et répartition de l'excédent entre les époux.

Le 12 février 2018, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment astreint A.A._____ au versement d'une contribution d'entretien mensuelle de 900 fr., dès et y compris le 1^{er} octobre 2017, par le biais de l'avis aux débiteurs en vigueur (chiffre I) et pris diverses décisions en relation avec l'avis aux débiteurs (ch. II à IV).

Par arrêt du 23 mai 2018, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a admis l'appel interjeté le 23 février précédent par B.A._____ et réformé cette ordonnance en ce sens qu'elle a rejeté la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale du 27 septembre 2017 (chiffre I) et en a supprimé les chiffres II à IV.

C.

Par écriture du 5 juillet 2018, A.A._____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut, principalement, à la confirmation de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 12 février 2018 et, subsidiairement, au renvoi pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il sollicite en outre le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Il n'a pas été requis de réponses au fond.

D.

Par ordonnance du 24 juillet 2018, la Juge président la II^e Cour de droit civil a accordé l'effet suspensif pour les arriérés de contributions, à l'exception des aliments courants, à savoir pour les montants dus à partir du 1^{er} juillet 2018.

Considérant en droit :

1.

Le présent recours a été interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 134 III 426 consid. 2.2; 133 III 393 consid. 4) prise en matière civile (art. 72 al. 1 LTF) par l'autorité supérieure du canton statuant en dernière instance et sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Le litige porte sur la contribution d'entretien en faveur du conjoint, à savoir une affaire pécuniaire, dont la valeur litigieuse requise est atteinte (art. 51 al. 1 et 4, 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a en outre qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

2.

2.1 Comme la décision entreprise porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 134 III 667 consid. 1.1; 133 III 393 consid. 5, 585 consid. 3.3), 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 (" 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; 142 III 364 consid. 2.4). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc 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 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). 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 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). 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 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut se limiter 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. (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). 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).

3.

Invoquant une violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), le recourant prétend qu'il a été privé de son droit de se déterminer sur la question du revenu hypothétique qui lui a été imputé ainsi que de son droit d'obtenir l'administration de preuves en la matière. Il soutient que l'autorité de première instance n'a pas du tout abordé ce point, que son épouse ne l'a invoqué ni " dans ses écritures de première instance " ni dans son acte d'appel et que la Juge déléguée n'a " à aucun moment annoncé son intention " de l'examiner, n'a pas interpellé les parties à ce sujet et a renoncé à fixer des débats. Il qualifie les considérations de l'autorité cantonale de " motifs surprises " sur lesquels il n'a jamais pu se déterminer.

3.1 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 II 218 consid. 2.3 et les références citées).

Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait (ATF 129 II 497 consid. 2.2; arrêts 6B_1368/2016 du 15 novembre 2017 consid. 2.1 non publié aux ATF 143 IV 469; 6B_2/2014 du 26 juin 2014 consid. 2.1). De manière générale, en vertu de la règle " iura novit curia ", le juge n'a ainsi pas à soumettre à la discussion des parties les principes juridiques sur lesquels il va fonder son jugement. Il peut appliquer d'office une disposition de droit matériel, sans avoir à attirer préalablement l'attention des parties sur l'existence de tel ou tel problème juridique (ATF 126 I 97 consid. 2b; arrêts 6B_1368/2016 précité; 6B_111/2017 du 17 octobre 2017 consid. 1.1). Selon la jurisprudence, les parties doivent cependant être entendues sur les questions de droit lorsque l'autorité concernée entend fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence (ATF 131 V 9 consid. 5.4.1; 130 III 35 consid. 5; 128 V 272 consid. 5b/bb; arrêt 6B_1335/2015 du 23 septembre 2016 consid. 2.2).

3.2 Contrairement à ce que pense le recourant, on ne se trouve pas, en l'espèce, dans la situation spéciale décrite ci-devant. Lors de la fixation de la contribution à l'entretien du conjoint, le juge doit déterminer la capacité contributive de chaque époux. S'il doit en principe tenir compte de leurs revenus effectifs, il peut leur imputer un revenu hypothétique supérieur à celui obtenu effectivement. Le principe même de l'imputation d'un revenu hypothétique, à savoir si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné qu'il exerce une activité lucrative eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit (parmi plusieurs : ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 4c/bb) usuelle dont on ne voit pas en quoi elle aurait été inédite au point de nécessiter une interpellation spécifique du recourant. En outre, contrairement à ce que ce dernier prétend, si, dans son appel, l'intimée a en effet allégué que le salaire brut mensuel de son mari devait s'élever à 6'283 fr. compte tenu du treizième salaire, elle a aussi plaidé l'existence de

revenus accessoires et conclu en définitive qu'il fallait retenir un salaire correspondant à celui que son époux réalisait précédemment comme indépendant. Que l'imputation d'un revenu hypothétique ne satisfasse pas le recourant n'a rien à voir avec une atteinte à son droit d'être entendu.

4.

Le recourant soutient qu'en rejetant la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, le Tribunal cantonal est allé " au-delà des conclusions qui le liaient ", dès lors que son épouse n'a conclu en appel qu'à l'allocation d'une contribution d'entretien de 3'000 fr. par mois dès le 1^{er} octobre 2017 et à ce que l'avis aux débiteurs soit ordonné à concurrence de ce montant. Il y voit une violation arbitraire de la maxime de disposition et de l'interdiction de la reformatio in pejus.

Ce grief est à la limite de la témérité. La Juge déléguée a interprété les conclusions de l'appelante en ce sens qu'elles visaient au maintien de l'ordonnance de mesures protectrices et de l'avis aux débiteurs en vigueur. Le recourant, qui se borne à affirmer péremptoirement que l'autorité cantonale ne disposait que de deux possibilités, soit rejeter l'appel ou l'admettre " et reprendre les conclusions " de l'appelante, ne démontre pas l'arbitraire des considérations de la magistrate cantonale sur l'interprétation des conclusions prises en appel.

5.

Se plaignant d'arbitraire dans l'établissement des faits et l'appréciation des preuves, le recourant reproche à la Juge déléguée d'avoir retenu que la situation ne s'était pas modifiée de manière notable et durable depuis le prononcé de mesures protectrices du 23 septembre 2016. A titre de motifs, il se réfère à la constatation de l'arrêt entrepris selon laquelle ses revenus mensuels nets effectifs ont passé de 7'000 fr. en 2016 à 4'395 fr.; l'autorité cantonale aurait en outre renversé de manière " intolérable " le fardeau de la preuve (art. 8 CC) en retenant qu'il n'a pas démontré que cette diminution résultait d'une situation de contrainte alors que cette preuve incombait à sa femme; elle aurait enfin admis un fait nouveau, à savoir le revenu hypothétique, qui n'a fait l'objet d'aucune allégation ni mesure d'instruction tant en première instance qu'en appel.

5.1

5.1.1 Une fois que des mesures protectrices ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC. Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phrase, CC, le juge prononce les modifications

commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Selon la jurisprudence, la modification des mesures protectrices ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêts 5A_403/2016 du 24 février 2017 consid. 3.1; 5A_426/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 et la référence). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes; pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (arrêt 5A_64/2018 du 14 août 2018 consid. 3.1 et la référence), car la procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; 131 III 189 consid. 2.7.4; 120 II 177 consid. 3a, 285 consid. 4b).

5.1.2 Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties, tant le débiteur que le créancier d'entretien pouvant néanmoins se voir imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin qu'elle remplisse ses obligations (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2).

Savoir si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné l'exercice d'une activité lucrative ou une augmentation de celle-ci, eu égard notamment à sa formation, à son âge et à son état de santé, est une question de droit; déterminer s'il a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu il peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées ainsi que du marché du travail, est en revanche une question de fait (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2; 128 III 4 consid. 4c/bb).

Lorsque le débirentier exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait son obligation d'entretien préexistante, il doit entreprendre tout ce qui est en son pouvoir et en particulier exploiter pleinement sa

capacité de gain pour pouvoir continuer à assumer son obligation d'entretien. Lorsque, même dans l'hypothèse d'un changement involontaire d'emploi, il se satisfait en connaissance de cause d'une activité lucrative lui rapportant des revenus moindres, il doit se laisser imputer le revenu qu'il serait, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, capable de réaliser en mettant à profit sa pleine capacité de gain (arrêt 5A_224/2016 du 13 juin 2016 consid. 3.3 et les arrêts cités). L'examen des exigences à remplir pour qu'on puisse considérer que le débirentier a tout mis en oeuvre pour continuer à assumer son obligation d'entretien et qu'il a donc démontré son incapacité à trouver un autre poste avec une rémunération similaire à celle qu'il percevait précédemment relève de l'appréciation du juge qui pourra, sur ce point, se montrer large pour tenir compte de critères tel que l'âge de la personne à la recherche d'un emploi (arrêt 5A_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3 in fine).

Si le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il n'est pas arbitraire de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (arrêts 5A_372/2016 du 18 novembre 2016 consid. 3.1; 5A_453/2015 du 4 novembre 2015 consid. 2.1; 5A_318/2014 du 2 octobre 2014 consid. 3.1.3.2; 5A_612/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1; 5A_317/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6, non publié aux ATF 137 III 614; 5A_341/2011 du 20 septembre 2011 consid. 2.5.1; cf. pour un cas relevant de l'abus de droit : ATF 143 III 233).

5.2 La Juge déléguée a considéré que le Tribunal de première instance ne pouvait pas retenir l'existence de faits nouveaux importants et durables au sens de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phrase, CC. Il aurait dû purement et simplement rejeter la requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, avec pour conséquence que l'avis aux débiteurs du 7 juillet 2017, modifié par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 19 octobre 2017, entrerait à nouveau en vigueur.

L'autorité cantonale a retenu que le mari n'avait produit aucune preuve autre que ses propres déclarations à l'appui de ses allégations selon lesquelles il avait dû cesser son activité d'indépendant " pour des raisons de santé ", étant " à bout physiquement et psychologiquement ", ce qui l'avait conduit à devoir rechercher un emploi en tant que salarié et justifiait la diminution notable de ses revenus. Il n'avait donc pas démontré, même au stade de la vraisemblance, que son choix relevait d'une situation de contrainte. En mettant ainsi un terme à son activité

d'indépendant alors que rien ne l'y obligeait et tandis qu'il venait de signer une convention mettant à sa charge une contribution d'entretien basée sur un revenu net de 7'000 fr., il avait pris le risque de péjorer sa capacité contributive, ce qui avait été effectivement le cas dès lors que son revenu était passé à 4'395 fr.

La Juge déléguée a en outre relevé que, pour le surplus, depuis la cessation de son activité en tant qu'indépendant, l'époux n'avait pas rendu vraisemblable qu'il aurait effectué les efforts nécessaires pour conserver sa capacité contributive et qu'il ne ressortait pas du dossier que sa formation, son âge ou son état de santé ne lui permettrait pas de reprendre une activité identique à la précédente pour un salaire équivalent à celui réalisé antérieurement. Rien ne laissait ainsi penser que la réalisation de ce revenu n'était pas, en l'état, raisonnablement exigible. A cet égard, force était de constater que, malgré la diminution invoquée de son revenu, il avait continué de mener un train de vie confortable – étalé sur les réseaux sociaux –, ce qui lui aurait permis de toute évidence d'assumer son obligation alimentaire envers son épouse. Dans ces conditions, il convenait de lui imputer un revenu mensuel hypothétique d'un montant correspondant à celui du revenu provenant de l'activité d'indépendant à laquelle il avait renoncé, soit 7'000 fr.

5.3 On peut concéder au recourant que le raisonnement de l'autorité cantonale faisant dépendre l'existence d'un fait nouveau au sens de l'art. 179 al. 1 CC de la question du revenu hypothétique est quelque peu réducteur. Il est patent que, depuis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale de septembre 2016, la situation du recourant s'est modifiée dans la mesure où, depuis le mois de mars 2017, il gagne 4'395 fr. par mois en tant que salarié alors qu'il réalisait auparavant 7'000 fr. comme associé gérant d'une Sàrl. Cela étant, l'arrêt attaqué résiste toutefois au grief d'arbitraire.

La Juge déléguée a retenu en l'espèce que le recourant n'avait produit aucune preuve à l'appui de ses allégations selon lesquelles il avait dû cesser son activité d'indépendant et rechercher une activité de salarié pour des raisons de santé et que, partant, il n'avait pas démontré avoir été dans une situation de contrainte. Le recourant ne prétend pas ni n'établit que ces constatations seraient arbitraires (cf. supra, consid. 2.2). Dans ces circonstances, il n'était pas insoutenable de considérer qu'il avait ainsi mis un terme à son activité d'indépendant alors que rien ne l'y obligeait et pris le risque de péjorer sa capacité contributive. Pour autant que l'on comprenne le grief du recourant, on ne voit pas en

quoi une telle appréciation constituerait un renversement du fardeau de la preuve. Il appartenait à l'évidence au recourant de démontrer le fait nouveau qu'il invoquait à l'appui de son action en modification des mesures protectrices, à savoir la diminution de ses ressources résultant de son changement d'activité pour cause de santé. Le recourant ne soulève par ailleurs aucun grief d'arbitraire (cf. supra, consid. 2) à l'encontre des constatations selon lesquelles il n'a pas rendu vraisemblable qu'il aurait effectué les efforts nécessaires pour conserver sa capacité contributive antérieure. Il n'attaque pas plus les considérations de l'autorité cantonale selon lesquelles il ne résultait pas du dossier qu'au vu de sa formation, de son âge ou de son état de santé, il n'aurait pas pu reprendre une activité identique à la précédente pour un salaire équivalant à celui réalisé précédemment. Dans de telles conditions, le principe de l'imputation d'un revenu hypothétique n'apparaît pas insoutenable.

Lorsque le recourant conteste le montant du revenu hypothétique en alléguant qu'aucune pièce n'établirait qu'il réalisait un revenu de 7'000 fr. en septembre 2016, il ne saurait être suivi. En effet, il ne saurait invoquer une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (cf. supra, consid. 5.1.1). Au demeurant, à supposer que ses ressources aient été surévaluées lors de la première procédure de mesures protectrices, il aurait été d'autant moins possible de reprocher à la Juge déléguée d'avoir arbitrairement nié un changement essentiel et durable des circonstances. Par ailleurs, le recourant ne critique pas l'argument de l'autorité cantonale selon lequel, en dépit de la diminution de son revenu, il a continué à mener un train de vie confortable ce qui lui aurait permis de toute évidence d'assumer son obligation alimentaire. Il ne soulève, pour le surplus, aucun grief motivé sur la possibilité effective de réaliser à nouveau un tel revenu.

Qu'il s'agisse de l'établissement des faits ou de l'application du droit, le recourant se répand en définitive en une critique largement appellatoire qui résiste au grief d'arbitraire (cf. supra, consid. 2)

6.

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la faible mesure de sa recevabilité. Comme il était par ailleurs dénué de toute chance de succès, la requête d'assistance judiciaire du recourant doit être rejetée (art. 64 LTF). Le recourant, qui succombe, supportera les frais de la procédure (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 sur le fond et n'a que partiellement obtenu gain de cause s'agissant de l'octroi de l'effet suspensif au recours (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

2.

La demande d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

3.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

4.

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

Lausanne, le 14 septembre 2018

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

Le Président :

La Greffière :

von Werdt

Jordan