



5A_617/2017

Arrêt du 28 septembre 2017
Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Schöbi et Bovey.
Greffière : Mme Hildbrand.

Participants à la procédure

A.A. _____,
représenté par Me Véronique Fontana, avocate,
recourant,

contre

B.A. _____,
représentée par Me Alain Dubuis, avocat,
intimée.

Objet

mesures provisionnelles,

recours contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal
cantonal du canton de Vaud du 11 juillet 2017
(TD17.000187-170731 300).

Faits :

A.

A.a A.A._____, né en 1973, et B.A._____, née en 1973, se sont mariés le 15 avril 2011 à Pully (VD). Une fille, C._____, née en 2012, est issue de cette union. Rencontrant des difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 21 décembre 2014.

A.b La séparation des parties a été régie par deux conventions, datées respectivement des 9 octobre 2015 et 3 février 2016, qui ont toutes deux été ratifiées séance tenante par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après: Président du Tribunal) pour valoir prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale.

Aux termes du ch. III de la convention du 3 février 2016, A.A._____ s'est engagé à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de son épouse, à qui la garde de l'enfant C._____ a été attribuée, d'une pension mensuelle de 2'400 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2016.

B.

B.a A.A._____ a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 31 janvier 2017. Par requête de mesures provisionnelles du même jour, il a notamment conclu à ce que le chiffre III de la convention du 3 février 2016 soit modifié en ce sens qu'il contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de son épouse, d'une pension mensuelle de 1'000 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2017.

B.b Par ordonnance de mesures provisionnelles du 20 avril 2017, le Président du Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 31 janvier 2017 par A.A._____.

En droit, le premier juge a retenu que depuis le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 3 février 2016 ratifiant la convention passée à l'audience du même jour, la situation financière de l'époux n'avait pas subi de modification significative imposant une diminution de la contribution d'entretien.

B.c Par acte du 1^{er} mai 2017, A.A._____ a appelé de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 20 avril 2017, concluant à son annulation et à sa réforme en ce sens qu'il contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de son épouse, d'une pension mensuelle de 1'000 fr., allocations familiales en sus, dès le 1^{er} février 2017.

B.d Par arrêt du 11 juillet 2017, expédié le 17 suivant, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'appel et confirmé l'ordonnance attaquée.

C.

Par acte posté le 17 août 2017, A.A._____ exerce un " recours " au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 11 juillet 2017. Il conclut à son annulation et à sa réforme dans le sens de ses conclusions prises devant l'autorité d'appel. Subsidiairement, il sollicite le renvoi de la cause à la juridiction précédente pour nouvelle décision au sens des considérants. Il sollicite en outre d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

Des déterminations n'ont pas été requises.

Considérant en droit :

1.

Le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 cum 46 al. 2 LTF) et dans la forme légale (art. 42 LTF), contre une décision finale (art. 90 LTF; ATF 134 III 426 consid. 2.2; 133 III 393 consid. 4) rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF; ATF 133 III 393 consid. 2), par une autorité cantonale supérieure statuant en dernière instance et sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF). Le litige porte sur le versement d'une contribution d'entretien calculée de manière globale pour l'épouse et l'enfant du couple, c'est-à-dire une affaire de nature pécuniaire, dont la valeur litigieuse requise est atteinte (art. 51 al. 1 let. a et ch. 4, art. 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant a en outre qualité pour recourir (art. 76 al. 1 let. a et b LTF).

2.

2.1 Comme 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 de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2

LTF), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 139 I 22 consid. 2.2; 137 III 580 consid. 1.3; 135 III 232 consid. 1.2; 134 I 83 consid. 3.2 et les arrêts cités). Un simple renvoi aux écritures de la procédure cantonale n'est pas admissible (ATF 134 I 303 consid. 1.3; 133 II 396 consid. 3.1 *in fine* et les arrêts cités).

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 142 II 369 consid. 4.3; 141 III 564 consid. 4.1 et les références). Le recourant ne peut se borner à critiquer la décision attaquée comme elle le ferait en instance 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; 140 II 264 consid. 2.3; 139 II 404 consid. 10.1 et les arrêts cités).

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, la partie recourante ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de la décision attaquée que si elle démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (ATF 133 III 585 consid. 4.1). Elle ne peut donc pas se limiter à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves, mais 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 137 I 58 consid. 4.1.2; 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).

Pour être recevable, un grief portant sur l'établissement des faits doit avoir été précédemment soumis à l'instance de recours cantonale, conformément au principe de l'épuisement des griefs (ATF 133 III 393 consid. 3; arrêt 5A_235/2016 du 15 août 2016 consid. 5.2), à défaut de quoi le moyen est considéré comme nouveau et, partant, irrecevable

(arrêts 5A_103/2017 du 11 mai 2017 consid. 3.2; 5A_801/2016 du 29 novembre 2016 consid. 3.5; 4A_148/2014 du 6 octobre 2014 consid. 1.2).

3.

Le recourant se plaint d'une violation arbitraire de l'art. 179 CC. Il reproche à la cour cantonale d'avoir considéré qu'une modification de sa situation financière sur une année ne remplissait pas la condition de durabilité suffisante permettant de retenir une modification des circonstances au sens de la disposition précitée.

3.1 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 est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (arrêts 5A_297/2016 du 2 mai 2017 consid. 2.1; 5A_403/2016 du 24 février 2017 consid. 3.1; 5A_426/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3.1 et la référence). Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement précédent; il n'est donc pas décisif qu'il ait été imprévisible à ce moment-là (arrêt 5A_911/2016 du 28 avril 2017 consid. 3.3.1 et les références). On présume néanmoins que les aliments ont été fixés en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables (arrêt 5A_911/2016 du 28 avril 2017 consid. 3.3.1 et les références). En d'autres termes, ce qui est déterminant, ce n'est pas la prévisibilité des circonstances nouvelles, mais exclusivement le fait que la contribution d'entretien ait été fixée sans tenir compte de ces circonstances futures (ATF 141 III 376 consid. 3.3.1; 131 III 189 consid. 2.7.4; 128 III 305 consid. 5b; arrêts 5A_373/2015 du 2 juin 2016 consid. 4.3.1; 5A_842/2015 du 26 mai 2016 consid. 2.4.1 non publié à l'ATF 142 III 518). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appré-

ciation 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_403/2016 précité et les références), 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 précité; 120 II 177 consid. 3a, 285 consid. 4b).

3.2 La cour cantonale a constaté qu'entre 2013 et 2015, le recourant avait réalisé un revenu moyen net de 6'980 fr. et que ses charges étaient de 4'129 fr. 50. Il avait allégué dans sa requête du 31 janvier 2017 que le bénéfice net de son activité indépendante avoisinait 4'000 fr. par mois en 2016, en se référant à la pièce 4, soit le compte de pertes et profits état au 30 septembre 2016, établi par " D. _____ Fiduciaire " et sur lequel figuraient le tampon et la signature de cette dernière. Cette pièce, portant sur neuf mois, n'était toutefois pas suffisante pour attester d'une évolution substantielle et durable, justifiant la modification requise. Le recourant renvoyait aussi à la pièce 12, portant sur douze mois, dont il ressortait un bénéfice 2016 de 52'395 fr. 25, soit un revenu mensuel net de 4'366 fr. 30. Or, au vu des principes énoncés, le premier juge pouvait de toute manière considérer que les comptes de la société portant sur une seule année, soit 2016, n'étaient pas susceptibles de démontrer une évolution défavorable durable de la société, voire du bénéfice réalisé.

S'agissant des charges du recourant, la cour cantonale a rappelé que le premier juge n'avait, notamment, pas tenu compte de l'augmentation alléguée des primes d'assurance-maladie et de prévoyance professionnelle: s'ils constituaient des éléments nouveaux, les montants des primes d'assurance-maladie et de prévoyance professionnelle ne pouvaient pas être qualifiés de faits notables. En appel, le recourant n'avait contesté que la non-prise en compte par le premier juge des primes de prévoyance professionnelle. Au vu notamment des pièces produites le 31 janvier 2017, il y avait lieu de retenir à ce titre un nouveau montant mensuel de 88 fr. 25. Ce montant était toutefois trop faible pour constituer à lui seul une modification essentielle (et durable) à prendre en compte à ce stade.

En résumé, c'était à tort que le recourant s'en était pris à l'appréciation des faits par le premier juge, effectuée sur la base des pièces produites. Par ailleurs, les explications du recourant selon lesquelles il n'aurait plus aucun mandat de nuit et qu'il ne trouverait pas suffisamment

de mandats pour compenser cette perte, d'une part, et selon lesquelles son camion lui aurait causé de nombreux frais de sorte qu'il avait dû le vendre pour en louer un à 4'500 fr. par mois en attendant de pouvoir réinvestir dans un nouveau camion, d'autre part, – à supposer recevables, dès lors que ces faits n'avaient pas été allégués dans la requête de mesures provisionnelles – ne lui étaient d'aucun secours pour remettre en cause l'absence de modification notable et durable du bénéfice de la société de manière générale ainsi que, plus particulièrement, des charges relatives aux véhicules.

3.3 Le recourant soutient que la cour cantonale aurait dû, en raison de la fluctuation importante des revenus de son entreprise, tenir compte du bénéfice de l'exercice 2016 et effectuer une moyenne des bénéfices nets des exercices 2013 à 2016 compris afin d'examiner si une modification des circonstances devait être prise en compte. La cour cantonale ne pouvait pas justifier la non-prise en compte de l'exercice 2016 sur la base de la jurisprudence selon laquelle il peut, dans certaines circonstances, être fait abstraction des bilans présentant des situations comptables exceptionnelles, à savoir des bilans attestant des résultats particulièrement bons ou spécialement mauvais. En effet, l'arrêt cité par la cour cantonale (5D_167/2008) correspondait à une situation dans laquelle un exercice comptable spécialement mauvais était situé entre plusieurs bons exercices antérieurs et postérieurs. Or, l'exercice 2016 était en l'occurrence le dernier exercice comptable. Il n'était au surplus pas " «exceptionnel» au sens d'unique ", mais attestait " qu'il s'agissait bien d'une modification des circonstances qui, en l'état, correspondait à une réalité financière de l'entreprise E._____ qui s'établissait sur la durée ". Pour s'en convaincre, il aurait suffi à la cour cantonale de tenir compte de ses explications " alarmantes " selon lesquelles il n'avait plus aucun mandat de nuit, qu'il ne trouvait pas suffisamment de mandats pour compenser cette perte, et qu'à partir de février 2017, il avait dû louer un camion pour 4'500 fr. par mois, ce qui augmentait d'autant ses charges. Elle les avait toutefois, à tort, jugées " non pertinentes ".

Si l'exercice 2016 avait été pris en considération, son revenu mensuel moyen aurait dû être ramené à 6'325 fr. 20. En tenant compte des autres modifications intervenues dans son budget mensuel, soit de l'augmentation de 85 fr. 95 par mois de sa prime d'assurance-maladie (432 fr. 75) et de celle de 88 fr. 25 par mois de ses primes de prévoyance professionnelle (839 fr. 90), son solde disponible devait être arrêté à 2'021 fr. 50. Après couverture du déficit de l'intimée et répartition du solde disponible à raison de 2/3 pour cette dernière, la

contribution d'entretien devait être ramenée, à compter du 1^{er} février 2017, à 1'900 fr. par mois, respectivement à 1'000 fr. par mois " en tenant compte [des] primes de prévoyance professionnelle pour les motifs exposés dans le cadre [du] mémoire d'appel du 1^{er} mai 2017 ".

3.4

3.4.1 Il convient d'emblée d'observer que le simple fait d'affirmer péremptoirement qu'il convient de prendre en compte l'augmentation des primes d'assurance-maladie et de prévoyance professionnelle ne saurait à l'évidence satisfaire aux exigences de motivation susrappelées. En effet, il apparaît, d'une part, que le recourant n'a pas contesté en appel la non-prise en compte par le premier juge de l'augmentation de ses primes d'assurance-maladie (cf. *supra* consid. 2.2 *in fine*) et, d'autre part, que les moyens soulevés en lien avec l'augmentation des primes de prévoyance professionnelle ne sont pas développés dans le présent recours, celui-ci ne faisant que renvoyer de manière inadmissible aux écritures cantonales (cf. *supra* consid. 2.1).

3.4.2 S'agissant du caractère durable de la baisse du bénéfice de l'entreprise du recourant, force est de constater que la motivation de la cour cantonale est exempte de tout arbitraire. Pour les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, il n'est en particulier nullement insoutenable de considérer que la baisse de revenus alléguée doit être appréciée à l'aune du résultat d'exploitation sur plusieurs exercices postérieurs à ceux pris en compte dans la décision dont la modification est demandée. Sous l'angle de l'arbitraire, le déboutement du recourant fondé sur le fait que sa requête de modification des mesures protectrices en vigueur ne se base que sur un seul exercice, insuffisamment représentatif, ne saurait dès lors prêter le flanc à la critique. Il n'est par ailleurs pas arbitraire de considérer que la durée pendant laquelle les revenus du recourant diminueront potentiellement ne peut encore être qualifiée d'incertaine dans la mesure où cette situation ne s'est à ce stade présentée que pour un seul exercice comptable. Il s'ensuit que le moyen, infondé, doit être rejeté.

4.

Vu ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les conclusions du recourant étant d'emblée dépourvues de chances de succès, sa requête d'assistance judiciaire ne peut être agréée (art. 64 al. 1 LTF). Le recourant supportera dès lors 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.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

La requête 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 Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 28 septembre 2017

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

Le Président :

La Greffière :

von Werdt

Hildbrand