

JUGE DELEGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 12 mars 2013

Présidence de M. CREUX, juge délégué
Greffière : Mme Gabaz

Art. 179 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **H.K**_____, à Rolle, requérant, contre l'ordonnance rendue le 19 décembre 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte dans la cause divisant l'appelant d'avec **S.K**_____, à Tolochenaz, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 19 décembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 3 mai 2012 par H.K._____ (I), fixé les frais judiciaires de la procédure provisionnelle à 400 fr. pour le requérant (II) et dit que le requérant H.K._____ doit verser à l'intimée S.K._____ la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de la procédure provisionnelle (III).

En droit, le premier juge a considéré que H.K._____ n'avait pas démontré une péjoration de sa situation financière depuis la dernière fixation de la contribution d'entretien en 2008, ni apporté d'éléments permettant de retenir qu'il n'était plus en mesure de réaliser un revenu mensuel de l'ordre de 5'000 fr., de sorte que sa requête tendant à la suppression de toute pension en faveur des siens devait être rejetée.

B. Par acte du 31 décembre 2012, H.K._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée concluant, avec dépens, principalement à ce que dite ordonnance soit réformée en ce sens que sa requête de mesures provisionnelles est admise, que la contribution d'entretien due en faveur des siens est supprimée à compter du 1^{er} mai 2012, subsidiairement fixée à 825 fr. par mois à compter de la même date, que les frais de la procédure de première instance sont mis à la charge de l'intimée et que cette dernière lui versera une juste indemnité à titre de dépens (II), subsidiairement à ce que dite ordonnance soit annulée et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle instruction dans le sens des considérants (III). Il a produit un onglet de pièces sous bordereau.

H.K._____ a en outre requis l'assistance judiciaire qui lui a été octroyée, avec effet au 30 décembre 2012, par décision du Juge délégué de la Cour de céans du 29 janvier 2013.

Le 11 mars 2013, Me Arnaud Thierry a déposé sa liste des opérations pour son activité déployée dans le cadre de la présente cause.

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

1. H.K_____, né le [...] 1968, et S.K_____, née le [...] 1972, se sont mariés le 21 septembre 1995 devant l'Officier de l'Etat civil de Nyon (VD).

Deux enfants, P._____ et N._____, nées le [...] 1997, sont issues de cette union.

2. H.K_____ et S.K_____ vivent séparés depuis la mi-juillet 2008. Les modalités de leur séparation ont été réglées par un prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 octobre 2008, confirmé par arrêt sur appel du 10 février 2009, dans lequel le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a notamment dit que H.K_____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'800 fr., éventuelles allocations familiales non comprises et dues en sus, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de S.K_____, dès et y compris le 1^{er} septembre 2008 (VI).

Cette pension a été fixée en tenant compte, s'agissant de H.K_____, d'un revenu hypothétique de 5'000 fr. net par mois, provenant de son activité indépendante dans le domaine de la livraison expresse, et de charges par 2'630 fr. par mois comprenant un loyer hypothétique de 1'000 fr., une prime d'assurance maladie de 380 fr. et un minimum vital de 1'250 francs. Son disponible mensuel s'élevait donc à 2'370 francs.

En ce qui concerne S.K_____, il ressort du prononcé que son revenu en tant qu'employée à 50% chez [...] s'élevait à 1'789 fr. 30, allocations familiales par 500 fr. en sus, auquel s'ajoutait le revenu perçu

de son activité de maman de jour agréée de l'ordre de 1'500 fr. par mois. Quant à ses charges mensuelles, elles se montaient à 3'971 fr. 55 composées d'un loyer par 1'022 fr. , des primes d'assurance maladie pour ses enfants et elle par 483 fr. 30, de leurs minima vitaux par 1'800 fr., du leasing de sa voiture par 466 fr. 25 et de ses frais d'essence estimés à 200 francs. Elle supportait ainsi un manco de 682 fr. par mois.

3. Le 17 décembre 2009, S.K_____ a déposé une demande unilatérale en divorce. Les parties ont procédé à un échange d'écritures complet.

A l'audience préliminaire du 24 août 2010, les parties ont conclu toutes deux au divorce et signé une convention réglant partiellement les effets de celui-ci. Il y est notamment prévu ce qui suit s'agissant des contributions d'entretien:

"III. H.K_____ contribuera à l'entretien de ses filles P._____ et N._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle, pour chacune d'entre elles, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de S.K_____, née [...], d'un montant, allocations familiales en sus, de :

- 650 fr. (...) jusqu'à l'âge de seize ans révolus;
- 750 fr. (...) dès lors et jusqu'à leur majorité, et dans la même proportion jusqu'à l'obtention d'une formation appropriée, achevée dans des délais normaux, l'article 277 al. 2 CC étant donc réservé. (...)

IV. Jusqu'au 31 décembre 2012, H.K_____ contribuera à l'entretien de S.K_____, née Batista, par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de la bénéficiaire, de 550 fr. (...)."

4. Par courrier du 3 mai 2012, H.K_____ a sollicité une diminution de la pension due pour l'entretien des siens.

Le 21 mai 2012, S.K_____ s'est déterminée sur le contenu de la requête de son époux.

Les parties, assistées de leurs conseils, ont été entendues lors de l'audience de mesures provisionnelles du 12 octobre 2012. H.K_____ y a précisé ses conclusions en ce sens qu'elles tendaient à la suppression pure et simple de la contribution d'entretien mise à sa charge.

5. H.K_____ travaille en qualité d'indépendant dans le domaine de la livraison expresse pour le compte de R._____ SA. Selon le bilan intermédiaire arrêté au 30 septembre 2008, son bénéfice net était de 34'456 francs. En 2009, il a réalisé un bénéfice de 76'508 fr. 69, en 2010 de 63'008 fr. 31 et en 2011 de 39'506 fr. 01.

Depuis l'année 2008, H.K_____ a engagé un employé pour le seconder dans son activité. Les déclarations de H.K_____ quant aux motifs de cet engagement ont varié: il s'agissait tout d'abord de le soulager dans son activité devenue trop stressante, puis de le remplacer dès lors qu'il s'était vu retirer son permis de conduire pour une durée indéterminée, mais d'au minimum vingt-quatre mois, dès le 7 août 2009. Pour 2011, H.K_____ a versé à son employé un salaire annuel net de 44'954 fr. 85, soit en moyenne 3'746 fr. 25 nets par mois. Ce salaire était de 4'000 fr. net par mois en 2008.

S'agissant de ses charges personnelles, H.K_____ vit en concubinage. L'entier du loyer est assumé par sa compagne.

Selon une ordonnance de son ophtalmologue du 11 juin 2012, H.K_____ souffre d'une chorioretinopathie sérieuse centrale aux deux yeux, soit d'un œdème maculaire donnant une sensation de tache devant l'œil avec baisse de l'acuité visuelle et déformation des images. Cette pathologie régresse assez fréquemment spontanément. H.K_____ présente également une surdité depuis 2010 à tout le moins et porte des appareils acoustiques. Il a également dû subir en juillet 2012 des examens IRM de sa colonne cervicale et de son épaule droite.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272]). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles est de la compétence du juge délégué de la Cour d'appel civile qui statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a 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 la forme.

2. a) 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 l'appréciation 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 (sur le tout : JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions

étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

En l'occurrence, les pièces produites par l'appelant sont recevables dans la mesure où elles ne pouvaient être produites en première instance. Elles ne concernent en réalité qu'un aspect procédural de la présente cause puisqu'elles sont relatives au changement de conseil d'office de l'appelant. Elles n'appellent ainsi pas de commentaire particulier.

3. Seule est litigieuse la contribution d'entretien de l'appelant en faveur de sa famille. Dans un premier moyen, l'appelant soutient que la dégradation de son état de santé constitue un fait nouveau justifiant de revoir le montant de dite contribution d'entretien.

a) Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), applicable directement pour les premières et par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes. Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{ère} phr. CC, à la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte 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_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1; TF 5A_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, 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 prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et réf.; TF 5A_883/2011 du 20 mars 2012 c. 2.4). 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 (TF 5A_618/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A_147/2012 du 26 avril 2012 c. 4.2.1; TF 5A_324/2012 du 15 août 2012 c. 5).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099; ATF 137 III 604 c. 4.1.1).

b) En l'occurrence, l'appelant, pièces à l'appui, fait état de problèmes de santé qui auraient des répercussions directes sur sa capacité de gain. Ces problèmes de santé, que le premier juge aurait ignoré, se composent d'une chorioretinopathie et de graves troubles auditifs.

S'il est exact que des pièces au dossier parlent de ses pathologies dont souffre l'appelant, il n'en ressort néanmoins aucunement qu'elles pourraient avoir une influence sur sa capacité de gain. La pièce 56/1 mentionnant la chorioretinopathie n'est qu'une simple ordonnance d'un ophtalmologue. Aucune indication n'y figure sur l'avancement de cette pathologie chez l'appelant, ni même quant au handicap qu'elle

pourrait susciter chez l'appelant. D'ailleurs, il ressort de la description de cette maladie produite par l'appelant lui-même en première instance qu'une régression spontanée de cet œdème maculaire est assez fréquente. S'il s'avère en effet que l'appelant semble souffrir d'une chorioretinopathie, en l'état, cet élément n'apparaît pas comme significatif et durable et ne justifiait pas d'entrer en matière sur sa requête.

Le raisonnement est identique en ce qui concerne les problèmes auditifs dont souffrirait l'appelant. Les pièces au dossier démontrent certes qu'il présente une surdité et porte des appareils acoustiques (pièces 56/2). On a cependant peine à croire que cet élément, certes non existant lors du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 octobre 2008, puisse avoir une incidence significative sur la situation de l'appelant puisqu'il présente cette surdité depuis 2010 en tout cas et qu'il n'est à nouveau aucunement démontré en quoi cette problématique handicape l'appelant, ni si elle a une réelle influence sur sa capacité de gain.

Ainsi, quand bien même le premier juge n'a pas examiné la problématique de l'état de santé de l'appelant, c'est à juste titre qu'il n'est pas entré en matière sur la requête, cet examen, possible en deuxième instance compte tenu du pouvoir de cognition du juge de céans, n'ayant pas démontré, comme exposé, que la situation s'était modifiée de manière essentielle et durable. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner les autres moyens soulevés par l'appelant.

On relèvera pour le surplus que c'est à bon droit que le premier juge a estimé que la situation de l'appelant ne s'était également pas modifiée s'agissant de son bénéfice dont on est loin de pouvoir constater une chute essentielle et durable. Quant à l'engagement d'un employé, c'est également à juste titre que le premier juge a retenu qu'il ne s'agissait pas d'un fait nouveau puisque l'appelant avait déjà un employé en 2008. Seul le motif de cet engagement invoqué par l'appelant a changé entre temps. A ce propos, on peut d'ailleurs se demander si l'engagement

d'un employé à la suite d'un retrait de permis de conduire pour une durée indéterminée et impliquant des charges supplémentaires constitue un motif de réexamen d'une pension. Quoiqu'il en soit, les considérations émises par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale à cet égard (prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 23 octobre 2008 c. 6b et arrêt sur appel du 10 février 2009 c. 7) restent pertinentes et actuelles.

4. Mal fondé, l'appel doit être rejeté en application de l'art. 312 al. 1 CPC et l'ordonnance entreprise confirmée.

Les frais de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (art. 63 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat.

Me Arnaud Thierry a produit une liste détaillée de ses opérations annonçant 4h25 de travail et 39 fr. de débours. Ce décompte peut être admis, de sorte qu'il y a lieu d'arrêter son indemnité d'office à 916 fr. 10, correspondant à 4h30 de travail à un tarif horaire de 180 fr., plus 39 fr. de débours et 67 fr. 90 de TVA.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'indemnité de conseil d'office de Me Arnaud Thierry, conseil de l'appelant, est arrêtée à 916 fr. 10 (neuf cent seize francs et dix centimes), TVA et débours compris.
- V.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Arnaud Thierry (pour H.K_____),
- Me Angelo Ruggiero (pour S.K_____).

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), 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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :