

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 17 août 2018

Composition : M. COLOMBINI, juge délégué
Greffière : Mme Boryszewski

Art. 179 al. 1 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **H.**_____, à Saint-Prex, requérant, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 13 avril 2018 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **X.**_____, à Crissier, intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 avril 2018, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale déposée le 14 novembre 2017 par le requérant H. _____ à l'encontre de l'intimée X. _____ (I), a fixé l'indemnité finale allouée à Me Olivier Buttet, conseil d'office de l'intimée X. _____, à 2'136 fr. 75, débours, frais de vacation et TVA compris, pour la période du 24 janvier au 15 mars 2018 (II), et a déclaré l'ordonnance, rendue sans frais judiciaires ni dépens, immédiatement exécutoire nonobstant appel (III).

En droit, le premier juge a en substance considéré que les conditions d'une modification des mesures protectrices de l'union conjugale au sens de l'art. 179 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210) n'étaient pas remplies, dès lors qu'à l'exception des décomptes de salaire de septembre et octobre 2017 du requérant, les documents produits se référaient à une période antérieure à l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017, de sorte que le requérant n'établissait pas avoir subi une modification notable et durable de sa situation.

B. Par acte du 26 avril 2018, H. _____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée en concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du chiffre I de son dispositif, en ce sens que la contribution d'entretien en faveur de X. _____, fixée par l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 mai 2017, est supprimée avec effet au 1^{er} avril 2017. Il a également requis qu' [...] et [...] soient entendues comme témoins.

Le 20 juin 2018, l'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Par avis du 22 juin 2018, le Juge délégué de la cour de céans a dispensé l'appelant de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

C. Le juge délégué retient les faits pertinents suivants sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

1. X._____, née le [...] 1971, et H._____, né le [...] 1961, se sont mariés le [...] 2013.

Aucun enfant n'est issu de cette union.

Les parties rencontrent des difficultés conjugales. L'épouse, qui allègue avoir été victime de violences de la part de son mari, a quitté le domicile conjugal le 23 mars 2017.

2. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 mai 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a notamment autorisé les parties à vivre séparés pour une durée indéterminée, la séparation effective étant intervenue le 1^{er} avril 2017 (I), a attribué la jouissance du domicile conjugal à H._____, à charge pour lui d'en assumer seul le loyer et les charges (II), a astreint ce dernier à contribuer à l'entretien de son épouse X._____, dès et y compris le 1^{er} avril 2017, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 3'770 fr., payable d'avance le premier de chaque mois (III), et a ordonné, sous la menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0) pour insoumission à une décision de l'autorité, à la société [...] Sàrl de retenir chaque mois la somme de 3'770 fr. sur le salaire d'H._____ et d'en opérer le paiement sur le compte de X._____ (IV).

Par arrêt du 25 août 2017, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté l'appel interjeté par H. _____ contre l'ordonnance précitée. Il a notamment considéré ce qui suit s'agissant des revenus du requérant (cf. 3.3.2) :

« Contrairement à ce que soutient l'appelant, le premier juge ne lui a pas imputé un revenu hypothétique : il a relevé que l'appelant avait déclaré en audience du 1^{er} mai 2017 qu'il réalisait le même revenu que lorsqu'il était indépendant et il s'est dès lors fondé sur le revenu de 8'115 fr. par mois ressortant de la décision de taxation des parties pour l'année 2015.

L'appelant ne conteste pas avoir tenu ces propos, pas plus qu'il ne conteste avoir réalisé en 2015 un revenu mensuel correspondant à ce montant. Il tente en revanche de revenir sur ses déclarations en faisant valoir que son entreprise doit réinvestir ses bénéfices dans la société. Il n'étaye toutefois d'aucune manière son propos – notamment par la production de la comptabilité – et ne rend pas vraisemblable que les bénéfices sont réinvestis dans la société. C'est donc à raison que le premier juge s'est fondé sur les déclarations de l'appelant lui-même pour arrêter son revenu. Il est en effet correct de considérer, comme l'a fait le premier juge, que l'appelant est le seul détenteur économique de la société qui l'emploie et qu'il faut dès lors tenir compte du bénéfice net réalisé par cette société dans le calcul de sa capacité contributive. Au reste, l'appelant n'a pas rendu vraisemblable que ce bénéfice serait inférieur à ce qu'il était par le passé lorsqu'il exploitait une entreprise individuelle, ni qu'il serait inférieur à ce qu'il a lui-même déclaré. »

Par requête de modification des mesures protectrices de l'union conjugale du 14 novembre 2017, le requérant a conclu en substance à ce que soit modifié, rétroactivement, le chiffre III du dispositif de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 mai 2017, en ce sens que le requérant ne doit s'acquitter d'aucune contribution d'entretien en faveur de l'intimée.

Le 13 mars 2018, l'intimée a conclu au rejet de la requête précitée.

3. Il ressort de l'arrêt du 25 août 2017 du Juge délégué de la Cour d'appel civile que la situation financière des parties est la suivante :

a) X. _____ a travaillé en qualité de femme de ménage. Selon la décision de taxation des parties pour l'année 2015, elle a réalisé

un revenu annuel net de 9'323 francs. Lors de l'audience du 1^{er} mai 2017, elle a déclaré que lorsqu'elle travaillait, elle réalisait un revenu mensuel net de l'ordre de 1'600 à 1'700 francs. X._____ a toutefois cessé son activité à la fin de l'année 2016.

X._____ est hébergée chez sa fille depuis son départ du domicile conjugal. Sa fille souhaite déménager et il est prévu que X._____ reprenne la location de son appartement, dont le loyer s'élève à 1'100 fr. par mois, charges comprises.

Les primes d'assurance-maladie de X._____ sont de 398 fr. 05 par mois.

Ses charges mensuelles s'élèvent ainsi à 2'698 fr. 05 (1'200 fr. minimum vital du droit des poursuites + 1'100 fr. de loyer + 398 fr. 05 de primes d'assurance-maladie).

b) H._____ est l'unique associé gérant de la société [...] Sàrl, inscrite au Registre du commerce le 7 octobre 2016. Auparavant, il exerçait son activité professionnelle de paysagiste sous la raison individuelle [...], inscrite au Registre du commerce dès le 25 février 2015. Selon la décision de taxation des parties pour l'année 2015, H._____ a réalisé des revenus annuels nets de 13'809 fr. pour son activité salariée et de 40'076 fr. pour son activité indépendante principale. L'autorité fiscale a ajouté un montant de 45'500 fr. aux revenus de l'intimé afin de « rendre cohérente [l']évolution de fortune ». Les revenus de l'intéressé se sont dès lors élevés à 97'385 fr., soit 8'115 fr. net par mois.

Selon un décompte de salaire de mars 2017 établi par la société [...] Sàrl, H._____ aurait perçu un salaire mensuel net de 5'809 francs. A l'audience du 1^{er} mai 2017, il a toutefois indiqué que, depuis qu'il exploitait son entreprise sous la forme d'une société à responsabilité limitée, il réalisait le même revenu que lorsqu'il était indépendant.

Le loyer d'H. _____ s'élève à 1'680 fr. par mois, place de parc par 60 fr. et charges comprises.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est d'au moins 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272] ; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115, spéc. p. 121). Les décisions portant sur des mesures protectrices de l'union conjugale étant rendues en procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours à compter de la notification (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV [Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.02]).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une personne qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable à ce titre.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement la constatation des faits

sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. cit.).

3.

3.1 L'appelant fait valoir que les comptes de pertes et profits 2016, ainsi qu'un bilan provisoire 2017, qu'il n'aurait reçus que postérieurement à l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017 établiraient que ses revenus seraient bien inférieurs à ceux retenus par le juge dans le cadre de la précédente procédure de mesures protectrices et se réfère à l'exception jurisprudentielle selon laquelle la modification des mesures protectrices de l'union conjugale se justifie si la décision de mesures protectrices s'est avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants.

3.2 Une fois que des mesures protectrices ou des mesures provisionnelles ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (applicables directement pour les premières, par analogie pour les secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phrase, CC, à la requête d'un époux, le juge prononce les modifications commandées par les faits nouveaux et lève les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 3.1 ; TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 consid. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993). 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 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 protectrices s'est

avérée plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 143 III 617 consid. 3.1 ; ATF 141 III 376 consid. 3.3.1 ; TF 5A_842/2015 du 26 mai 2016 consid. 2.4.2, non publié à ATF 142 III 518 ; TF 5A_235/2016 du 15 août 2016 consid. 3.1 ; TF 5A_486/2016 du 10 janvier 2017 consid. 3.1). Cette soupape, rendue nécessaire par le caractère expédient de la procédure de mesures protectrices, constitue une sorte de révision facilitée. Une décision rendue alors que certains faits ont été intentionnellement cachés ou fondée sur des déclarations mensongères d'une partie doit être modifiée (Juge délégué CACI 24 septembre 2015/504 et réf. cit.). 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 (TF 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 3.1 ; TF 5A_147/2012 du 26 avril 2012 consid. 4.2.1 ; TF 5A_787/2017 du 28 novembre 2017 consid. 5.1), 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 ; TF 5A_235/2016 du 15 août 2016 consid. 3.1 ; TF 5A_329/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1). L'inexactitude des faits sur lesquels le juge s'est fondé doit toutefois être découverte une fois seulement le délai d'appel de cette décision échu ; si les circonstances inexactes sont connues plus tôt, elles doivent être invoquées dans le cadre de la précédente procédure de première instance ou dans le cadre de la procédure d'appel concernant cette précédente procédure (Isenring/Kessler, Basler Kommentar, 5^e éd., n. 4 *in fine* ad art. 179 CC). Tel est également le cas si de tels éléments auraient pu être découverts auparavant. Les moyens nouveaux par lesquels des changements de circonstances sont allégués ou prouvés ne doivent pas être pris en compte dans le cadre de la procédure de modification des mesures protectrices (art. 179 CC) lorsqu'ils auraient déjà pu être invoqués dans le cadre de l'appel contre la décision de mesures protectrices (ATF 143 III 42 consid. 5.3, JdT 2017 II 342 note Tappy). La procédure de modification ne saurait en effet permettre au plaideur négligent qui a omis de produire les éléments nécessaires à sa cause dans le cadre de la précédente

procédure de réparer son omission, la procédure de modification n'ayant pas pour but, selon la jurisprudence fédérale précitée, de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. Lorsque la modification de la contribution d'entretien est requise et que le juge admet que les circonstances ayant prévalu lors du prononcé de mesures provisoires se sont modifiées durablement et de manière significative, il doit fixer à nouveau la contribution d'entretien, après avoir actualisé tous les éléments pris en compte pour le calcul dans le jugement précédent, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC ; ATF 138 III 289 consid. 11.1.1 ; 137 III 604 consid. 4.1 et les réf. cit.).

3.3 En l'espèce, l'appelant aurait pu et dû produire les pièces comptables confirmant ses allégations sur son revenu dans le cadre de la précédente procédure ayant conduit à l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017, comme ce dernier l'a relevé dans ses considérants (cf. consid. 3.3.2). Certes, il a produit dans le cadre de la présente procédure des pièces apparemment établies postérieurement à l'arrêt du juge délégué. Il n'explique cependant pas pourquoi les comptes 2016 n'auraient pas pu être établis plus tôt, la seule référence à la modification du statut juridique qui aurait nécessité « un peu plus de temps que d'habitude » étant insuffisante ; il en va de même de la comptabilité intermédiaire. Compte tenu de la procédure de mesures protectrices en cours, l'appelant pouvait et devait en effet faire en sorte de disposer des pièces nécessaires à établir son revenu pour 2016 et 2017, cas échéant en produisant les éléments comptables eux-mêmes ou une comptabilité provisoire. Il ne saurait réparer son omission de produire les éléments nécessaires à sa cause dans le cadre de la précédente procédure en se fondant sur des pièces qu'il aurait pu établir auparavant.

4.

4.1 A titre subsidiaire, l'appelant fait valoir que la situation de fait s'est modifiée depuis l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017 et se prévaut des décomptes de salaire produits depuis février 2017.

4.2 Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF 5A_1001/2017 du 22 mai 2018 consid. 3).

4.3 En l'espèce, comme déjà vu, l'appelant ne peut se fonder sur les décomptes de salaires antérieurs à l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017, qu'il aurait pu et dû produire dans le cadre de cette procédure. Les seuls décomptes de salaire des mois de septembre-octobre 2017 ne suffisent en tout état de cause pas à établir, au moment du dépôt de la demande de modification, une modification durable des circonstances, d'autant que les seuls décomptes de salaire ne suffisent pas à établir les revenus effectifs de l'appelant dans le cadre de [...] Sàrl, dont il est seul associé gérant.

5. Pour le surplus, l'appelant revient en vain dans son appel sur les faits retenus dans la précédente ordonnance de mesures protectrices, notamment sur l'interprétation erronée de ses déclarations qui aurait été faite à l'époque par le juge, ce qu'il ne saurait faire, la procédure de modification n'ayant pas pour but de corriger le premier jugement.

6.

6.1 L'appelant fait encore valoir que l'intimée serait en réalité capable de travailler, de sorte qu'il conviendrait de lui attribuer un revenu hypothétique de 4'000 fr. par mois.

6.2 Il résulte de l'arrêt du Juge délégué du 25 août 2017 qu'un délai d'adaptation devait en tout état de cause être accordé à l'intimée, au vu de la date récente de la séparation, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'examiner d'emblée quel emploi concret l'intimée pouvait immédiatement occuper pour subvenir à son propre entretien, à quel taux et pour quel salaire et qu'il était parfaitement justifié de lui accorder un

délai pour se retourner. Quant au fait que l'intimée aurait repris une activité professionnelle « au noir », il reposait sur une simple allégation de l'appelant.

Le seul écoulement du temps entre l'arrêt précité et le dépôt de la demande de modification, soit moins de trois mois, ne saurait constituer un changement durable des circonstances et justifier un réexamen de la question du revenu hypothétique.

Quant au fait que l'intimée réaliserait des revenus « au noir », circonstance d'ailleurs déjà alléguée dans la procédure antérieure, il n'est pas établi. Le fait que l'incapacité de travail de l'intimée corresponde au jour de l'introduction de sa requête de mesures protectrices – ce dernier élément pouvait bien au contraire être déclencheur de troubles psychiques dans un contexte familial tendu – ou les photos de l'intimée produites au dossier – dont on ignore quand elles ont été prises – ne sont pas de nature à remettre en cause les certificats d'incapacité de travail produits, qui sont clairs, quand bien même ils sont succincts. Par appréciation anticipée des preuves, l'audition requise des témoins [...] et [...], déjà refusée en première instance, peut être rejetée.

7. Au vu de ce qui précède, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance querellée doit être confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (art. 65 al. 4 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer.

L'appel étant d'emblée dépourvu de toutes chances de succès, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

Par ces motifs,
le Juge délégué
de la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cent francs), sont mis à la charge de l'appelant H._____.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Alexandre Bernel pour H._____,
- Me Olivier Buttet pour X._____,

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne.

Le Juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :