

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 6 février 2014

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE, juge déléguée
Greffier : Mme Pache

Art. 286 al. 2 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.K.**_____, à Crissier, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 28 octobre 2013 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.K.**_____, à Freienstein, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 28 octobre 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 30 septembre 2013 par A.K._____ (I), réglé la question des frais et de l'assistance judiciaire (II et III), dit que A.K._____ doit verser à B.K._____ la somme de 1'050 fr. à titre de dépens (IV) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (V).

En droit, la première juge a considéré que A.K._____ ne démontrait nullement vouloir s'installer dans la vie professionnelle et obtenir ainsi un revenu propre à contribuer à l'entretien des siens, mais s'obstinait à vouloir perpétuellement se former et acquérir de nouveaux diplômes. Elle a ainsi constaté que l'appelant n'avait pas démontré que sa situation personnelle et professionnelle se soit modifiée d'une façon telle que cela justifierait une diminution de la contribution d'entretien due pour ses enfants au stade des mesures provisionnelles. Au contraire, alors même que le jugement de divorce lui imposait un revenu hypothétique, en tenant compte d'un éventuel emploi qu'il pouvait, à ce stade, trouver facilement, A.K._____ continuait à soutenir la nécessité d'obtenir des diplômes supplémentaires. Au surplus, il a été relevé qu'avec un revenu hypothétique de 5'000 à 7'000 fr. net par mois, le minimum vital du débirentier était largement couvert, même avec un loyer important.

B. a) Par acte du 8 novembre 2013, A.K._____ a fait appel de l'ordonnance précitée, concluant, sous suite de frais, à sa réforme en ce sens que les conclusions provisionnelles prises au pied de la requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles déposée le 30 septembre 2013 sont admises et qu'il contribuera à l'entretien de ses enfants M.K._____ et N.K._____ par le versement régulier d'une pension de 100 fr. par enfant, payable d'avance le 1^{er} de chaque mois sur le compte postal de leur mère, tant qu'il sera en formation, qu'il n'est pas tenu de

verser de frais judiciaires et qu'il n'est pas tenu de verser de dépens à B.K._____. A.K._____ a en outre requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de l'ordonnance entreprise et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir. Il a produit un onglet de pièces sous bordereau.

Par décision rendue le 27 novembre 2013, la juge déléguée de céans a accordé à l'appelant le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 8 novembre 2013 dans la procédure d'appel l'opposant à B.K._____, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Regina Andrade Ortuno.

b) Par réponse du 9 décembre 2013, B.K._____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Elle a également requis d'être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

Par décision rendue le 12 décembre 2013, la Juge déléguée de céans a accordé à l'intimée le bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 9 décembre 2013 dans la procédure d'appel l'opposant à A.K._____, sous forme d'exonération d'avances et des frais judiciaires et d'assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Nadia Calabria.

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

1. Le requérant A.K._____, né le [...] 1974, et l'intimée B.K._____, née [...] le [...] 1975, se sont mariés le [...] 2000.

Deux enfants sont issus de cette union :

- M.K._____, née le [...] 2002, et

- N.K._____, né le [...] 2006.

Le requérant est également le père de C._____, né le 21 septembre 1995.

Par jugement rendu le 28 mai 2009, le Juge unique du Tribunal du district de Bülach a prononcé le divorce des époux A.K._____ et B.K._____. Ce magistrat a attribué l'autorité parentale et la garde sur les enfants M.K._____ et N.K._____ à l'intimée et a fixé le droit de visite en faveur du père. Il a en outre astreint le requérant au paiement d'une contribution d'entretien, pour chacun de ses enfants, d'un montant de :

- 500 fr. dès le 1^{er} août 2009 et jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 12 ans;
- 650 fr. dès lors et jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 16 ans, et
- 950 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou la fin de la formation de l'enfant.

A l'époque du jugement de divorce, le requérant émargeait aux services sociaux de Prilly. Néanmoins, dans son jugement, le Juge unique a retenu que A.K._____ devait être en mesure de réaliser un salaire oscillant entre 5'000 et 7'000 fr. par mois en raison de ses nombreuses formations et expériences professionnelles et lui a donc imputé un revenu hypothétique correspondant à ce montant.

2. Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du

30 septembre 2013, le requérant a conclu à ce que la contribution d'entretien pour ses enfants soit ramenée à 100 fr. chacun dès le 1^{er} septembre 2013 et jusqu'à droit connu sur le fond.

Par décision du 2 octobre 2013, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles.

L'audience de mesures provisionnelles s'est tenue le 22 octobre 2013 en présence des parties, assistées de leur conseil respectif.

3. a) Le requérant a obtenu en 2001 un diplôme de chimie de la haute école de Sion. Après un court stage de quatre mois auprès de la [...] à Genève, le requérant a effectué un séjour linguistique de six mois aux Etats-Unis. A son retour en Suisse en 2002, ce dernier a travaillé, pendant deux ans et demi, en tant que « broker » et réalisé à ce titre un salaire mensuel net de l'ordre de 7'000 francs. En parallèle, le requérant a tenté d'ouvrir un "Online-Shop", projet qui a toutefois échoué en 2005. Il a ensuite décidé de se former en qualité d'expert en finance, en cours d'emploi, et a été engagé en tant que comptable dans une société pharmaceutique à Genève. Il réalisait à ce titre un revenu de l'ordre de 5'000 fr. par mois. Il a finalement changé d'employeur pour travailler pour le compte de la Banque [...] à Lausanne, tout en continuant sa formation d'expert en finance. Toutefois, après seulement quelques mois dans son nouveau poste, soit fin 2006, le requérant s'est retrouvé en congé maladie suite à un burn out et a décidé de mettre un terme à sa formation. Par la suite, il a séjourné au Canada et en Côte d'Ivoire, où il travaillait de manière occasionnelle, pour finalement revenir, le 1^{er} février 2009, en Suisse, où il s'est inscrit à l'aide sociale de Prilly. Après le jugement de divorce, le requérant est reparti au Canada, où il a obtenu une maîtrise HEC en contrôle de gestion en 2012. Une fois ce diplôme en poche, il est rentré en Suisse où il a, à nouveau, commencé un emploi à Genève. Comme il ne pouvait, selon ses dires, supporter de travailler de manière statique devant un écran d'ordinateur toute la journée, il a mis un terme à cet emploi. Désireux de se diriger dans l'enseignement, il a entrepris une formation à la Haute-Ecole pédagogique (ci-après HEP) de Lausanne dès le mois d'août 2013. Cette formation devrait durer trois ans.

A.K._____ a justifié son voyage au Canada par le fait qu'il fallait être titulaire d'une maîtrise dans la branche visée pour enseigner le droit et l'économie au niveau secondaire et que dès lors, son bachelor en chimie ne lui était d'aucune utilité à ce stade. A la lecture de l'attestation de la HEP, il semble toutefois que le requérant est actuellement en

formation pour obtenir un diplôme d'enseignement pour le degré secondaire I, dans les disciplines sciences naturelles et mathématiques. A.K._____ a exposé que c'est sur suggestion de son conseiller aux études qu'il a accepté d'attendre sa seconde année de formation à la HEP pour suivre la didactique des matières droit et économique et que ce n'est que par manque de place dans le secondaire II qu'il travaillait dans le secondaire I. En effet, depuis l'automne 2013, le requérant travaille à temps partiel comme maître stagiaire de l'enseignement obligatoire, pour un revenu mensuel brut, part au 13^{ème} salaire comprise, de 3'746 fr. 30.

b) Il ressort de divers certificats médicaux établis par les Drs [...], médecin associé, [...] et [...], médecins assistants au Service de psychiatrie générale du CHUV, et par la Dresse [...], psychiatre psychothérapeute FMH, que A.K._____ a été en incapacité totale de travail du 12 mars au 8 avril 2007, du 17 au 23 avril 2007 et enfin du 14 au 30 mai 2007. Selon un rapport du 28 juin 2007 des Drs [...] et [...], respectivement professeur associé et médecin assistante au Service de neurologie du CHUV, le requérant a fait un bref séjour dans ce service du 22 au 23 juin 2007. Ces spécialistes ont posé le diagnostic de migraines acéphalalgiques. Ils ont constaté que le patient, qui était connu depuis l'enfance pour des migraines avec aura, travaillait comme comptable à 100 % et décrivait depuis 5 à 6 mois une période de surmenage associée à une fatigue et une diminution de l'activité physique avec prise pondérale de 15 kg. Ils ont également relevé ce qui suit : "Le 22 juin à 22h30, alors qu'il termine un repas au restaurant, le patient décrit la survenue d'un goût amer sur la côté gauche de la langue associé à une sensation de bouche pâteuse. 10 minutes plus tard, s'ajoute une vision floue, associée à une injection conjonctivale, sans céphalée, ni hoquet, ni signes neurovégétatifs. Au lever, il constate une difficulté à se déplacer en raison d'une parésie de l'hémicorps droit, associée à un mutisme. L'ensemble de la symptomatologie évolue, dans un 2^{ème} temps, favorablement avec disparition des symptômes après une heure. Le status neurologique d'entrée n'est donc pas pathologique. Un Ct scan cérébral avec un angio-Ct, qui s'avèrent dans les limites de la norme, excluent une dissection vertébrale. Au vu des antécédents connus de migraines chez le patient, du

tableau clinique initial et de l'amendement rapide et spontané de l'ensemble des symptômes, associés à une imagerie cérébrale dans les limites de la norme, ainsi qu'une recherche négative de vasculite, nous retenons le diagnostic de migraines acéphalalgiques et organisons un suivi « céphalées » ambulatoirement."

c) Les charges mensuelles incompressibles du requérant sont les suivantes :

- base mensuelle adulte	1'200 fr.
- loyer, y compris charges	1'647 fr.
- assurance-maladie	330 fr. 25
- frais de transport	330 fr.
- frais de repas	<u>217 fr.</u>
Total	3'724 fr. 25

En droit :

1. a) L'art. 308 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) ouvre la voie de l'appel contre les ordonnances de mesures provisionnelles rendues dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les prononcés de mesures provisionnelles étant régis par la procédure sommaire (art. 248 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]).

b) En l'espèce, la décision rendue 28 octobre 2013 a été notifiée au conseil de A.K._____ le lendemain. Le délai d'appel a ainsi commencé à courir le 30 octobre 2013. Déposé le 8 novembre 2013, l'appel a été interjeté en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92

al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs. Il est donc formellement recevable.

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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249-1250). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. pp. 134 à 136).

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; Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 317 CPC, p. 1265). 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 et les références citées). Ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire (ATF 138 III 625 c. 2.2), le cas où le premier juge a violé cette maxime en omettant de faire porter l'instruction sur un point pertinent demeurant réservé, mais pas aux litiges relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

c) En l'espèce, le litige porte sur la contribution alimentaire due à des enfants mineurs. Dès lors, la maxime inquisitoire illimitée s'applique et les pièces produites par l'appelant sont recevables.

3. L'appelant reproche au premier juge d'avoir maintenu le revenu hypothétique que lui avait imputé le juge du divorce en 2009 et qui était basé sur ses revenus à l'époque où il travaillait dans le domaine de la finance. Il soutient qu'il est incapable pour des raisons de santé de travailler dans ce domaine, raison pour laquelle il a décidé de se reclasser dans l'enseignement de l'économie et du droit, et qu'il lui est dès lors impossible de gagner plus d'argent tout en suivant sa nouvelle formation. Il allègue qu'il a fait un burn-out fin 2006 et début 2007, soit précisément au moment où il travaillait dans le domaine de la finance, et qu'il a aussi subi, en juin 2007, soit à la même période, un épisode de migraines céphalalgiques particulièrement éprouvant. Il soutient qu'il est considéré par le corps médical comme inapte à un emploi dans la finance, avec son lot de stress intense. Il fait en outre valoir que lors du jugement de divorce, personne n'a pu attirer son attention sur l'importance de son état de santé pour l'appréciation de sa capacité contributive, en particulier suite à son burn-out, arguant que ce n'est pas parce qu'il a refusé de faire appel à l'assurance-invalidité à l'époque de son AVC et de son burn-out qu'il n'a pas le droit de se réorienter.

a) Selon l'art. 286 al. 2 CC, applicable par le renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, si la situation change notablement, le père, la mère ou l'enfant peuvent demander au juge de modifier ou supprimer la contribution d'entretien. Cette modification ou suppression n'est possible que si les circonstances ayant prévalu à la fixation originale de la contribution ont subi un changement notable et, en principe, durable ; elle doit a fortiori n'être envisagée que dans la perspective du bien de l'enfant (Breitschmid, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., 2010, n. 3 et 4 ad art. 134 CC, pp. 904-905; TF 5A_324/2009 du 25 mars 2010 c. 2.1.; ATF 120 II 177 c. 3a) ; elle peut intervenir sans qu'il soit besoin d'examiner si les faits

nouveaux invoqués pour la justifier étaient ou non prévisibles au jour du premier jugement (ATF 131 III 189 c. 2.7.4, JT 2005 I 324 ; ATF 128 III 305 c. 5b, JT 2003 I 50 ; TF 5C_214/2004 du 16 mars 2005 c. 2.1 ; Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, n. 67 ad art. 286 CC, p. 385 ; Breitschmid, op. cit., n. 11 ad art. 286 CC, p. 1545). On présume néanmoins que la contribution d'entretien a été fixée en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables (TF 5A_562/2011 du 21 février 2012 c. 4.2, rés. RMA 2012 p. 300). La procédure de modification ne doit pas viser à réexaminer ou corriger le jugement de divorce, mais à l'adapter aux circonstances nouvelles survenues chez les parents ou chez l'enfant (ATF 131 III 189 c. 2.7.4; ATF 120 II 177 c. 3a). Ainsi, le juge de la modification est lié par les constatations de fait sur lesquelles s'est fondé le juge du divorce, notamment quant aux revenus respectifs des parties au moment du divorce (TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.2.; ATF 117 II 359 c. 6, JT 1994 I 322). Pour déterminer si la situation a notablement changé, au point qu'une autre décision s'impose, il faut examiner dans quelle mesure les capacités financières et les besoins respectifs des parties ont évolué depuis le divorce (TF 5A_324/2009 du 25 mars 2010 c. 2.1; ATF 131 III 189 c. 2.7.4). La proportion entre les pensions et les revenus du débirentier telle qu'arrêtée dans la convention sur les effets accessoires du divorce doit en principe être respectée en cas de modification du jugement de divorce (ATF 108 II 30 c. 8, JT 1984 I 255).

La modification d'un jugement de divorce sur la question du sort des enfants est régie par l'art. 134 CC (art. 284 al. 1 CPC). Aux termes de l'art. 284 al. 3 CPC, la procédure de divorce sur requête unilatérale s'applique par analogie à la procédure contentieuse de modification. Le Code de procédure civile ne règle pas expressément la question des mesures provisionnelles dans le cadre d'une telle procédure. Toutefois, en tant que disposition générale de la procédure de divorce (art. 271 ss CPC), l'art. 276 CPC relatif aux mesures provisionnelles devrait également s'appliquer par analogie dans le cadre d'une procédure en modification de jugement de divorce (Sutter-Somm/Seiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen

Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 32 ad art. 284 CPC, p. 1671 s.; van der Graaf, in Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010, n. 6 ad art. 284 CPC, p. 1099; Siehr, in Basler Kommentar, Bâle 2010, n. 8 ad art. 284 CPC, p. 1384; Schwenger, FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, Berne 2011, n. 52 ad art. 129 CC, p. 318; contra Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 8 ad art. 276 CPC, p. 1088, qui considère que les procédures en divorce et en modification de divorce présentent des différences telles qu'il serait plus satisfaisant de soumettre les mesures provisionnelles requises en cas de modification du jugement de divorce aux règles ordinaires concernant la protection provisionnelle, notamment les art. 261 ss CPC). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile reste inchangée. Selon celle-ci, la suppression à titre provisionnel d'une contribution d'entretien dans le cadre d'une procédure de modification de jugement de divorce n'est admise que restrictivement et présuppose une urgence et des circonstances particulières (ATF 118 II 228; TF 5P.101/2005 du 12 août 2005 c. 3; Tappy, Commentaire romand, n. 4 ad art. 137 CC; Juge délégué CACI 26 janvier 2012 c. 3 b) bb).

Des mesures provisionnelles dans un procès en modification ne peuvent ainsi être ordonnées que sur la base de circonstances de fait limpides, qui permettent d'évaluer de manière suffisamment fiable l'issue prévisible du procès au fond (TF 5P_415/2004 du 5 janvier 2005 c. 3.1; TF 5P_349/2001 du 6 novembre 2001 c. 4 et TF 5P_269/2004 du 3 novembre 2004 c. 2, avec références à Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 1980, n. 91 ad art. 153 aCC). Le pronostic se rapporte à la question de savoir si une modification notable et durable des circonstances justifie de réduire ou de supprimer une contribution d'entretien fixée par un jugement entré en force, ce qu'il incombe à la partie qui requiert des mesures provisionnelles de rendre vraisemblable sur la base d'éléments objectifs (TF 5P_415/2004 du 5 janvier 2005 c. 3.1; ATF 118 II 378 c. 3b; ATF 120 II 393 c. 4c). En outre, le débiteur d'entretien, demandeur au procès en modification, qui requiert la réduction ou la suppression de la contribution d'entretien à titre provisionnel doit rendre vraisemblable que le maintien de la contribution d'entretien pendant la durée du procès en modification risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, lequel doit être mis en balance

avec le préjudice que subirait le créancier d'entretien, défendeur au procès en modification, en cas d'octroi des mesures provisionnelles sollicitées (Bohnet, CPC commenté, n. 14 et 17 ad art. 261 CPC). Comme pour toutes les mesures provisionnelles, le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (cf. ATF 131 III 473 c. 2.3; Juge délégué CACI 6 juillet 2012/316; Juge délégué CACI 7 août 2013/391).

b) Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes: tout d'abord, il doit juger si l'on peut raisonnablement exiger de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé; il s'agit d'une question de droit (arrêts précités TF 5A_99/2011 c. 7.4.1; TF 5A_18/2011 c. 3.1.1; TF 5A_290/2010 c. 3.1). Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant; il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement devoir accomplir. Ensuite, il doit examiner si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2 p. 108; ATF 128 III 4 c. 4c/bb pp. 7s).

Le débirentier qui décide de changer d'orientation professionnelle, alors qu'il sait, ou doit savoir, qu'il doit assumer des obligations d'entretien, peut raisonnablement se voir imputer un revenu hypothétique, ce avec effet rétroactif au jour de la diminution (ATF 137 III 118 c. 3.1 p. 121), si le changement professionnel envisagé par le débirentier implique une diminution significative de son revenu par rapport à celui qu'il pouvait réaliser grâce à son précédent emploi, d'une part, et s'il ne démontre pas avoir entrepris des démarches sérieuses afin de concrétiser sa réorientation professionnelle, d'autre part (TF 5A_100/2012 du 30 août 2012 c. 4.1.1).

En présence de conditions financières modestes et s'agissant du calcul de la contribution envers un enfant mineur, des exigences particulièrement élevées doivent être posées quant à la mise à profit de la capacité de gain du parent débirentier. Les critères valables en matière d'assurance-chômage ne peuvent pas être repris sans autre considération. Il faut aussi tenir compte des possibilités de gain qui n'exigent pas de formation professionnelle achevée et se situent dans la tranche des bas salaires (ATF 137 III 118 c. 3.1, JT 2011 II 486; TF 5A_21/2012 du 3 mai 2012 c. 3.3). Les parents doivent ainsi s'adapter tant du point de vue professionnel que du point de vue spatial pour épuisier de manière maximale leur capacité de travail (TF 5A_513/2012 du 17 octobre 2012 c. 5, in La Pratique de la famille [FamPra.ch] 2013 p. 236). De manière générale, on peut retenir que plus la situation financière est précaire, plus il apparaît justifié d'imputer un revenu hypothétique lors du calcul des contributions dues (Burgat, Le revenu hypothétique en cas de séparation ou de divorce, Newsletter DroitMatrimonial.ch septembre 2011; Juge délégué CACI 15 août 2012/382).

c) La modification ou la suppression d'une contribution d'entretien n'est possible que si les circonstances ayant prévalu à la fixation originale de la contribution ont subi un changement notable et, en principe, durable. A l'appui de son appel, l'appelant a produit de nombreux certificats médicaux attestant son incapacité de travail à 100 %

du 13 mars 2007 au 30 mai 2007 environ, avec de brèves périodes d'interruption. Ces documents ne précisent toutefois pas la pathologie qui a provoqué ces incapacités de travail. Le diagnostic de burn-out n'a en particulier pas été posé et certains certificats médicaux établis par des praticiens différents concernent les mêmes périodes.

Comme grief à l'encontre de l'ordonnance attaquée, l'appelant allègue qu'en raison de son burn-out de 2006/2007, il lui est impossible de travailler dans le monde stressant de la finance, de sorte qu'un revenu hypothétique de 5'000 à 7'000 fr. ne saurait être retenu. Force est toutefois de constater que, dans son jugement du 28 mai 2009, le juge du divorce avait connaissance du burn-out de l'appelant, puisqu'il en a fait mention dans le jugement rendu, et que malgré cela, il a considéré en se basant sur le parcours professionnel et académique de l'appelant que celui-ci était en mesure d'obtenir un revenu mensuel compris entre 5'000 et 7'000 francs. Cette interprétation prête d'autant moins le flanc à la critique que le fait que l'appelant ait présenté un burn-out en travaillant auprès d'un employeur particulier ne signifie pas encore qu'il ne pouvait pas travailler auprès d'un autre employeur dans le même secteur d'activité ou que son activité habituelle n'était pas adaptée à son état de santé. Les faits invoqués par l'appelant ne sont dès lors pas nouveaux et sa procédure en modification du jugement de divorce vise *prima facie* à réexaminer le jugement de divorce, mais non à l'adapter à des circonstances nouvelles, ce qui est contraire à l'art. 286 CC.

L'appelant soutient également qu'il est incapable sur le plan médical d'exercer une activité dans le domaine de la finance ou de travailler dans une position statique devant un ordinateur durant plusieurs heures. Aucune des pièces fournies par l'appelant ne permet toutefois d'établir que le corps médical s'oppose ou lui déconseille de travailler dans la finance ou devant un ordinateur pendant plusieurs heures. En effet, le rapport du 28 juin 2007 ne mentionne pas d'AVC, mais des migraines acéphalalgiques. Le status neurologique n'était pas pathologique et le CT scan était dans la norme. Seul un suivi "céphalées" en ambulatoire a été

proposé ensuite de cet épisode de migraines. En outre, l'appelant décrit le 28 juin 2007 une période de surmenage depuis cinq à six mois alors qu'en réalité, il n'était en incapacité de travail que depuis deux mois et demi. Les autres certificats médicaux, qui ne font qu'attester des incapacités de travail, n'apportent pas d'éléments de nature à prouver les allégations de l'appelant et le fait que celui-ci ait présenté une incapacité de travail de deux mois et demi ou un épisode de migraines dans un emploi particulier ne signifie pas encore qu'il présente une atteinte à la santé durable et importante l'empêchant d'exercer toute activité dans les secteurs de la finance ou de la gestion. Il est par ailleurs retourné à ce type d'activité de mars à juillet 2013.

En ce qui concerne les limitations fonctionnelles décrites par l'appelant, outre le fait qu'elles ne sont pas établies, on imagine mal qu'il puisse parvenir à de bons résultats dans ses études sans consacrer quotidiennement plusieurs heures à la lecture, la pratique et l'établissement de rapports ou travaux écrits à l'aide des outils informatiques. Partant, il convient de maintenir le salaire hypothétique retenu tant au moment du divorce que par l'ordonnance attaquée. L'âge et les différentes, mais nombreuses, formations de l'appelant, doivent lui permettre de trouver une situation professionnelle stable afin qu'il assume ses responsabilités de père.

A l'instar du premier juge, on constate que l'appelant ayant acquis depuis le jugement du divorce, en plus de ses autres formations, un master HEC en contrôle de gestion, il est à même de trouver, dans ce domaine ou dans celui de la finance, un emploi apte à lui procurer un revenu à tout le moins identique à celui retenu dans le jugement de divorce. En effet, rien ne l'obligeait à reprendre des études, alors qu'il avait des obligations familiales à respecter. Par conséquent, l'appelant n'a pas démontré que sa situation personnelle et professionnelle s'est modifiée d'une façon telle que cela justifierait une diminution de la contribution d'entretien due pour ses enfants au stade des mesures provisionnelles. L'appelant continue à soutenir la nécessité d'obtenir des diplômes supplémentaires, alors même que le jugement de divorce lui

imposait un revenu hypothétique, en tenant compte d'un éventuel emploi qu'il pouvait, à ce stade, trouver facilement.

Enfin, on ne peut que confirmer le constat du premier juge selon lequel la contribution d'entretien fixée par le jugement de divorce n'entame pas le minimum vital de l'appelant. En effet, avec un revenu hypothétique de 5'000 fr. à 7'000 fr., le minimum vital de l'appelant, même avec un loyer important au vu de sa situation personnelle, est largement couvert. Ainsi, la contribution d'entretien due ne doit pas non plus être modifiée sur cette base.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et l'ordonnance confirmée.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 3 TFJC), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC), dès lors que l'appelant qui succombe bénéficie de l'assistance judiciaire.

En sa qualité de conseil d'office de l'appelant, Me Regina Andrade Ortuno a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Celle-ci a produit une liste des opérations indiquant 9.59 heures consacrées à la procédure de deuxième instance. Vu le litige, d'une relative simplicité, et les opérations effectuées, ce décompte paraît légèrement excessif et doit être réduit. Une indemnité correspondant à 7.59 heures, dont 1.34 heures de travail d'avocat, au tarif horaire de 180 fr. hors TVA, et 6.25 heures de travail d'avocat-stagiaire, au tarif horaire de 110 fr. (art. 2 al. 1 let. a et b RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile, RSV 211.02.3]), apparaît suffisante et adéquate au regard des opérations effectuées. L'indemnité d'office due à Me Andrade Ortuno doit ainsi être arrêtée à 987 fr. 83 pour ses honoraires, plus 79 fr. 02 de TVA au taux de 8% et un montant de 89 fr. 65, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 1'156 fr. 50.

Me Nadia Calabria, conseil d'office de l'intimée, a également droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel. Celle-ci a produit une liste des opérations indiquant 3.36 heures consacrées à la procédure de deuxième instance. L'indemnité d'office due à Me Calabria doit ainsi être arrêtée à 648 fr. pour ses honoraires, plus 51 fr. 85 de TVA et 27 fr. 95, TVA comprise, pour ses débours, soit une indemnité totale de 727 fr. 80.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

L'appelant ayant succombé, des dépens de deuxième instance, arrêtés à 800 fr., sont mis à sa charge en faveur de l'intimée (art. 122 al. 1 let. d CPC).

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. L'ordonnance est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV. L'indemnité d'office de Me Andrade Ortuno, conseil d'office de l'appelant, est arrêtée à 1'156 fr. 50 (mille cent cinquante-six francs et cinquante centimes), celle de Me Calabria, conseil d'office de l'intimée, à 727 fr. 80 (sept cent vingt-sept francs et huitante centimes).

- V. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaires sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI. L'appelant A.K._____ doit verser à l'intimée B.K._____ la somme de 800 fr. (huit cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du 7 février 2014

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

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 Regina Andrade Ortuno (pour A.K._____),

- Me Nadia Calabria (pour B.K. _____).

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), 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 Lausanne.

La greffière :