

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 5 novembre 2012

Présidence de M. ABRECHT, juge délégué
Greffier : Mme Michod Pfister

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC

Statuant à huis clos sur les appels interjetés par **S.**_____, à Lausanne, requérante, et **A.E.**_____, à Lausanne, intimé, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 15 août 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant les parties, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 15 août 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a dit que la requérante S. _____ contribuera à l'entretien de l'intimé A.E. _____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de fr. 500.- (cinq cents francs), pendant une durée de six mois, dès et y compris le 1^{er} mai 2012 (I), et a déclaré cette décision, rendue sans frais, immédiatement exécutoire nonobstant appel (II).

En droit, le premier juge a considéré que les documents produits ne justifiaient pas la baisse à 80% du taux d'activité de la mère de l'enfant ni l'incompatibilité de la prise en charge de l'enfant B.E. _____ avec un travail à plein temps, tel que celui que l'épouse effectuait jusqu'au 1^{er} juillet 2012. Le revenu mensuel net à prendre en considération pour l'épouse restait donc celui qui était le sien au moment de la séparation et avant la diminution de son taux d'activité, soit un montant de 4'682 fr., treizième salaire compris, respectivement 4'320 fr., en chiffres ronds, si l'on ne prenait pas en compte le treizième salaire. Compte tenu de ses charges incompressibles qui totalisaient 3'780 fr., l'épouse bénéficiait ainsi d'un solde disponible de 902 fr., respectivement 540 fr., treizième salaire non compris. Le mari étant au RI et ne pouvant en l'état subvenir lui-même à son entretien, une contribution d'entretien devait, en raison de la solidarité conjugale, être mise à la charge de la requérante, les prestations sociales étant subsidiaires au devoir d'entretien du conjoint. Cette contribution d'entretien devait toutefois être limitée dans le temps, dès lors que la réconciliation des époux n'apparaissait guère envisageable, aux dires de l'épouse, et en raison de la très courte durée de la vie commune, de même que du mariage. En définitive, les problèmes de santé de l'enfant B.E. _____ pouvant engendrer des frais extraordinaires et inopinés, le premier juge a considéré qu'il convenait de laisser à l'épouse une réserve pour les imprévus et de fixer la contribution d'entretien due en faveur du mari à 500 fr. par mois, dès le 1^{er} mai 2012 et ce pour une durée de six mois. Au

vu de la durée limitée à six mois du versement de la pension, soit jusqu'au mois d'octobre 2012, il n'y avait pas lieu de tenir compte du treizième salaire de l'épouse qu'elle ne percevrait pas durant la période concernée, le montant disponible à prendre en considération s'élevant à 540 francs.

B. **a)** Par acte du 27 août 2012, remis à la poste le même jour, S._____, par son conseil, a interjeté appel contre l'ordonnance du 15 août 2012, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation, la cause étant renvoyée à la première instance.

Elle a également présenté une requête d'effet suspensif, que le juge délégué a rejetée par ordonnance du 4 septembre 2012.

La requérante a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, comprenant l'assistance d'office d'un avocat en la personne de l'avocat Jacques-Henri Bron, par ordonnance du juge délégué du 24 septembre 2012.

b) Par acte du 27 août 2012, remis à la poste le même jour, A.E._____, représenté par son conseil, a également interjeté appel contre l'ordonnance du 15 août 2012, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme au chiffre I de son dispositif en ce sens qu'il soit dit que la requérante S._____ contribuera à l'entretien de l'intimé A.E._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'100 fr. (mille cent francs), dès et y compris le 1^{er} mai 2012.

L'intimé ayant sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire, il a été informé le 4 septembre 2012 qu'il était en l'état dispensé de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

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

a) S._____ et A.E._____ se sont mariés le [...] 2011 à Lomé, au Togo. Un enfant est issu de cette union, B.E._____, né le [...] 2011 à Lausanne. L'enfant souffre d'une trisomie 21, affection congénitale qui nécessite une prise en charge régulière ainsi que des traitements spécialisés durant toute l'enfance.

Le mari est demeuré au Togo jusqu'au 1^{er} mars 2012, date à laquelle il a rejoint son épouse à Lausanne.

b) Le 26 avril 2012, l'épouse a saisi le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale, alléguant notamment que la vie commune s'était révélée d'emblée difficile, que le mari avait rapidement adopté une attitude agressive et méprisante à son égard et qu'elle avait dû se réfugier au Foyer Malley-Prairie.

Par convention de mesures protectrices de l'union conjugale signée à l'audience du 2 mai 2012, convention ratifiée sur le siège par le président pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties ont convenu de ce qui suit :

« I. La requérante S._____ et l'intimé A.E._____ conviennent de vivre séparés pour une durée de six mois.

II. La garde de l'enfant B.E._____, né le [...] 2011, est confiée à sa mère.

III. Le père exercera son droit de visite sur son enfant B.E._____, né le [...] 2011, deux week-end par mois, à l'intérieur des locaux du Point Rencontre, en fonction du calendrier d'ouverture et conformément au règlement et aux principes de fonctionnement de Point Rencontre, qui sont obligatoires pour les deux parents.

Chacun des parents est tenu de prendre contact avec le Point Rencontre désigné pour un entretien préalable à la mise en place des visites.

IV. La jouissance de l'appartement conjugal, sis Avenue [...] 7, à [...] Lausanne, est attribuée à la requérante, à charge pour elle d'en payer le loyer et les charges.

L'intimé est autorisé à demeurer au domicile conjugal jusqu'au 30 mai 2012 au plus tard, délai non prolongeable et irrévocable, étant précisé qu'il pourra quitter l'appartement en emportant avec lui ses effets personnels et de quoi se meubler sommairement.

L'intimé s'engage à quitter l'appartement ce vendredi 4 mai 2012 de 11.30 heures à 18.00 heures afin de permettre à la requérante d'emporter avec elle ce dont elle a besoin.

Une fois qu'il aura déménagé, l'intimé s'engage formellement à ne plus pénétrer dans l'immeuble où se trouve l'appartement conjugal.

V. Parties réservent leur droit de réclamer ultérieurement une contribution d'entretien, selon les charges qu'elles auront à assumer et les revenus qu'elles percevront.

VI. Les parties produiront d'ici au 15 mai 2012 tout document à même d'établir leurs revenus, leurs charges et leurs situations matérielles respectives, ainsi que les recherches d'emploi de l'intimé. »

c) Le 15 mai 2012, la requérante a produit des pièces, conformément au chiffre VI de la convention précitée, et s'est déterminée sur la question d'une éventuelle contribution d'entretien en faveur de son mari.

Le même jour, l'intimé a produit des pièces sur sa situation financière et a confirmé ses conclusions tendant au versement d'une

contribution d'entretien par son épouse. Par courrier du 16 mai 2012, il a chiffré la contribution d'entretien réclamée à son épouse en sa faveur à 1'550 fr. par mois, dès le 1^{er} mai 2012.

La requérante a conclu au rejet des conclusions prises par le mari dans son courrier du 16 mai 2012.

d) Les parties ont été entendues à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 2 juillet 2012, assistées de leurs conseils respectifs. Elles ont été requises de produire des pièces à l'issue de l'audience.

e) La situation respective des parties est la suivante :

aa) S._____ travaille au [...] au sein de deux services différents, soit l'[...] et l'[...]. Jusqu'au 1^{er} juillet 2012, le cumul de ces deux postes correspondait à une activité à plein temps pour un revenu mensuel net de 4'682 fr., treizième salaire compris, allocations familiales en sus.

Dès le 1^{er} juillet 2012, l'épouse a réduit son taux d'activité à 80%, son salaire se montant désormais à 3'745 fr., treizième salaire compris, allocations familiales en sus. Elle a produit à l'appui de la diminution de son activité professionnelle un certificat médical établi le 25 avril 2012 par le pédiatre de B.E._____, le Dr [...], ainsi libellé :

« B.E._____, né le [...].2011

Fils de S._____ et A.E._____, domiciliés à [...] à [...]

Le médecin soussigné certifie être le médecin traitant de l'enfant susnommé.

B.E._____ souffre d'une trisomie 21, affection congénitale qui nécessite une prise en charge médicale régulière ainsi que des traitements spécialisés durant toute l'enfance. »

Il ressort d'un second certificat établi par le Dr [...] le 19 juin 2012 que « B.E. _____ subit une surveillance régulière en raison d'une malformation cardiaque associée et est actuellement au bénéfice d'un traitement hebdomadaire de physiothérapie. Par ailleurs, une éducatrice du Service Educatif Itinérant a également été sollicitée pour la prise en charge développementale de B.E. _____ à raison d'une fois par semaine ».

B.E. _____ nécessite des soins particuliers et à long terme. Il suit déjà un traitement de physiothérapie à raison d'une séance par semaine auprès de [...] à [...] et d'une séance par semaine auprès d'une éducatrice spécialisée pour sa prise en charge développementale.

Les charges mensuelles incompressibles de l'épouse sont les suivantes :

- base mensuelle pour elle-même	1'350 fr.	
- base mensuelle de B.E. _____		400 fr.
- loyer	680 fr.	
- primes d'assurance-maladie	490 fr.	
- place de parc CHUV	70 fr.	
- frais de transport (voiture)	250 fr.	
- frais de repas à l'extérieur	200 fr.	
- frais médicaux	40 fr.	
- frais de garderie		<u>210 fr.</u>
Total	3'690 fr.	

bb) L'intimé a rejoint son épouse et leur enfant en Suisse le 1^{er} mars 2012. Il a quitté l'emploi qu'il occupait depuis dix ans comme assistant de direction au sein d'un lycée au Togo pour vivre avec sa famille.

Les parties ont rapidement connu des difficultés conjugales et la séparation effective du couple date du 23 avril 2012.

L'intimé parle bien français et a suivi des études dans son pays d'origine. Il paraît ainsi en mesure d'intégrer rapidement le marché du travail et de trouver un emploi stable, lui permettant d'acquérir non seulement une autonomie financière mais également la capacité de pourvoir à l'entretien des siens, à tout le moins de son enfant.

Toutefois, en l'état, il dépend de l'aide sociale, qui complète les gains intermédiaires qu'il réalise comme intérimaire.

Il a notamment signé le 15 mai 2012 un contrat de travail d'aide de cuisine sur appel avec [...] qui devrait lui permettre de réaliser, à raison d'environ 3 heures par semaine, un salaire brut de l'ordre de 260 fr. par mois.

En avril 2012, il a perçu du RI un montant de 1'073 fr. 35, correspondant à son minimum vital par 1'100 fr., sous déduction de 36 fr. 35 au titre de franchise sur salaire.

Les charges mensuelles incompressibles de l'intimé sont les suivantes:

- base mensuelle	1'200 fr.
- droit de visite	150 fr.
- loyer	860 fr.
- frais de recherches d'emploi	<u>150 fr.</u>
Total	2'360 fr.

Il convient de préciser que la prime d'assurance-maladie de l'intimé s'élève à 406 fr. 10 par mois. Toutefois, en tant que bénéficiaire de l'aide sociale, celle-ci devrait être totalement subsidiée. Pour le surplus, son loyer comprend une place de parc, qu'il pourrait louer dès lors qu'il n'en a pas l'usage.

En droit :

1. a) 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 (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272 ; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 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 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 sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

b) En l'espèce, tant l'appel de l'épouse que celui du mari ont été déposés en temps utile et l'on peut considérer que la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr. pour chacun des appels, dès lors que l'appel de l'épouse ne porte pas seulement sur la contribution d'entretien mensuelle de 500 fr. qu'elle a été condamnée à verser à son mari pour une durée de six mois, mais également sur la fixation de la contribution qu'elle réclame à son mari pour l'entretien de l'enfant B.E._____.

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 (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). Des *novas* peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, *op. cit.*, pp. 136-137 ; Jeandin, in CPC commenté, Bâle 2011, n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées).

3. Il convient d'examiner en premier lieu l'appel de l'épouse, qui tend exclusivement à l'annulation de l'ordonnance attaquée.

a) L'art. 311 al. 1 CPC exige uniquement que l'appel soit écrit et motivé ; à l'instar cependant de l'acte introductif d'instance (art. 202 al. 2 CPC pour la procédure de conciliation, art. 221 al. 1 let. b CPC pour la procédure ordinaire, art. 244 al. 1 let. b pour la procédure simplifiée, art. 252 CPC en lien avec les art. 219 et 221 al. let. b CPC pour la procédure sommaire et 290 let. b à d CPC pour la procédure de divorce), l'acte d'appel doit également contenir des conclusions (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 4.2.2 et les références citées). Celles-ci doivent être rédigées d'une manière suffisamment précise pour pouvoir être reprises telles quelles dans le dispositif de la décision à rendre ; il s'ensuit qu'en matière pécuniaire, les conclusions d'appel doivent être chiffrées (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 4.3 et 4.4 et les références citées). Cette exigence vaut également, devant l'instance d'appel, pour la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille, même lorsque le juge établit les faits d'office, conformément à la maxime inquisitoire selon l'art. 272 CPC, et n'est pas lié par les conclusions des

parties, conformément à la maxime d'office selon l'art. 296 al. 3 CPC (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 4.5 et 5 et les références citées). Il n'appartient pas à l'instance d'appel de fixer un délai à l'appelant pour faire préciser ses conclusions si celles-ci ne sont pas suffisamment précises, l'art. 132 al. 1 et 2 CPC ne s'appliquant pas dans une telle situation (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 6.4).

L'irrecevabilité de conclusions d'appel au motif que celles-ci ne sont pas chiffrées peut toutefois contrevenir au principe de l'interdiction du formalisme excessif ; l'instance d'appel doit ainsi, à titre exceptionnel, entrer en matière lorsque le montant réclamé ressort de la motivation de l'appel, à tout le moins mise en relation avec le dispositif de la décision attaquée (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 6.1 et 6.2).

b) L'appel ordinaire de l'art. 308 CPC déploie principalement un effet réformatoire, ce qui signifie que l'instance d'appel est en mesure de statuer elle-même sur le fond en rendant une décision qui tranche le fond du litige et se substitue à la décision de première instance (Jeandin, op. cit., n. 2 et 3 ad art. 311 CPC). L'appelant ne saurait dès lors – sous peine d'irrecevabilité – se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée, mais doit, au contraire, prendre des conclusions au fond permettant à l'instance d'appel de statuer à nouveau (Jeandin, op. cit., n. 4 ad art. 311 CPC; Reetz/Theiler, ZPO-Kommentar, n. 34 ad art. 311 CPC). Une conclusion en annulation liée à une conclusion en renvoi de la cause à l'autorité précédente peut tout au plus entrer en ligne de compte lorsque l'autorité d'appel ne pourrait décider elle-même et devrait renvoyer la cause au premier juge, soit qu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé, soit que l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c CPC; Hungerbühler, DIKE-Kommentar, n. 17 ad art. 311 CPC ; Juge délégué CACI 30 avril 2012/200 c. 2a ; Juge délégué CACI 1^{er} novembre 2011/329). Le renvoi devant l'instance précédente demeure l'exception, si bien que l'art. 318 al. 1 let. c CPC doit s'interpréter restrictivement (Jeandin, op. cit., n. 4 ad art. 318 CPC; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 148). Pour le surplus, il ne saurait être remédié à des conclusions déficientes par l'octroi

d'un délai pour guérir le vice au sens de l'art. 132 CPC (ATF 137 III 617, rés. in SJ 2012 I 373, c. 6.4; Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 3 12 CPC).

c) En l'espèce, les conclusions prises par l'appelante S. _____ tendent exclusivement à l'annulation de l'ordonnance attaquée et au renvoi de la cause au premier juge. Dans la mesure où ces conclusions sont prises par une partie assistée d'un mandataire professionnel, elles sont dénuées d'ambiguïté et ne sauraient être interprétées comme tendant à la réforme de l'ordonnance attaquée. Elles ne sont au demeurant pas chiffrées.

A l'appui de ses conclusions, l'appelante reproche au premier juge de ne pas avoir statué sur sa conclusion, prise à l'audience du 2 juillet 2012 et inscrite au procès-verbal (cf. art. 252 al. 2 CPC), tendant à la fixation de la contribution due par le mari pour l'entretien de l'enfant B.E. _____, d'avoir instruit de manière lacunaire sur les revenus du mari, et d'avoir fixé la contribution d'entretien due par l'épouse à son mari en considérant à tort que la base du taux d'activité de l'épouse relevait d'un choix personnel et en prenant donc en compte un revenu correspondant à une activité à plein temps.

Or on ne voit pas pourquoi la Cour de céans, à supposer que les griefs de l'appelante doivent être accueillis favorablement, ne serait pas en mesure de statuer elle-même sur le fond en rendant une décision qui tranche le fond du litige et se substitue à la décision de première instance. Le premier juge a exposé, sur la base des preuves administrées en première instance, tous les éléments nécessaires pour qu'il puisse être statué tant sur les conclusions du mari tendant au versement par l'épouse d'une contribution à son entretien que sur les conclusions de l'épouse tendant au versement par le mari d'une contribution à l'entretien de l'enfant B.E. _____. Compte tenu de son pouvoir d'examen, la cour de céans aurait ainsi été parfaitement en mesure de statuer elle-même tant sur le montant de la contribution d'entretien qui serait due par le mari pour l'entretien de son enfant si l'on devait retenir, au contraire du premier juge, qu'une telle contribution n'entamerait pas le minimum vital

du débirentier, que sur le principe et le montant de la contribution de l'épouse à l'entretien du mari.

d) Il résulte de ce qui précède que l'appel de S. _____ ne peut qu'être déclaré irrecevable.

4. Il convient dès lors d'examiner l'appel du mari, qui tend à la réforme de l'ordonnance entreprise en ce sens que la pension due par son épouse soit fixée à 1'100 fr. (mille cent francs) par mois et soit due pour une durée indéterminée.

a) L'autorité d'appel pouvant revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance, il y a lieu à cet égard d'examiner en premier lieu, avant même la question du montant et de la durée d'une éventuelle contribution de l'épouse à l'entretien du mari, la question de savoir si l'épouse dispose des ressources nécessaires pour couvrir ses propres charges incompressibles et celles de l'enfant dont elle a la garde. En effet, en vertu du droit à des conditions minimales d'existence garanti par l'art. 12 Cst. (ATF 121 I 367 c. 2), l'obligation d'entretien trouve sa limite dans la capacité contributive du débiteur d'entretien, en ce sens que le minimum vital de celui-ci doit être préservé (ATF 137 III 59 c. 4.2.1 ; 135 III 66 c. 2; 126 I 353 c. 1a/aa; 123 III 1 c. 3b/bb et 5 in fine).

b) D'après l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Dans les cas – les plus nombreux – où les parties ne sont pas dans une situation matérielle favorable (sur cette notion : TF 5A_288/2008 du 27 août 2008 c. 5.4), le juge peut fixer la contribution d'entretien en appliquant la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, qui consiste à évaluer les ressources respectives des conjoints, puis à calculer leurs charges en se fondant sur le minimum vital du droit des poursuites (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1]), élargi des dépenses incompressibles, enfin à répartir le solde

disponible, après couverture de leurs charges respectives, de manière égale entre eux (TF 5P.504/2006 du 22 février 2007 c. 2.2.1; TF 5C.180/2002 du 20 décembre 2002 c. 5.2.2, in FamPra.ch 2003, pp. 428 ss, notamment p. 430 et les réf. citées), étant précisé que lorsqu'un époux a encore la charge d'un ou plusieurs enfants, la répartition du solde disponible doit se faire selon une proportion équitable, généralement de 60 % - 40 % ou de deux tiers - un tiers (Perrin, La méthode du minimum vital, in SJ 1993, p. 447).

Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien en se fondant, en principe, sur le revenu effectif réalisé par chacun des époux. Il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3) - qu'elle puisse raisonnablement être exigée de celui-ci (TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 c. 4; ATF 128 III 4 c. 4, JT 2002 I 294 c. 4 et les réf. citées). La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal; il s'agit simplement d'inciter le débiteur à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 précité c. 4a; TF 5C.40/2003 du 6 juin 2003 c. 2.1.1 partiellement paru aux ATF 129 III 577; TF 5A_685/2007 du 26 février 2008 c. 2.3; TF 5A_170/2007 du 27 juin 2007 c. 3.1).

Toutefois, la capacité de pourvoir soi-même à son entretien est susceptible d'être limitée totalement ou partiellement par la charge que représente la garde des enfants. Une activité lucrative apparaît exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'autorité parentale, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison; en revanche, la reprise d'une activité lucrative ne peut raisonnablement être exigée lorsqu'un époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants (ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2 et les réf. citées).

c/aa) En l'espèce, il est constant qu'au moment de la naissance de son fils B.E. _____, le [...] 2011, S. _____ était employée à plein temps au [...], soit à 70% à la [...] et à 30% à [...]. Ses revenus mensuels nets s'élevaient alors à 3'010 fr. 95 et 1'311 fr. 75, soit 4'322 fr. 70 servis treize fois l'an. Le cumul de ces deux postes correspondait ainsi à une activité à plein temps pour un revenu mensuel net de 4'682 fr., treizième salaire compris, allocations familiales en sus.

Il résulte du dossier et des explications de l'épouse que celle-ci a repris son travail le 15 mai 2012 après son congé maternité et ses vacances et qu'elle a alors rapidement réalisé qu'elle ne pouvait continuer à s'occuper de son fils B.E. _____ tout en poursuivant son activité à plein temps. Selon les certificats médicaux établis les 25 avril et 19 juin 2012 par la pédiatre de l'enfant, la Dresse [...], B.E. _____ est porteur d'une trisomie 21, affection congénitale qui nécessite une prise en charge médicale régulière ainsi que des traitements spécialisés durant toute l'enfance ; il est et sera au bénéfice de nombreuses prises en charge spécialisées ; il subit une surveillance régulière en raison d'une malformation cardiaque associée et est actuellement au bénéfice d'un traitement hebdomadaire de physiothérapie ; par ailleurs, une éducatrice du Service Educatif Itinérant a également été sollicitée pour la prise en charge développementale de B.E. _____ à raison d'une fois par semaine. Ainsi, afin de pouvoir s'occuper de son fils qui devait suivre des thérapies à raison de plusieurs heures par semaine, l'épouse a demandé à son employeur de pouvoir réduire à 80% son taux d'activité professionnelle, soit de passer de 30% à 20% à [...] et de 70% à 60% à la [...], ce qui lui a été accordé avec effet au 1^{er} juillet 2012. Depuis cette date, son salaire mensuel s'élève à 3'745 fr., treizième salaire compris, allocations familiales en sus.

Contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, on ne saurait considérer que la réduction par l'appelante S. _____ de son taux d'activité, en raison de la naissance et du handicap de son fils et dès qu'elle a pu constater que la prise en charge de celui-ci ne serait pas possible en travaillant à 100%, ne ressortit pas d'un simple choix

personnel qui justifierait de lui imputer, en dépit de la réduction effective de son taux d'activité et donc de ses revenus, un salaire correspondant une activité à 100% telle qu'exercée jusqu'au 30 juin 2012. En effet, il est établi que l'enfant, porteur de trisomie 21, est et sera au bénéfice de nombreuses prises en charge spécialisées qui impliquent une mobilisation de la mère de l'enfant à chaque prise en charge, qu'il s'agisse pour l'heure d'une visite médicale, de soins de physiothérapie ou de la visite hebdomadaire de l'éducatrice du Service éducatif itinérant. On ne saurait ainsi reprocher à l'épouse de faire preuve de mauvaise volonté en travaillant à 80% au lieu de 100% et l'on ne peut lui demander raisonnablement de faire un effort supplémentaire, la naissance de B.E. _____ et son handicap constituant un changement important dans sa situation qui justifie objectivement un taux d'activité légèrement réduit.

Il s'ensuit que c'est un revenu de 3'745 fr., treizième salaire compris, correspondant au taux d'activité effectif de 80%, qui doit être pris en compte pour l'épouse.

bb) S'agissant des charges incompressibles de S. _____, celles-ci se présentent comme suit :

- base mensuelle pour elle-même	1'350 fr.	
- base mensuelle de B.E. _____		400 fr.
- loyer	680 fr.	
- primes d'assurance-maladie	490 fr.	
- place de parc CHUV	70 fr.	
- frais de transport (voiture)	250 fr.	
- frais de repas à l'extérieur	200 fr.	
- frais médicaux	40 fr.	
- frais de garderie		<u>210 fr.</u>
Total	3'690 fr.	

Contrairement à ce que soutient l'appelant A.E. _____, il ne ressort pas du bulletin de salaire de l'épouse que les frais de repas seraient d'ores et déjà pris en charge par son employeur, mais bien que

certaines frais de repas lui sont facturés par retenue sur son salaire. Il sied en outre de rappeler qu'au vu de la situation financière précaire, il n'a pas été tenu compte dans les charges ci-dessus de la charge fiscale de l'épouse qui s'élève à quelque 600 fr. par mois.

cc) Il apparaît ainsi que le salaire de S. _____ (3'745 fr.) permet juste de couvrir ses charges incompressibles (3'690 fr.), sans compter les impôts, le solde positif n'étant que de 55 francs. En prenant en compte le fait que les problèmes de santé de l'enfant B.E. _____ peuvent engendrer des frais extraordinaires et inopinés, de sorte qu'il convient de laisser à l'épouse une réserve pour les imprévus, comme l'a retenu à raison le premier juge, force est de constater que l'épouse n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien de son mari sans entamer son minimum vital et celui de l'enfant B.E. _____.

dd) Il résulte de ce qui précède que l'appel du mari, manifestement mal fondé, doit être rejeté.

5. a) En conclusion, l'appel de l'épouse doit être déclaré irrecevable (cf. c. 3 supra), tandis que celui du mari doit être rejeté (cf. c. 4 supra), ce qui entraîne la confirmation de l'ordonnance entreprise.

b) L'épouse plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, les frais judiciaires de deuxième instance afférents à son appel, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarifs des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront laissés à la charge de l'Etat (art.122 al. 1 let. b CPC).

L'indemnité d'office de Me Jacques-Henri Bron, conseil d'office de S. _____, pour la procédure de deuxième instance sera arrêtée à 1'252 fr. 80, comprenant un défraiement de 1'080 fr., des débours de 80 fr. et la TVA sur ces montants par 92 fr. 80 (art. 122 al. 2 CPC ; art. 2 al. 1 RAJ [Règlement du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3]).

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

c) La requête d'assistance judiciaire de A.E. _____ doit être rejetée dans la mesure où son appel, manifestement mal fondé, était dénué de chance de succès (art. 117 al. 1 let. b CPC). Par conséquent, les frais judiciaires de deuxième instance afférents à cet appel, qui doivent être arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC), seront mis à la charge de l'appelant A.E. _____, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

d) Aucune des parties n'ayant été invitée à se déterminer sur l'appel de l'autre (cf. art. 312 al. 1 CPC), il n'y a pas lieu d'allouer de dépens de deuxième instance.

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

- I.** L'appel de S. _____, est irrecevable.
- II.** L'appel d'A.E. _____ est rejeté.
- III.** L'ordonnance est confirmée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel de S. _____, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

- V.** L'indemnité d'office de Me Jacques-Henri Bron, conseil d'office de S._____, est arrêtée à 1'252 fr. 80 (mille deux cent cinquante-deux francs et huitante centimes), TVA et débours compris.

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

- VII.** La requête d'assistance judiciaire de A.E._____ est rejetée.

- VIII.** Les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel d'A.E._____, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de ce dernier.

- IX.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance,

- X.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 7 novembre 2012.

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 Jacques-Henri Bron (pour S. _____),
- Me Gilles Monnier (pour A.E. _____).

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 :

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

La greffière :