

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 novembre 2017

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée
Greffier : M. Grob

* * * * *

Art. 179 al. 1 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **A.Z.**_____, née [...], à [...], intimée, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 28 juin 2017 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.Z.**_____, à [...], requérant, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 juin 2017, adressée aux parties pour notification le même jour, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : la Présidente) a dit que B.Z._____ était tenu de contribuer à l'entretien de sa fille [...] par le régulier versement d'une pension mensuelle d'un montant de 1'040 fr., allocations familiales et rente AVS pour enfant non comprises, payable le premier de chaque mois en mains de A.Z._____, dès et y compris le 1^{er} janvier 2017 (I) et que le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant était arrêté à 800 fr. 80 (II), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III), a dit que l'ordonnance était rendue sans frais ni dépens (IV) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (V).

En droit, examinant la requête de B.Z._____ tendant à la modification de la contribution qu'il devait pour l'entretien des siens, le premier juge a constaté que le prénommé avait réduit son taux d'activité à 30% environ depuis le 1^{er} janvier 2017, qu'il n'exerçait plus qu'une activité résiduelle et que son chiffre d'affaires avait baissé. Il a ainsi considéré que le revenu de B.Z._____ avait notablement diminué depuis le 1^{er} janvier 2017, ce qui justifiait de réexaminer la question de la contribution d'entretien due à l'enfant. Le magistrat a dès lors établi le budget mensuel de chaque partie et a retenu que B.Z._____ bénéficiait d'un disponible de 1'314 fr. 60 et que A.Z._____ présentait un découvert de 578 fr. 20. Il a ensuite calculé l'entretien convenable de l'enfant, correspondant à ses coûts directs et à la prise en charge du découvert de sa mère qui en avait la garde, à un montant de 800 fr. 80. Constatant que le budget de B.Z._____ lui permettait de couvrir ce montant tout en bénéficiant encore d'un disponible de 513 fr. 80, il a ajouté le tiers dudit disponible au montant de l'entretien convenable de l'enfant pour déterminer celui de la contribution d'entretien, qui s'élevait à 972 fr. 05. Dès lors que B.Z._____ avait conclu au paiement d'une contribution de 1'040 fr., le premier juge a arrêté la contribution due pour l'entretien de

l'enfant à ce montant à compter du 1^{er} janvier 2017, date de la réduction du taux d'activité de l'intéressé.

B. Par acte du 10 juillet 2017, A.Z._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens de première et deuxième instances, principalement à sa réforme en ce sens que la contribution d'entretien due par B.Z._____ à son épouse et à sa fille soit maintenue à un montant de 3'100 fr., subsidiairement à ce que cette contribution soit limitée à un montant de 2'900 fr. dès le 1^{er} janvier 2017, plus subsidiairement à l'annulation de l'ordonnance et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelles instruction et décision dans le sens de considérants à intervenir. Elle a par ailleurs requis l'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 27 juillet 2017, la Juge déléguée de la Cour de céans a accordé à A.Z._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 10 juillet 2017 et a désigné Me Michel Dupuis en qualité de conseil d'office.

Dans sa réponse du 10 août 2017, B.Z._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance.

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

1. B.Z._____, né le [...] 1951, et A.Z._____, née [...] le [...] 1981, se sont mariés le [...] 2011 à [...].

Une enfant est issue de leur union, soit [...], née le [...] 2011.

B.Z._____ est par ailleurs le père de X._____, majeur et né d'une précédente union.

2. Confrontées à des difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 23 avril 2015. Une première ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale a été rendue le 4 mai 2015 par la Présidente, dont la teneur est la suivante :

« **I. rappelle** la convention signée à l'audience du 27 mars 2015 par les parties et ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures protectrices de l'union conjugale, ainsi libellée :

« I. Les époux B.Z. _____ et A.Z. _____ conviennent de vivre séparés pour une durée d'une année dès la séparation effective des parties. » ;

II. confie la garde de l'enfant [...], née le [...] 2011, à sa mère ;

III. dit que le père bénéficiera d'un libre et large droit de visite à l'égard de son fils (*recte* : sa fille), à exercer d'entente avec la mère de ce dernier (*recte* : cette dernière), moyennant préavis à celle-ci ;

dit qu'à défaut d'entente, il pourra l'avoir auprès de lui, pour autant qu'il puisse la loger, un week-end sur deux, du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures, durant la moitié des vacances scolaires, alternativement à Noël ou Nouvel an, Pâques ou l'Ascension, Pentecôte ou Jeûne fédéral, à charge pour lui d'aller la chercher là où elle se trouve et de l'y ramener ;

IV. attribue la jouissance du domicile conjugal, sis [...], à l'intimée, à charge pour elle d'en assumer seule le loyer et les charges ;

V. impartit au requérant un délai échéant le (sic) deux mois dès la date de la présente ordonnance pour quitter le domicile conjugal en emportant ses effets personnels, autorisation étant d'ores et déjà donnée à l'intimée de recourir aux forces de l'ordre, en cas de besoin et sur simple présentation de la présente décision, pour obtenir l'exécution de celle-ci ;

VI. astreint le requérant à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier jour de chaque mois en mains de l'intimée, d'une pension mensuelle de Fr. 3'100.- (trois mille cent francs), dès et y compris le 1^{er} mars 2015 ;

VII. rejette toutes autres ou plus amples conclusions ;

VIII. déclare la présente ordonnance, rendue sans frais, immédiatement exécutoire. ».

Pour fixer la contribution pour l'entretien des siens à 3'100 fr., la Présidente a notamment retenu que B.Z._____ réalisait un revenu mensuel net moyen de 7'047 fr. 75.

Cette ordonnance a été confirmée par arrêt du 22 juillet 2015 de la Juge déléguée de la Cour de céans, qui a également arrêté le revenu mensuel net moyen de l'intéressé au montant précité.

3. Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 2 novembre 2016, B.Z._____ a conclu à ce que les parties soient autorisées à vivre séparées, à ce que la garde sur l'enfant [...] lui soit confiée, à ce que A.Z._____ bénéficie d'un droit de visite usuel à défaut d'entente sur un droit plus large et à ce que cette dernière contribue à l'entretien de l'enfant.

Lors de l'audience du 21 décembre 2016, les parties ont conclu une convention partielle ainsi libellée, ratifiée sur le siège par la Présidente pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale :

- « **I.** Les époux B.Z._____ et A.Z._____, née [...], conviennent de continuer à vivre séparés pour une durée indéterminée, étant rappelé que la séparation effective est intervenue le 23 avril 2015.
- II.** Le lieu de résidence de l'enfant [...], née le [...] 2011, reste fixé au domicile de la mère, qui en exerce la garde de fait.
- III.** Le père jouira d'un libre et large droit de visite à l'égard de son enfant, à exercer d'entente avec la mère.

A défaut d'entente, il pourra avoir son enfant auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures ainsi que tous les mardis et mercredis après-midi de 12 heures à 18h15.

S'agissant des vacances scolaires, B.Z._____ pourra avoir son enfant auprès de lui durant la moitié de celles-ci. Quant aux jours fériés, ils seront répartis alternativement, une année sur deux, à Noël ou Nouvel An, à Pâques ou à l'Ascension, à Pentecôte ou au Jeûne fédéral.

- IV.** Parties s'engagent à entrer en médiation. D'ici au 15 janvier 2017, elles feront parvenir au tribunal une proposition

commune de médiateur, à choisir sur la liste des médiateurs agréés tenue par le Tribunal cantonal. ».

A cette occasion, B.Z._____ a par ailleurs conclu, à titre superprovisionnel, à une diminution à 1'900 fr. par mois de la pension fixée globalement pour les siens, dès le 1^{er} janvier 2017. A.Z._____ a conclu au rejet de cette conclusion.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 23 décembre 2016, la Présidente a rejeté la requête de B.Z._____ du 21 décembre 2016. En substance, le magistrat a constaté, sur la base des renseignements donnés lors de l'audience précitée, qu'il apparaissait que le prénommé aurait pu bénéficier, et ce depuis le 26 juillet 2016, d'une rente vieillesse suisse ainsi que d'une rente vieillesse française, dont les montants étaient inconnus, et que B.Z._____ avait déclaré avoir différé la date à laquelle il souhaitait toucher ces rentes dans l'attente du résultat de la procédure. Considérant qu'en cas de versement avec effet rétroactif des rentes auxquelles l'intéressé avait droit, le montant desdites rentes s'ajouterait au revenu qu'il avait tiré de son activité de moniteur d'auto-école avec effet au 26 juillet 2016, il a retenu que le revenu de B.Z._____ demeurerait équivalent, voire plus élevé que celui sur lequel la contribution d'entretien de 3'100 fr. avait été fixée, de sorte qu'une modification sensible du revenu n'était pas vraisemblable.

4. Statuant sur requête de A.Z._____, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a, par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 28 décembre 2016, astreint B.Z._____ au paiement d'une contribution en faveur de A.Z._____ et de l'enfant [...] d'un montant mensuel de 3'100 fr., payable d'avance le premier de chaque mois en mains de A.Z._____ dès le 1^{er} janvier 2017 (I) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (II).

5. a) Par requête du 6 mars 2017, B.Z._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à titre de mesures superprovisionnelles et de mesures protectrices de l'union conjugale, à ce qu'il doive contribuer à l'entretien sa fille par le versement d'une pension mensuelle de 615 fr.,

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.

Le 7 mars 2017, A.Z._____ a conclu au rejet des conclusions superprovisionnelles.

Par avis du 8 mars 2017, la Présidente a rejeté la requête de mesures d'extrême urgence.

b) L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale s'est tenue le 27 avril 2017 en présence des parties, assistées de leur conseil respectif, lors de laquelle X._____, fils de B.Z._____, a été entendu en qualité de témoin.

A cette occasion, B.Z._____ a par ailleurs modifié ses conclusions en ce sens qu'il a requis que le montant de la contribution d'entretien en faveur de sa fille soit réduit à 1'040 fr. par mois dès le 1^{er} janvier 2017. A.Z._____ a conclu au rejet.

Un délai a été fixé aux parties afin qu'elles puissent encore se déterminer sur la production de pièces nécessaires à l'instruction.

c) Dans une écriture du 24 mai 2017, B.Z._____ s'est déterminé sur les pièces produites et a confirmé les conclusions prises au pied de sa requête du 6 mars 2017 et modifiées lors de l'audience du 27 avril 2017.

Le 26 mai 2017, A.Z._____ s'est également déterminée sur ces pièces et a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions de B.Z._____.

6. La situation financière des parties et de leur fille est la suivante :

a) B.Z._____ a exploité, en qualité d'indépendant, l'Auto-Ecole Y._____, à [...], jusqu'au 31 décembre 2016. A ce titre, il a réalisé un bénéfice annuel de 87'827 fr. en 2011, de 88'832 fr. en 2012, de 77'060 fr. en 2013, de 56'271 fr. 51 en 2014 et de 61'674 fr. 22 en 2015. L'intéressé dispensait également des cours de conduite poids lourds pour l'Auto-école H._____, à qui il louait les véhicules nécessaires à ces cours. Entre octobre 2015 et décembre 2016, l'Auto-école H._____ a ainsi facturé à B.Z._____ un montant total de 11'125 fr. pour la location de camions et de remorques par le prénommé à l'occasion de cent soixante-cinq leçons pour les catégories BE, C, CE, C1 et D1, dispensées à tout le moins à seize élèves différents.

Le 1^{er} janvier 2017, le fils de B.Z._____, X._____, a repris l'exploitation de l'Auto-Ecole Y._____. Le témoin X._____ a indiqué qu'il ignorait si son père avait réduit son taux d'activité en 2016, mais que depuis 2017, celui-ci ne travaillait plus qu'à 30% environ, relevant que son père était obligé de maintenir une activité résiduelle au vu des faibles montants perçus à titre de prestations sociales. Il a expliqué 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 Lausanne. Ce témoin a également précisé, d'une part, que B.Z._____ travaillait à l'époque pour l'Auto-école H._____ à [...], mais que cela devait faire longtemps qu'il n'avait plus donné de cours pour cette entreprise et, d'autre part, qu'il ne travaillait pas pour l'Auto-école [...] à [...].

Entre janvier et mars 2017, B.Z._____ a réalisé un revenu mensuel moyen de 3'553 fr. dans le cadre de l'activité qu'il continuait d'exercer au sein de l'entreprise transmise à son fils.

A compter du 1^{er} janvier 2017, B.Z._____ poursuit par ailleurs, pour son propre compte, une activité d'enseignement de la conduite poids lourds et loue auprès de l'Auto-école H._____ les véhicules nécessaires pour dispenser les leçons à ses élèves. Lors des mois de janvier à avril 2017, l'entreprise précitée a ainsi facturé à

l'intéressé un montant total de 2'700 fr. pour la location de camions et de remorques 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.

Par décision du 17 janvier 2017, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS a accordé à B.Z._____ une rente ordinaire mensuelle de l'AVS d'un montant de 694 fr., avec effet au 1^{er} août 2016. L'intéressé a par ailleurs allégué qu'il pourrait percevoir de l'Etat français une pension mensuelle de retraite de 560 € bruts, soit 513 € nets après les déductions sociales de l'ordre de 8.4%, et a produit à cet égard une « estimation indicative globale » établie le 18 octobre 2016 par l'Assurance retraite française.

Les charges mensuelles incompressibles de B.Z._____ s'élèvent à un montant total de 3'445 fr. 40 et sont constituées du montant de base du minimum vital pour un débiteur vivant seul (1'200 fr.), d'un forfait pour l'exercice du droit de visite (150 fr.), ainsi que du montant de son loyer (1'820 fr.) et de son assurance-maladie obligatoire (275 fr. 40).

b) A.Z._____ réalise un salaire mensuel net moyen de 2'773 fr. 80 pour son activité d'aide-soignante (auxiliaire polyvalente) à 80% auprès de [...], indemnités pour horaires irréguliers incluses. Elle perçoit en outre un montant mensuel de 250 fr. pour la sous-location d'une place de parc.

Ses charges mensuelles incompressibles s'élèvent à un montant total de 3'602 fr. et sont constituées du montant du minimum vital pour un débiteur monoparental (1'350 fr.), de son loyer sous déduction de la part de l'enfant (1'848 fr. 75), de son assurance-maladie obligatoire (329 fr. 25) et de ses frais de transport (74 fr.).

c) Les charges mensuelles liées à l'entretien de l'enfant [...] sont le montant de base du droit des poursuites, par 400 fr., sa part au

logement maternel, par 326 fr. 25, et son assurance-maladie obligatoire, subside déduit, par 24 fr. 35. Les allocations familiales en faveur de l'enfant s'élèvent à 250 fr. par mois. En outre, A.Z._____ reçoit directement la rente AVS pour enfant liée à la rente perçue par B.Z._____, à hauteur de 278 fr. par mois.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies par la procédure sommaire selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

1.2 En l'occurrence, l'ordonnance entreprise ayant été notifiée à l'appelante le 29 juin 2017, le délai d'appel arrivait à échéance le 10 juillet 2017 (art. 142 al. 1 et 3 CPC). Posté le jour en question, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui dispose d'un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions qui, capitalisées (at. 92 CPC), sont supérieures à 10'000 fr., de sorte qu'il est recevable.

2.

2.1 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 (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, op. cit., in JdT 2010 III 115, spéc. p. 136).

2.2 Dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge établit les faits d'office en vertu de la maxime inquisitoire (art. 272 CPC) et statue en application de la procédure sommaire (art. 271 let. a CPC). Il se prononce ainsi sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence, l'art. 272 CPC prévoit une maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, qui n'oblige pas le juge à rechercher lui-même l'état de fait pertinent. La maxime inquisitoire sociale ne dispense en effet pas les parties de collaborer activement à la procédure : il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Il n'appartient pas au tribunal de conseiller les parties du point de vue procédural. En revanche, l'art. 296 al. 1 CPC prévoit une maxime inquisitoire illimitée en ce qui concerne les questions relatives aux enfants (TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1 et les références citées, publié in FamPra.ch 2013 p. 769 ; Bohnet, Commentaire pratique, Droit matrimonial, fond et procédure, Bâle 2016, nn. 4 et 9 ad art. 272 CPC et les références citées, ainsi que nn. 28 ss ad art. 276 CPC).

Pour les questions relatives aux époux, le principe de disposition s'applique à l'objet du litige. Le juge est lié par les conclusions des parties ; il ne peut accorder à l'une ni plus, ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce que l'autre reconnaît lui devoir (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3.1). En revanche, en ce qui concerne les questions relatives aux enfants, l'art. 296 al. 3 CPC impose la maxime d'office (TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1 ; TF 5A_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 4.2 ; Juge délégué CACI 20 février 2015/136 consid. 3 ; Bohnet, op. cit., nn. 29-30 ad art. 276 CPC ; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 6 ad art. 272 CPC).

2.3 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 ; Tappy, op. cit., in JdT 2010 III 115, spéc. p. 138). 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 (JdT 2011 III 43 et les références citées).

2.4

2.4.1 En l'espèce, la question litigieuse a trait au montant des revenus de l'intimé ainsi que son incidence sur son disponible et sa capacité de contribuer à l'entretien de l'enfant mineure des parties, de sorte que les maximes inquisitoire illimitée et d'office sont applicables.

2.4.2 Chacune des parties a produit des pièces en appel. Dans la mesure où elles constituent des pièces de forme, respectivement figurent déjà au dossier de première instance, ces titres sont recevables.

3.

3.1 Invoquant une constatation arbitraire des faits, l'appelante fait grief au premier juge de ne pas avoir pris en compte les gains réalisés par

l'intimé de janvier à avril 2017 dans le cadre de son activité complémentaire de moniteur auto-école pour poids lourds, en sus de son activité régulière de moniteur auto-école pour voitures légères. Elle prétend que cette activité complémentaire génère un revenu net (location du camion déduite) supplémentaire d'au moins 1'395 fr. par mois, voire du double si l'on admet que la pratique de l'enseignement de la conduite poids lourd prend place sur deux heures consécutives. Elle soutient que la prise en compte de ce revenu complémentaire impliquerait le maintien de la contribution d'entretien à son niveau actuel de 3'100 fr. pour sa fille et elle et se prévaut, implicitement à tout le moins, d'une absence de modification de la situation financière de l'intimé qui justifierait de modifier la réglementation existante.

Pour sa part, l'intimé se prévaut de la baisse de son activité depuis la remise de l'entreprise à son fils, ainsi que de son accession à la retraite. Dans le cadre de l'appel, il conteste avoir déplacé son activité professionnelle de l'entreprise transmise à son fils à une activité pour son propre compte. Il admet cependant qu'il exerce une activité réduite de moniteur auto-école poids lourds pour son propre compte, sans que cette activité ne génère de rétrocession de chiffre d'affaires à l'entreprise Auto-école Y. _____ dirigée par son fils. Il ne chiffre pas les revenus qu'il retire de cette activité complémentaire, mais renvoie au témoignage de son fils X. _____ ainsi qu'aux pièces produites (notamment quant à la location de camions, par l'Auto-école H. _____), qui démontreraient selon lui que ses revenus se sont progressivement réduits depuis qu'il a atteint l'âge de la retraite, le 26 juillet 2016, et plus nettement encore dès le 1^{er} janvier 2017 suivant. Il fait valoir qu'on ne saurait lui imposer de travailler davantage, argumentant que s'il prenait vraiment sa retraite, il ne serait plus du tout en mesure de contribuer à l'entretien de quiconque.

3.2

3.2.1 Les nouvelles dispositions sur l'entretien de l'enfant sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (RO 2015 4304). D'après le nouvel art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe sur requête d'un conjoint les contributions d'entretien à verser respectivement aux enfants et à l'époux

si la suspension de la vie commune est fondée. Sur le plan formel, le juge a désormais l'obligation de distinguer la contribution d'entretien due à l'enfant de celle due à l'époux (art. 287a CC et 301a CPC), étant précisé que le nouvel art. 276a al. 1 CC institue expressément une hiérarchie des contributions d'entretien, celles dues aux enfants mineurs primant les autres obligations du droit de la famille.

La contribution d'entretien en faveur de l'enfant doit être arrêtée conformément aux principes dégagés de l'art. 285 CC. La teneur de l'alinéa 1 de cette disposition, soit les critères permettant de déterminer l'étendue de la contribution d'entretien, correspond pour l'essentiel au droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, étant précisé que la garde ne sert plus de critère de répartition des prestations d'entretien entre les parents. La contribution d'entretien sera calculée en fonction de toutes les prestations fournies par chaque parent, qu'il ait ou non la garde (Message concernant la révision du code civil suisse [Entretien de l'enfant] du 29 novembre 2013, FF 2014 511 [ci-après : Message], p. 556).

La nouveauté essentielle réside dans la modification de l'art. 285 al. 2 CC, qui prévoit désormais que la contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers. Aux coûts directs générés par l'enfant, toujours pris en compte lors de la détermination des frais nécessaires à son entretien, viennent donc désormais s'ajouter les coûts indirects de sa prise en charge. En effet, la prise en charge de l'enfant ne se traduit pas seulement par des prestations en nature ; elle comprend aussi les dépenses que ces prestations induisent (Message, p. 533). La prise en charge de l'enfant implique de garantir, économiquement parlant, que le parent qui l'assure puisse subvenir à ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant. Cela signifie que la contribution de prise en charge doit inclure en principe les frais de subsistance dudit parent (Message, p. 535). Il faut tenir compte de tout investissement de la part de l'autre parent qui irait au-delà de l'exercice du simple droit de visite. Si un droit de visite plus large a été convenu, ce surcroît du temps consacré à l'enfant par le parent non

gardien sera répercuté non pas sur la contribution de prise en charge mais sur le calcul de la contribution d'entretien, au niveau des coûts directs variables (frais d'alimentation, dépenses de loisirs, etc.) (Message, p. 536). S'agissant des coûts de l'enfant, il y a lieu de distinguer les coûts qui découleraient d'une prise en charge externe – qui doivent être considérés comme des coûts directs – de ceux qui sont indirectement liés à la prise en charge de l'enfant. Ainsi, si pour le bien de l'enfant il s'avère nécessaire que sa prise en charge soit assurée par l'un des parents, l'obligeant à réduire l'activité professionnelle, la contribution de prise en charge devra permettre de garantir sa présence aux côtés de l'enfant. Cela passe par le financement des frais de subsistance du parent qui s'occupe de l'enfant (Message, p. 556). Le calcul de ces frais pourra s'effectuer sur la base du minimum vital du droit des poursuites (Message, p. 557 ; CACI 24 mars 2017/126 consid. 3.2.2 ; CACI 1^{er} mars 2017/97 consid. 9.2).

3.2.2 Selon l'art. 13c Tit. fin. CC, les contributions d'entretien qui ont été fixées dans une convention d'entretien approuvée ou dans une décision antérieure à l'entrée en vigueur de la modification du 20 mars 2015 sont modifiées à la demande de l'enfant ; lorsqu'elles ont été fixées en même temps que les contributions d'entretien dues aux parents, les contributions dues à l'enfant peuvent être modifiées seulement si la situation change notablement.

Il s'ensuit que lorsqu'une contribution d'entretien en faveur d'un enfant a été fixée par une décision dans le cadre d'une action alimentaire (art. 279 CC) ou dans une convention (art. 287 CC), l'entrée en vigueur du nouveau droit justifie, à elle seule, une demande de modification de la contribution d'entretien. Par contre, si la contribution d'entretien pour l'enfant a été fixée dans le cadre d'une procédure de divorce ou dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, en même temps que la contribution pour le parent, elle peut être modifiée seulement si la situation change notablement (Message, pp. 569-570). L'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en matière d'entretien de l'enfant ne constitue pas un changement notable de situation au sens de l'art. 286 al. 2 CC, permettant de modifier les contributions d'entretien

fixées en vertu de l'ancien droit (Juge délégué CACI 26 juillet 2017/323 ; CACI 29 juin 2017/269).

3.2.3 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. Aux termes de l'art. 179 al. 1, 1^{re} phrase, CC, 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.

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, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement important et durable est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, ou encore 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 (TF 5A_866/2013 du 16 avril 2014 consid. 3.1 ; TF 5A_400/2012 du 25 février 2013 consid. 4.1 ; TF 5A_883/2011 du 20 mars 2012 consid. 2.4). Le point de savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (ATF 120 II 85 consid. 4b). Lorsque la procédure est régie par les maximes inquisitoire et d'office, l'autorité d'appel prend en compte les circonstances nouvelles intervenues depuis le prononcé de première instance (TF 5A_528/2015 du 21 janvier 2016 consid. 2).

Des comparaisons en pourcentages des revenus peuvent représenter un indice utile pour déterminer un changement notable des circonstances, mais ne dispensent pas le juge d'une analyse concrète du cas d'espèce (ATF 118 II 229 consid. 3a ; TF 5A_93/2011 du 13 septembre 2011 consid. 6.1). Ainsi une modification de revenu de 10 à 15% peut se révéler suffisante lorsque la capacité économique des parties est restreinte, tandis qu'une modification de revenu de 15 à 20% est nécessaire lorsque la situation économique des parties est bonne (TF

5C.197/2003 du 30 avril 2004 consid. 3.3.). Il importe par ailleurs de prendre en compte tous les facteurs susceptibles de provoquer une modification durable, à savoir non seulement la diminution de revenu mais également l'augmentation de charges, ces facteurs devant être appréciés globalement (CACI 26 avril 2012/195). Le Tribunal fédéral a jugé qu'une baisse de revenu de 6,5% ne constituait pas un changement notable (TF 5A_352/2010 du 29 octobre 2010 consid. 4.4, publié in RMA 2011 p. 126).

3.2.4 Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille en se fondant, en principe, sur le revenu effectif des parties ; il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée du débirentier (ATF 128 III 4 consid. 4, JdT 2002 I 294 consid. 4 et les références citées ; TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 consid. 4).

Le seul fait que le débirentier ait atteint l'âge de la retraite n'empêche pas de retenir un revenu hypothétique afin de financer l'entretien d'enfants mineurs, étant rappelé que des exigences élevées quant à l'épuisement de la capacité de gain doivent être posées en la matière lorsque les ressources sont restreintes. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'en l'absence de problèmes de santé, il pouvait être exigé d'un avocat de 68 ans disposant encore d'un petit cercle de clientèle une certaine activité de conseil au-delà de l'âge de la retraite, pour assurer l'entretien des enfants mineurs, ce qui justifiait l'imputation d'un revenu hypothétique à l'intéressé, sans délai d'adaptation compte tenu de la cessation volontaire de son activité. Le Tribunal fédéral a réservé la survenance de problèmes de santé, qui pourraient, le cas échéant, justifier une action en modification de la contribution d'entretien (TF 5A_806/2016 du 22 février 2017 consid. 4.2 et 4.3, publié in FamPra.ch 2017 p. 588).

La jurisprudence retient que, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il savait, ou devait savoir, qu'il lui incombait d'assumer des obligations d'entretien, il est admissible de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, ce avec effet rétroactif au

jour de la diminution (TF 5A_317/2011 du 22 novembre 2011 consid. 6.2, non publié aux ATF 137 III 614 ; TF 5A_612/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1 ; TF 5A_679/2011 du 10 avril 2012 consid. 5.1, publié in FamPra.ch 2012 p. 789 ; TF 5A_372/2016 du 18 novembre 2016 consid. 3.1). Dans cette hypothèse, le fait que le débiteur ne peut pas revenir en arrière et modifier son revenu réalisé dans le passé n'empêche pas la prise en compte rétroactive d'un revenu hypothétique (TF 5A_184/2015 du 22 janvier 2016 consid. 3.4).

Le revenu d'un indépendant est constitué par son bénéfice net, à savoir la différence entre les produits et les charges. En cas de revenus fluctuants, pour obtenir un résultat fiable, il convient de tenir compte, en général, du bénéfice net moyen réalisé durant plusieurs années. A cet égard, la jurisprudence préconise de prendre en considération comme revenu effectif le bénéfice net moyen du compte d'exploitation des trois ou quatre dernières années (TF 5A_246/2009 du 22 mars 2010 consid. 3.1, publié in FamPra.ch. 2010 p. 678 ; TF 5P_342/2001 du 20 décembre 2001 consid. 3a).

3.3 En l'espèce, l'ordonnance entreprise retient que l'activité professionnelle de l'intimé a diminué depuis le 1^{er} janvier 2017, pour ne représenter plus qu'un taux d'activité de 30% environ, en raison de la transmission de l'entreprise qu'il dirigeait à son fils et de l'accession de l'intimé à l'âge de la retraite. Le premier juge est dès lors entré en matière sur la modification de la réglementation existante. S'agissant des revenus concrètement obtenus par l'intimé depuis le 1^{er} janvier 2017, le magistrat s'est basé sur les revenus provenant de l'activité résiduelle exercée auprès de l'entreprise familiale Auto-école Y._____, ainsi que sur les rentes – perçue (AVS), respectivement susceptible d'être perçue (rente française) – de retraite de l'intimé ; il n'a pas retenu les revenus qui résulteraient de l'activité complémentaire de moniteur d'auto-école poids lourds invoquée par l'appelante, sans s'en expliquer davantage, mais en relevant que l'intéressé avait accédé à l'âge de la retraite et continuait néanmoins d'exercer une activité résiduelle afin de pouvoir contribuer à son propre entretien et à celui de sa fille. Implicitement, il apparaît que la

décision attaquée a pour l'essentiel considéré que l'on ne pouvait raisonnablement exiger de l'intimé qu'il travaille davantage vu son accession à l'âge de la retraite.

Cette appréciation ne peut être suivie. En effet, il ne ressort en l'occurrence pas du dossier que l'intimé connaîtrait des problèmes de santé, ni que sa retraite aurait été motivée par de tels problèmes, ce qu'il n'a d'ailleurs jamais allégué. Au demeurant, l'intéressé ne prétend pas avoir cessé toute activité lucrative : il invoque la baisse de son activité au sein de l'Auto-école Y._____, entreprise qu'il dirigeait jusqu'au 31 décembre 2016 et qu'il a remise depuis lors à son fils, pour une activité résiduelle dans ce contexte de 30%, qui est destinée à perdurer selon le témoignage de X._____. Dans son mémoire de réponse du 10 août 2017, l'intimé admet 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 H._____ 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'intimé a réalisé un revenu mensuel net moyen de 3'553 fr. par mois, montant qui n'est pas remis en cause en appel. Il résulte par ailleurs des factures produites sur réquisition en mains de tiers par l'Auto-école H._____ que lors des mois de janvier à avril 2017, celle-ci a facturé un montant total de 2'700 fr., soit 675 fr. par mois, pour la location de camions et de remorques par l'intimé 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'est un montant de 11'125 fr. qui a été facturé par l'entreprise H._____ entre octobre 2015 et décembre 2016, soit 741 fr. 70 par mois, pour la location de camions et de remorques par l'intimé dans le cadre de cent soixante-cinq leçons pour les catégories précitées dispensées à tout le moins à seize élèves différents. La différence entre les montants mensuels précités, inférieure à 10%, est minime et n'indique pas une baisse d'activité significative, contrairement à ce que paraît retenir la décision attaquée ; il apparaît au contraire que, comme l'a allégué

l'appelante, l'intimé complète de façon non négligeable ses revenus par ce biais.

Indépendant, l'intimé a été en mesure d'influer sur l'âge de son départ à la retraite, ainsi que cela ressort de l'ensemble de la procédure et qu'il l'alléguait d'ailleurs lui-même dans sa requête du 3 février 2015 en indiquant qu'âgé de 63 ans, il envisageait « de prendre une pré-retraite » (all. 47). 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 est peu compatible avec des problèmes de santé empêchant l'exercice d'une activité lucrative.

Dans ces conditions, conformément à la jurisprudence susmentionnée (cf. *supra* consid. 3.2.4) et contrairement à ce qui ressort implicitement de l'ordonnance entreprise, le fait que l'intimé ait atteint l'âge de la retraite n'empêche pas qu'un revenu hypothétique lui soit imputé 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 encore exercée et surtout des exigences accrues qui peuvent être posées quant à l'épuisement de sa capacité de gain du fait qu'il s'agit de contribuer à l'entretien d'une enfant encore mineure. En considération du caractère volontaire de la réduction de l'activité professionnelle, il n'y a pas lieu d'imputer un délai d'adaptation à l'intimé avant la prise en compte d'un revenu hypothétique (cf. TF 5A_184/2015 du 22 janvier 2016, publié in FamPra.ch 2016 p. 532).

3.4 Il résulte de l'état de fait de la décision attaquée, qui n'est pas contesté sous cet angle, que précédemment à la transmission de son entreprise, au 31 décembre 2016 selon ses dires, l'intimé a perçu dans le cadre de son activité indépendante à la tête de l'Auto-école Y. _____ un bénéfice annuel net de 87'827 fr. en 2011, de 88'832 fr. en 2012, de 77'060 fr. en 2013, de 56'271 fr. 51 en 2014 et de 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 francs. On ignore le bénéfice net réalisé par

l'Auto-école Y. _____ en 2016, qui ne ressort pas du dossier. On relève enfin que les variations des revenus précités ne reflètent pas une tendance manifeste à la baisse et qu'il ressort des déclarations du témoin X. _____ que si le secteur rencontre des difficultés, l'entreprise familiale n'en fait pas les frais, la situation « restant stationnaire » et la concurrence étant plus vive en ville de Lausanne.

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

Il s'avère en définitive que l'intimé ne peut se prévaloir d'une baisse significative des revenus tirés de son activité professionnelle qui ne lui serait pas imputable, étant rappelé que la contribution d'entretien dont l'intéressé demande la modification 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. Pour le surplus, il n'invoque aucun autre élément concrétisant une modification sensible des circonstances susceptibles d'influer sur ses charges ou celles des crédientières. Dans ces conditions, il faut constater qu'il ne se justifie pas de revoir la réglementation existante quant au montant de la contribution d'entretien, ce qui implique de rejeter la requête de mesures provisionnelles de l'intéressé du 6 mars 2017.

4.

4.1 Compte tenu des considérants qui précèdent, l'appel doit être admis et l'ordonnance réformée en ce sens que la requête de mesures

protectrices de l'union conjugale formée par B.Z._____ le 6 mars 2017 est rejetée.

4.2 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). A teneur de l'art. 106 al. 1 CPC, les frais – qui comprennent selon l'art. 95 al. 1 CPC les frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) et les dépens (art. 95 al. 3 CPC) – sont mis à la charge de la partie succombante.

En l'occurrence, les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale sont exemptes de frais judiciaires en première instance (art. 37 al. 3 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; RSV 211.02]).

Dans la mesure où, devant le premier juge, l'appelante a pris ses conclusions en rejet de la requête de l'intimé sous suite de frais et dépens et qu'elle a fait appel de l'ordonnance sous suite de frais et dépens de première et deuxième instances, l'appelante a droit à des dépens de première instance, lesquels seront fixés à 2'000 fr. (art. 6 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]), à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

4.3 Vu l'issue de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'intimé (art. 106 al. 1 CPC).

La charge des dépens est évaluée à 1'200 fr. pour chaque partie (art. 7 TDC), de sorte que, compte tenu de ce que les frais – comprenant les frais judiciaires et les dépens – doivent être mis à la charge de l'intimé, celui-ci versera à l'appelante la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

4.4 Lorsque la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire obtient gain de cause, le conseil juridique commis d'office est rémunéré

équitablement par le canton si les dépens ne peuvent être obtenus de la partie adverse ou s'ils ne le seront vraisemblablement pas ; le canton est subrogé à concurrence du montant versé à compter du jour du paiement (art. 122 al. 2 CPC).

Le conseil d'office a droit au remboursement de ses débours et à un défraiement équitable, qui est fixé en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps qu'il y a consacré ; le juge apprécie l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès et applique un tarif horaire de 180 fr. s'agissant d'un avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ [Règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; RSV 211.02.3]).

En l'espèce, Me Michel Dupuis a produit une liste de ses opérations le 2 octobre 2017, faisant état d'un temps consacré à la procédure d'appel de 4 heures et 42 minutes, ainsi que de débours d'un montant de 56 fr. 05, comprenant des frais de photocopies par 13 fr. 20.

Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, cette durée peut être admise. Quant aux frais de photocopies mentionnés dans les débours, ils sont compris dans les frais généraux couverts par le tarif horaire applicable et doivent par conséquent être exclus (CREC 14 novembre 2013/377). Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Dupuis doit être fixée à 846 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 42 fr. 85 et la TVA sur le tout par 71 fr. 10, soit 959 fr. 95 au total, montant arrondi à 960 francs.

L'indemnité d'office de Me Dupuis sera supportée par le Canton dans la mesure de l'art. 122 al. 2 CPC.

4.5 Enfin, l'appelante est rendue attentive au fait qu'elle est tenue au remboursement de l'indemnité du conseil d'office provisoirement laissée à la charge de l'Etat dès qu'elle sera en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC).

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

- I.** L'appel est admis.

- II.** Il est statué à nouveau comme il suit :
 - I.** La requête de mesures protectrices de l'union conjugale formée le 6 mars 2017 par B.Z. _____ est rejetée.

 - II.** L'ordonnance est rendue sans frais judiciaires de première instance.

 - III.** B.Z. _____ versera à A.Z. _____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de première instance.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'intimé B.Z. _____.

- IV.** L'indemnité de Me Michel Dupuis, conseil d'office de l'appelante A.Z. _____, est arrêtée à 960 fr. (neuf cent soixante francs), TVA et débours compris.

- V.** L'intimé B.Z. _____ versera à l'appelante la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

- VI.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du

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

- Me Michel Dupuis (pour A.Z. _____),
- Me Tiphonie Chappuis (pour B.Z. _____),

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

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

La Juge déléguée 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).

Le greffier :