

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 15 décembre 2011

---

Présidence de M. GIROUD, juge délégué  
Greffier : M. Schwab

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 CC; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.J.**\_\_\_\_\_, à Leysin, requérant, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 14 octobre 2011 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.J.**\_\_\_\_\_, à Le Sépey, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 octobre 2011, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a astreint A.J.\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.J.\_\_\_\_\_, d'un montant de 1'270 fr., allocations familiales en sus, dès et y compris le 1<sup>er</sup> octobre 2011 (I), ordonné à l'assurance chômage de A.J.\_\_\_\_\_ ou à tout prestataire de revenus, employeur, compte bancaire indépendant, etc., de prélever directement sur les revenus de A.J.\_\_\_\_\_ la pension courante d'un montant de 1'270 francs pour verser sur le compte que B.J.\_\_\_\_\_ détient auprès de la Banque Cantonale Vaudoise de [...], n° [...] (II), rendu la prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale sans frais ni dépens (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a considéré qu'aucun motif ne justifiait une modification de la contribution d'entretien mise à la charge de A.J.\_\_\_\_\_ au bénéfice de son épouse et de leurs enfants. Il a retenu qu'un revenu hypothétique de l'ordre de 5'000 fr. par mois devait être imputé à A.J.\_\_\_\_\_, compte tenu de sa formation professionnelle. Il a également retenu que le requérant ne payait aucun loyer mais qu'il devait s'acquitter d'un montant de 500 fr. par mois à titre de dépenses courantes telles que gaz, eau, électricité et petites réparations. Le premier juge a au surplus constaté que A.J.\_\_\_\_\_ ne payait pas régulièrement la pension prévue pour l'entretien de son épouse et de leurs enfants et a ainsi confirmé l'avis au débiteur ordonné le 30 juin 2011 par décision de mesures superprovisionnelles.

**B.** Par mémoire motivé du 27 octobre 2011, A.J.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre ce prononcé en concluant, avec suite de frais et dépens, à l'admission de l'appel (I), à la réforme du chiffre I du dispositif du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 octobre

2011 en ce sens que " A.J.\_\_\_\_\_ est libéré du versement d'une contribution d'entretien pour les siens" (II) et à l'annulation du chiffre II de ce dispositif (III).

A l'appui de son appel, A.J.\_\_\_\_\_ a produit un bordereau de pièces, soit la décision attaquée, un arrêt du juge délégué de la Cour d'appel civile du 12 mai 2011, un rapport établi par le Service de psychiatrie et psychothérapie d'enfants et d'adolescents du 18 juillet 2011, une lettre de la Municipalité de [...] datée du 25 octobre 2011, une attestation du Service de l'emploi du 20 octobre 2011, un ordre de paiement, un contrat-cadre pour crédit hypothécaire signé le 8 septembre 2011, une facture du 30 septembre 2011 concernant les charges courantes du logement de l'appelant, un lot de correspondances ainsi qu'une attestation des prestations allouées à l'appelant par son assurance maladie pour l'année 2011.

L'appelant a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance, qui lui a été accordé par décision du 9 novembre 2011.

Par mémoire du 6 décembre 2011, B.J.\_\_\_\_\_ s'est déterminée sur l'appel, concluant, sous suite de frais et dépens, à son rejet et au maintien du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 14 octobre 2011.

A l'appui de sa réponse, l'intimée a produit un bordereau de pièces, soit un rapport d'évaluation du Service de protection de la jeunesse du 24 novembre 2009 ainsi que deux extraits internet.

L'intimée a également requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance, qui lui a été accordé par décision du 8 décembre 2011.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé entrepris complété par les pièces du dossier :

A.J.\_\_\_\_\_, né le [...] 1971, et B.J.\_\_\_\_\_, née le [...] 1971, se sont mariés le [...] 1995 devant l'Officier d'Etat civil d'Ormont-Dessous.

Deux enfants sont issus de cette union, C.J.\_\_\_\_\_, né le [...] 1997, et D.J.\_\_\_\_\_, née le [...] 2003.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 juin 2010, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment autorisé les parties à vivre séparées pour une durée indéterminée (II), confié la garde sur les enfants C.J.\_\_\_\_\_, né le [...] 1997, et D.J.\_\_\_\_\_, née le [...] 2003, à B.J.\_\_\_\_\_ (III), dit que A.J.\_\_\_\_\_ pourra avoir ses enfants 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 à midi puis après la sortie des classes, à charge pour lui de reconduire ses enfants à l'école l'après-midi et de les ramener au Centre sportif de [...] à l'issue de son droit de visite, soit à 19 heures (IV), attribué la jouissance du domicile conjugal, sis [...], à B.J.\_\_\_\_\_ jusqu'au 31 août 2010, date à laquelle elle devra, au plus tard, quitter ledit domicile dont la jouissance sera dès lors attribuée à A.J.\_\_\_\_\_, à charge pour la partie qui y réside d'en acquitter les charges (V), dit que A.J.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'un montant de 695 francs, allocations familiales en sus, payables d'avance le premier de chaque mois, sur le compte bancaire de B.J.\_\_\_\_\_ dès et y compris le 1<sup>er</sup> mars 2010 (VI), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII) et rendu le prononcé sans frais ni dépens (VIII).

Par arrêt sur appel du 12 octobre 2010, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment dit que A.J.\_\_\_\_\_ pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi soir à 18 heures au dimanche soir à 18 heures, ainsi que tous les mercredis à la sortie des classes, à charge pour lui de les ramener chez leur mère à 19 heures (IV), confié au Service de protection de la jeunesse un mandat de

surveillance selon l'art. 307 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), pour les enfants C.J.\_\_\_\_\_ et D.J.\_\_\_\_\_ (V), ordonné la mise en œuvre d'une évaluation pédo-psychiatrique des enfants par laquelle la compétence parentale de B.J.\_\_\_\_\_ et A.J.\_\_\_\_\_ sera examinée, l'expert ayant pour mission en particulier de faire toutes propositions utiles quant à l'autorité parentale, la garde ainsi que les relations personnelles (VI), désigné en qualité d'expert le Service de psychiatrie et psychothérapie de l'enfant et de l'adolescent, à [...] (VII), dit que les frais d'expertise seront partagés par moitié entre les parties (VIII), arrêté les frais et émoluments du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois à 500 fr. à la charge de A.J.\_\_\_\_\_ (IX), alloué à B.J.\_\_\_\_\_ une indemnité de 500 fr., TVA en sus, à titre de participation aux honoraires et débours de son conseil, à charge de A.J.\_\_\_\_\_ (X), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XI) et déclaré l'arrêt immédiatement exécutoire, nonobstant recours (XII).

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 29 mars 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que A.J.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.J.\_\_\_\_\_, d'un montant de 220 fr., allocations familiales en sus, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (I), dit que A.J.\_\_\_\_\_ pourra avoir ses enfants auprès de lui un week-end sur deux du vendredi dès la sortie des classes au lundi matin début de l'école, à charge pour lui d'aller les chercher à l'école et de les y ramener, tous les mercredis dès la sortie des classes à midi jusqu'à 19h15, à charge pour lui d'aller les chercher à l'école et de les ramener chez leur mère, et la semaine lorsqu'il n'exerce pas son droit de visite le week-end, du mercredi dès la sortie des classes à midi jusqu'au jeudi matin début de l'école, à charge pour lui d'aller les chercher à l'école et de les y ramener (II), rendu le prononcé sans frais ni dépens (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

Par arrêt du 12 mai 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a notamment réformé le chiffre I du dispositif

du prononcé rendu le 29 mars 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois en ce sens que A.J.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de B.J.\_\_\_\_\_, d'un montant de 1'270 fr., allocations familiales non comprises, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, et confirmé ledit prononcé pour le surplus (II), admis la requête d'assistance judiciaire de A.J.\_\_\_\_\_, Me Irène Wettstein Martin étant désignée conseil d'office avec effet au 29 avril 2011 dans la procédure d'appel (III), dit que les frais judiciaires de deuxième instance, arrêté à 300 fr. pour B.J.\_\_\_\_\_ et à 300 fr. pour A.J.\_\_\_\_\_, sont laissés à la charge de l'Etat (IV), dit que l'indemnité d'office de Me Laure Chappaz, conseil de B.J.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'591 francs et 90 centimes, et celle de Me Irène Wettstein Martin, conseil de A.J.\_\_\_\_\_, à 896 fr. 40 (V), dit que les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272), tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat (VI), dit que les dépens de deuxième instance sont compensés (VII) et que l'arrêt motivé est exécutoire (VIII).

Par requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 septembre 2011, A.J.\_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à titre de mesures superprovisionnelles, à ce qu'il soit libéré du paiement de toute contribution d'entretien à l'égard des siens (I) et, à titre de mesures protectrices de l'union conjugale, à ce qu'il soit libéré du paiement de toute contribution d'entretien en faveur des siens (I).

Par détermination du 6 septembre 2011, B.J.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises dans la requête du 5 septembre 2011 à titre provisionnel et superprovisionnel.

Le 7 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesure d'extrême urgence du 5 septembre 2011.

L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale s'est tenue le 29 septembre 2011. A cette occasion, la sœur de A.J. \_\_\_\_\_ a été entendue en qualité de témoin. Il ressort de ses déclarations qu'elle est copropriétaire du chalet dans lequel l'appelant vit, que celui-ci ne paie pas de loyer, qu'elle exige toutefois que son frère paie un montant mensuel de 1'500 francs pour habiter dans ce chalet, que A.J. \_\_\_\_\_ est censé s'acquitter des charges mensuelles de cette habitation depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2011 et qu'il aurait payé les intérêts hypothécaires du chalet, l'électricité ainsi que les frais de gaz qui représentent un montant de 450 fr. par mois.

A cette audience, l'appelant a précisé que le salaire le plus important qu'il avait touché avant la faillite de sa société était de 5'800 fr. par mois pour un taux d'activité de 100 %. Il a également déclaré qu'il s'acquitterait des différentes factures liées à l'occupation du chalet, à l'exemple des intérêts hypothécaires et des primes de l'assurance incendie, mais qu'il ne verserait pas un montant de 1'500 fr. par mois à sa mère.

L'appelant a une formation d'économiste d'entreprise. Il n'exerce cependant aucune activité lucrative. En effet, il a mis un terme à l'activité indépendante de vendeur de pièces détachées pour les automobiles qu'il avait développée dans le courant de l'année 2010 et son mandat, exercé à mi-temps, en qualité de municipal de sa commune de domicile a pris fin au 30 juin 2011, à défaut de réélection au mois de mars 2011. L'appelant reçoit des indemnités de l'assurance-chômage, qui s'élèvent à 2'700 fr. par mois. Ses charges mensuelles comprennent un montant de base relatif au minimum vital de 1'200 fr., un montant de 150 fr. pour l'exercice de son droit de visite, des primes d'assurance maladie de 341 fr. 35 ainsi qu'un montant de 100 fr. au titre de frais de recherches d'emploi. A.J. \_\_\_\_\_ et sa sœur sont copropriétaires du chalet qu'il occupe seul. Leur mère bénéficie sur ce chalet d'un droit d'habitation qu'elle n'exerce pas.

L'intimée n'a pas d'activité lucrative et perçoit un montant de 2'267 fr. par mois à titre d'indemnités de l'assurance-chômage. Ses charges mensuelles comprennent un montant de base relatif au minimum vital de 1'350 fr., un montant de base relatif au minimum vital des deux enfants du couple de 1'000 fr., des primes d'assurance maladie pour elle et ses enfants de 35 francs (le solde étant subsidié) ainsi qu'un montant de 100 fr. au titre de frais de recherches d'emploi.

### **En droit :**

**1. a)** Le prononcé attaqué a été rendu le 14 octobre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

**b)** L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquels doivent être considérés 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 JT 2010 III 115, spéc. p. 121) dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En présence d'un prononcé cumulant des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales inférieures à 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, pour autant que les conclusions non patrimoniales restent litigieuses et ne paraissent pas secondaires (Tappy, op. cit., in JT 2010 III 115, p. 126). Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis 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). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

**c)** Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est 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. 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).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les novas sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., p. 115 ; Hohl, Procédure

civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Par ailleurs, des novae peuvent être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, op. cit., p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415. p. 438).

**c)** En l'espèce, les parties ont produit de nouvelles pièces à l'appui de leurs mémoires respectifs. Une partie de celles-ci étant antérieures à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale, la question de leur recevabilité se pose puisqu'elles auraient dû être produites en première instance. Il n'y a cependant pas lieu d'examiner cette question plus avant, dès lors que le présent litige concerne des enfants mineurs et qu'au vu des principes énoncés ci-dessus (supra c. 2b), les pièces produites en appel sont de toute manière recevables.

**3. a)** Dans un premier moyen, l'appelant conteste le montant de la contribution d'entretien mise à sa charge. Il estime qu'un revenu hypothétique de 5'000 fr. par mois ne peut lui être imputé. Il prétend qu'il n'est pas établi qu'une formation d'économiste pourrait lui procurer un revenu mensuel net de 5'000 fr. au moins et considère que le premier juge n'a pas motivé sa décision puisqu'il n'a pas indiqué le type d'activité concrète qu'il pourrait exercer pour un tel revenu. Il fait au surplus valoir qu'il a mis un terme à son activité professionnelle au terme d'un délai visant à déterminer la rentabilité de son entreprise, soit à la fin du mois de juin 2011, et que ce n'est qu'à ce moment qu'il aurait dû effectuer des recherches d'emploi. Il considère enfin qu'il ne devrait pas avoir à rechercher une activité à plein temps, compte tenu du droit de visite élargi dont il bénéficie et de ses problèmes de santé.

**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) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle 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 déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une 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. 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 qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication).

Ensuite, le juge doit établir 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 128 III 4 c. 4c/bb; ATF 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philipp Mühlauer, *Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz*, Zurich 2011; ATF 137 III 118 c. 3.2; TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication).

Si l'intéressé omet d'effectuer les démarches raisonnables en vue de reprendre une activité lucrative, il peut se voir imputer dans le calcul de l'entretien le revenu qu'il aurait été en mesure de réaliser, mais qu'il a omis de réaliser. Une imputation rétroactive du revenu effectivement non réalisé est licite dans ces circonstances (TF 5A\_848/2010 du 4 avril 2011, FamPra.ch. 2011 n° 40 p. 717).

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.).

Le fait qu'un débirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale (ATF 137 III 118 c. 3.1; TF, 5A\_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.3). C'est pourquoi, le versement régulier d'indemnités de chômage sans suspension ou l'octroi d'un revenu d'insertion constitue tout au plus un indice permettant de retenir, en fait, qu'une personne a entrepris tout ce qu'on pouvait raisonnablement exiger d'elle pour éviter de se trouver sans revenus et, partant, qu'elle a fait des recherches pour retrouver un emploi (TF 5A\_248/2011 du 14 novembre 2011 c. 4.1.; TF

5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.2, destiné à la publication; TF 5A\_724/2009 du 26 avril 2010 c. 5.3, publié in FamPra.ch 2010 673).

**c)** En l'espèce, il est établi qu'après avoir travaillé en qualité de municipal à mi-temps jusqu'au 30 juin 2011 et avoir mis un terme à son activité indépendante de vendeur, l'appelant s'est inscrit au chômage. Il percevait des indemnités mensuelles de 2'700 fr.. Le premier juge a fixé un montant de 5'000 fr. à titre de revenu hypothétique imputable à A.J.\_\_\_\_\_ en considérant que celui-ci savait depuis le mois de mars 2011 que son mandat de municipal ne serait pas renouvelé, qu'il n'a pas immédiatement recherché un nouvel emploi et qu'il dispose d'une formation d'économiste d'entreprise.

S'il est vrai que l'appelant a effectivement suivi avec succès une formation d'économiste d'entreprise, on ignore toutefois en quoi a consisté cette formation, si et quand elle a pu être mise à profit sur le marché du travail ou si elle représente encore aujourd'hui un atout pour A.J.\_\_\_\_\_ dans le cadre de sa réinsertion professionnelle. La décision attaquée ne repose ainsi pas sur un fondement suffisant, dès lors que le premier juge n'a pas établi concrètement le type d'activité que l'appelant pourrait exercer et qui serait susceptible de lui rapporter un revenu mensuel net de 5'000 francs.

Dans ces conditions, il conviendrait d'interpeller l'office régional de placement au sujet de la situation de l'appelant et de ses perspectives de trouver un emploi en faisant preuve de bonne volonté, puis de déterminer avec l'aide de sa caisse d'assurance-chômage ce que pourrait être son revenu mensuel provenant des indemnités et d'un gain intermédiaire.

**d)** A.J.\_\_\_\_\_ reproche également au premier juge de ne pas avoir retenu qu'il supportait une charge de loyer d'un montant mensuel de 1'500 francs.

A cet égard, il conviendrait de rechercher de quel loyer A.J. \_\_\_\_\_ devrait s'acquitter pour occuper un logement de deux pièces lui permettant d'accueillir ses enfants durant le droit de visite, rien ne justifiant qu'il occupe seul le chalet dont il est copropriétaire et celui-ci paraissant devoir être loué ou vendu. Quant aux frais médicaux de l'appelant, celui-ci n'a produit aucune pièce permettant de les établir en première instance. Dans son mémoire d'appel, il se réfère à une pièce censée établir une participation de 823 fr. 80 pour l'année 2010. Cette pièce ne se trouve toutefois pas dans le bordereau produit à l'appui de l'appel.

**e)** Il n'y a cependant pas lieu de procéder à de telles investigations en appel, l'appelant devant bénéficier d'une double instance notamment sur la question déterminante de sa capacité de gain.

Les considérations qui précèdent conduisent ainsi à l'annulation du prononcé entrepris.

**4.** En conclusion, l'appel doit être admis, le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 14 octobre 2011 annulé et le dossier de la cause renvoyé à la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour statuer à nouveau après instruction complémentaire.

Si l'appel est admis, ce n'est qu'au vu de l'absence d'éléments permettant de déterminer la capacité de gain de l'appelant. Celui-ci n'a pas fourni spontanément de tels éléments, ainsi des indications au sujet de sa formation et des listes de ses recherches d'emploi. Le litige relève du droit de la famille, de sorte qu'il est possible de s'écarter des règles générales en matière de frais (art. 107 al. 1 let. c CPC). Cela étant, compte tenu du fait que l'assistance judiciaire a été accordée aux deux parties, il se justifie de répartir par moitié entre elles 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]), de les laisser à la charge de l'Etat et de compenser les dépens.

**5.** Le bénéfice de l'assistance judiciaire a été accordé aux deux parties, le 9 novembre 2011 pour l'appelant et le 8 décembre 2011 pour l'intimée.

Le conseil d'office de A.J.\_\_\_\_\_ a déposé le 14 décembre 2011 une liste d'opérations annonçant qu'il a consacré environ six heures à la procédure d'appel, ce qui paraît justifié vu l'ampleur du litige et le travail accompli. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 1'080 fr., plus 86 fr. 40 de TVA. Les débours peuvent être retenus à hauteur de 100 francs, plus TVA de 8 francs. Aussi, l'indemnité d'office de Me Irène Wettstein Martin doit être arrêtée à 1'275 francs.

Le 15 décembre 2011, le conseil d'office de B.J.\_\_\_\_\_ a également déposé une liste d'opérations annonçant qu'il a consacré approximativement quatre heures et trente minutes à la cause, ce qui semble justifié. L'indemnité horaire doit ainsi être fixée à 810 fr., plus 64 fr. 80 de TVA. Les débours peuvent être retenus à hauteur de 36 fr., plus TVA de 2 fr. 90. L'indemnité d'office de Me Laure Chappaz doit ainsi être fixée à 915 francs.

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

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 est admis.
  
- II.** Le prononcé est annulé et la cause renvoyée à la Présidente du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois pour complément d'instruction et nouvelle décision.
  
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs) pour l'appelant A.J.\_\_\_\_\_, et à 300 fr. (trois cents francs) pour l'intimée B.J.\_\_\_\_\_, sont laissés à la charge de l'Etat.
  
- IV.** L'indemnité d'office de Me Irène Wettstein Martin, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'275 fr. (mille deux cent septante-cinq francs), TVA et débours compris, et celle de Me Laure Chappaz, conseil de l'intimée, à 915 francs (neuf cent quinze francs), TVA et débours compris.
  
- V.** 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 au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
  
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

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 Irène Wettstein Martin (pour A.J. \_\_\_\_\_),
- Me Laure Chappaz (pour B.J. \_\_\_\_\_).

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).

Le greffier :