

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 30 octobre 2020

Composition : M. PERROT, juge délégué
Greffier : M. Grob

Art. 176 al. 1 ch. 1 CC et 296 al. 3 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **T.**_____, à [...], requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 20 août 2020 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **M.**_____, née **[...]**, à [...], intimée, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 20 août 2020, adressée aux parties pour notification le même jour, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rappelé la convention partielle signée par les parties à l'audience du 14 mai 2020, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles, selon laquelle celles-ci ont convenu que les chiffres II à IV de la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 novembre 2017, dans la mesure où ils concernaient l'enfant H._____, étaient maintenus à titre de mesures provisionnelles, en précisant que lesdits chiffres prévoyaient que la jouissance du domicile conjugal était attribuée à M._____ (ii), que le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants S._____ et H._____ était confié à M._____, auprès de laquelle ils résideraient et qui en exercerait la garde de fait (iii), et que T._____ bénéficierait sur ces enfants d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec ceux-ci (iv) (i), a dit que le montant assurant l'entretien convenable de l'enfant H._____ était arrêté à 45 fr. par mois, allocation de formation par 360 fr. et bourse d'études par 856 fr. 65 déduites (II), a dit que dès et y compris le 1^{er} mars 2020, T._____ contribuerait à l'entretien de l'enfant H._____ par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de M._____, d'une pension mensuelle de 45 fr., allocation de formation et bourse d'études en sus (III), a dit que dès et y compris le 1^{er} mars 2020, T._____ contribuerait à l'entretien de M._____ par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de celle-ci, d'une pension mensuelle de 1'790 fr. (IV), a dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle suivaient le sort de la cause au fond (V), a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI) et a dit que l'ordonnance était immédiatement exécutoire (VII).

En droit, le premier juge a considéré que la situation familiale des parties avait subi une modification notable et durable depuis la précédente réglementation de leur séparation, de sorte qu'il se justifiait de revoir le calcul des contributions d'entretien dues en faveur de l'enfant

H._____ et de M._____. Dans le cadre dudit calcul, il a déterminé les budgets des parties selon la méthode du minimum vital et a retenu que le budget mensuel de T._____ présentait un disponible 2'222 fr. en tenant compte d'un revenu de 5'576 fr. et de charges incompressibles de 3'354 francs. S'agissant de M._____, il a considéré qu'il n'y avait pas lieu de lui imputer un revenu hypothétique compte tenu de son état de santé et s'est fondé sur son revenu effectif de 1'444 fr. 75, ainsi que sur des charges incompressibles de 2'850 fr. 15, pour retenir que son budget mensuel présentait un déficit de 1'405 fr. 40. Constatant qu'après paiement de la pension due à l'enfant H._____, par 45 fr., il restait à T._____ un disponible de 2'177 fr. par mois, le magistrat a considéré que ce disponible devait servir à couvrir le déficit de M._____. Après couverture de ce déficit, l'intéressé bénéficiait encore d'un disponible résiduel de 771 fr. 60, qui devait être réparti par moitié entre les parties. La contribution due pour l'entretien de M._____ a ainsi été fixée, en chiffres ronds, à 1'790 fr. (1'405 fr. 40 + [771 fr. 60 : 2]).

B. Par acte du 31 août 2020, T._____ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il ne doive aucune contribution pour l'entretien de M._____. A l'appui de son mémoire, il a produit un lot de trois pièces réunies sous bordereau. Il a par ailleurs requis l'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 7 septembre 2020, le Juge délégué de la Cour de céans (ci-après : le juge délégué) a accordé à T._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 26 août 2020 et a désigné Me Romain Kramer en qualité de conseil d'office.

Dans sa réponse du 18 septembre 2020, M._____ a conclu, avec dépens, au rejet de l'appel. Elle a en outre requis l'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 22 septembre 2020, le juge délégué a accordé à M._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel avec effet au 10 septembre 2020 et a désigné Me Henriette Dénéreaz Luisier en qualité de conseil d'office.

Par avis du 2 octobre 2020, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger, qu'il n'y aurait pas d'autre échange d'écritures et qu'aucun fait ou moyen de preuve nouveau ne serait pris en compte.

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

1. T._____, né le [...] 1966, et M._____, née [...] le [...] 1972, tous deux ressortissants [...], se sont mariés le [...] 1999 à [...].

Deux enfants sont issus de cette union :

- S._____, né le [...] 2000, désormais majeur ;
- H._____, né le [...] 2003.

2. Rencontrant d'importantes difficultés conjugales, les parties vivent séparées depuis le 1^{er} février 2018. Depuis lors, elles n'ont jamais repris la vie commune, étant précisé que M._____, auprès de qui demeurent les enfants des parties, est restée vivre au domicile conjugal.

3. Lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 novembre 2017, les parties ont conclu la convention suivante, ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale :

« I. Les époux T._____ et M._____ conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective interviendra dès que T._____ aura trouvé un nouveau logement.

II. La jouissance du domicile conjugal, sis [...], est attribuée à M._____, à charge pour elle d'en payer le loyer et les charges.

III. Le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants S._____ et H._____ est confié à leur mère, auprès de laquelle ils résideront et qui en exercera la garde de fait.

IV. T._____ bénéficiera sur ses fils d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec eux.

V. L'entretien convenable de l'enfant S._____ est fixé à 870 fr. 40 (huit cent septante francs et quarante centimes), allocations familiales par 330 fr. (trois cent trente francs) déduites.

VI. L'entretien convenable de l'enfant H._____ est fixé à 660 fr. 55 (six cent soixante francs et cinquante-cinq centimes), allocations familiales par 250 fr. (deux cent cinquante francs) déduites.

VII. T._____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement, en mains de M._____, d'avance le premier de chaque mois, d'une pension de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) par mois, allocations familiales en sus, à compter de la date à laquelle il quittera le logement conjugal et au prorata des jours passés hors du logement conjugal, si son déménagement intervient au cours du mois.

VIII. Chaque partie garde ses frais et renonce à des dépens. »

4. T._____ a ouvert action en divorce par demande unilatérale du 25 février 2020.

5. a) Par requête de mesures provisionnelles du même jour, T._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que les parties soient autorisées à vivre séparées pour une durée indéterminée (I), à ce que la jouissance du domicile conjugal soit attribuée à M._____, à charge pour elle d'en assumer le loyer et les charges (II), à ce que la garde de fait sur l'enfant H._____ soit confiée à M._____ (III), à ce qu'il bénéficie d'un libre et large droit de visite sur son fils H._____, à exercer d'entente avec celui-ci (IV), à ce que l'entretien convenable de l'enfant H._____ soit fixé à 647 fr. 35, allocations familiales par 360 fr. déduites (V), et à ce qu'il soit astreint à contribuer à l'entretien de l'enfant H._____ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 647 fr. 35, allocations familiales en sus (VI).

b) Dans des déterminations du 29 avril 2020, M._____ a conclu, avec dépens, au rejet de la requête précitée et,

reconventionnellement, à ce que T._____ soit astreint à contribuer à l'entretien de l'enfant H._____ jusqu'à la fin de sa formation professionnelle, aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC, par le régulier versement d'une pension mensuelle dont le montant serait précisé en cours d'instance, allocations familiales en sus (I), et à ce que T._____ soit astreint à contribuer à son entretien par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'800 fr. dès et y compris le 1^{er} mars 2020 (II).

c) Lors de l'audience de conciliation et de mesures provisionnelles du 14 mai 2020, les parties ont été interrogées à forme de l'art. 191 CPC.

Celles-ci ont par ailleurs conclu la convention partielle suivante, ratifiée pour valoir ordonnance partielle de mesures provisionnelles :

« Parties conviennent que les chiffres II à IV, dans la mesure où ils concernent l'enfant H._____, de la convention de mesures protectrices de l'union conjugale du 24 novembre 2017, sont maintenus à titre de mesures provisionnelles. »

T._____ a en outre modifié les conclusions V et VI de sa requête de mesures provisionnelles du 25 février 2020, en ce sens que l'entretien convenable de l'enfant H._____ soit fixé à 0 fr. et qu'il ne doive aucune contribution pour l'entretien de celui-ci. M._____ a conclu au rejet de ces conclusions modifiées et a modifié la conclusion I de ses déterminations du 29 avril 2020 en ce sens que la contribution d'entretien en faveur de l'enfant H._____ soit fixée à 1'100 fr. par mois, allocations familiales dues en sus. T._____ a conclu au rejet de cette conclusion modifiée.

T._____ a par ailleurs précisé qu'il admettait de continuer à verser à M._____ les allocations familiales qu'il percevait pour l'enfant H._____.

d) Le 25 juin 2020, T._____ a déposé des déterminations.

M. _____ s'est à son tour déterminée par écriture du 10 juillet 2020.

6. a) T. _____ travaille à plein temps en qualité de grutier pour le compte de [...] SA et réalise à ce titre un revenu mensuel net moyen de l'ordre de 5'576 fr. en chiffres ronds, part du treizième salaire comprise et hors allocations familiales et/ou de formation.

Les charges mensuelles constituant le minimum vital de l'intéressé sont les suivantes :

Base mensuelle minimum vital	1'200 fr. 00
Loyer	865 fr. 00
Garantie de loyer Firstcaution SA	11 fr. 90
Assurance-maladie (LAMal et LCA)	348 fr. 15
Frais médicaux non remboursés	141 fr. 70
Frais de repas	217 fr. 00
Forfait droit de visite	150 fr. 00
<u>Charge fiscale</u>	<u>420 fr. 25</u>
Total	3'354 fr. 00

b) M. _____ travaille à temps partiel en tant que femme de ménage pour le compte de différents employeurs, à raison de 12 à 15 heures par semaine selon ses déclarations lors de l'audience du 14 mai 2020, pour un salaire horaire de 25 francs. Le premier juge a retenu que l'intéressée réalisait à ce titre un revenu mensuel net de 1'444 fr. 75 à compter du 1^{er} janvier 2020. Ce revenu sera discuté ci-après (cf. *infra* consid. 5).

M. _____ souffre d'importants problèmes de santé et a subi deux cancers des seins en 2015 et 2019. Les effets secondaires des traitements ont provoqué une fasciite plantaire ainsi que des polyarthralgies.

Par décision du 4 décembre 2019, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI) a rejeté la demande de mesures professionnelles et de rente déposée le 7 juillet 2015 par M._____. Il a été retenu que jusqu'au 30 novembre 2017, celle-ci avait un statut d'active à 30% et de ménagère à 70%, puis, à compter du 1^{er} décembre 2017, un statut d'active à 80% et de ménagère à 20%. Sur la base des investigations médicales entreprises, cet office a constaté que l'intéressée avait présenté une incapacité de travail à 100% du 25 février 2015 au 3 janvier 2016 et de 50% dans son activité habituelle de femme de ménage à partir du 4 janvier 2016, en relevant que la capacité de travail était entière dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles en lien avec la fasciite plantaire. Outre l'avis médical du Service médical régional de l'assurance-invalidité (ci-après : le SMR) du 6 mai 2018, le rapport médical le plus récent figurant dans le dossier de l'OAI date du 7 décembre 2017.

Dans un certificat médical du 28 avril 2020, la Dre K._____, Médecin assistant à l'Hôpital [...], a indiqué que M._____ avait présenté une maladie oncologique en 2015 et avait ensuite bénéficié d'opérations et de traitements lourds, avec un traitement toujours en cours actuellement, « raison pour laquelle son taux de travail maximal s'[élevait] à 40%, et ce pour une durée indéterminée ».

Dans un rapport du 2 juin 2020, le Dr I._____, spécialiste FMH en gynécologie obstétrique, a en particulier fait état de ce qui suit :

« Du point de vue gynécologique, elle [Réd. M._____] a subi en 2001 et 2009, pour récurrence, une conisation à l'anse électrique pour dysplasie du 1^{er} degré. En 2005 [recte : 2015], elle a subi une tumorectomie du quadrant supéro-externe du sein droit avec recherche de ganglion sentinelle et micrométastases pour carcinome invasif de 24mm du quadrant supéro-externe du sein droit, grade 2, MIB-1 : >10%, récepteurs hormonaux positifs et HER-2 négatif ainsi que présence de carcinome in situ. Elle a été traitée par radiothérapie et chimiothérapie post-opératoire. En 2019, tumorectomie à la jonction des quadrants externes du sein gauche pour carcinome in situ. Actuellement, elle présente suite la [sic] chimiothérapie, une fasciite plantaire qui ne semble pas s'améliorer et une polyarthralgies [sic]. Elle au bénéfice [sic] d'un traitement d'Euthyrox, d'agoniste LH-RH afin de la mettre en ménopause artificiellement et un traitement d'Exemestane, qui est mal supporté

et provoque les polyarthralgies. Elle est également au bénéfice d'un traitement de calcium, vitamine D et alendronate en raison de l'ostéoporose provoquée par le traitement du cancer du sein et de Cimifemine Forte en raison des bouffées de chaleur très importantes.

Si je dois me prononcer aux vues des divers effets secondaires des traitements et en raison d'un carcinome mammaire, j'estimerai la capacité de travail de M. _____ à maximum, 50%. »

Les charges mensuelles constituant le minimum vital de M. _____ sont les suivantes :

Base mensuelle minimum vital	1'350 fr. 00
Loyer (./. part de l'enfant H. _____)	1'123 fr. 70
Assurance-maladie (LAMal et LCA)	212 fr. 45
Frais médicaux non remboursés	100 fr. 00
<u>Frais de transport</u>	<u>64 fr. 00</u>
Total	2'850 fr. 15

c) Les coûts directs de l'enfant H. _____ se présentent comme il suit :

Base mensuelle minimum vital	600 fr. 00
Part au loyer (15% de 1'322 fr.)	198 fr. 30
Assurance-maladie (LAMal et LCA)	70 fr. 70
Frais médicaux non remboursés	29 fr. 15
Ecolage	65 fr. 85
Matériel scolaire	50 fr. 00
Frais de repas	162 fr. 75
Frais de transport	52 fr. 00
Fitness	79 fr. 90
./. allocations de formation	360 fr. 00
<u>./. bourse d'étude</u>	<u>856 fr. 65</u>
Total	92 fr. 00

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

Les ordonnances de mesures provisionnelles rendues en procédure de divorce étant régies par la procédure sommaire (art. 271 let. a CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse 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 [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.021]).

1.2 En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel, écrit et motivé (art. 311 al. 1 CPC), est recevable.

La réponse, déposée en temps utile, est également recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées). Le large pouvoir d'examen en fait et en

droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 136).

2.2 Dans le cadre de mesures provisionnelles rendues en procédure de divorce, auxquelles s'appliquent par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, le juge établit les faits d'office en vertu de la maxime inquisitoire (art. 272 CPC) et statue en application de la procédure sommaire (art. 271 let. a CPC). Il se prononce ainsi sur la base de la simple vraisemblance après une administration limitée des preuves (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A_661/2011 du 10 février 2012 consid. 2.3), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence, l'art. 272 CPC prévoit une maxime inquisitoire dite sociale ou limitée, qui n'oblige pas le juge à rechercher lui-même l'état de fait pertinent. La maxime inquisitoire sociale ne dispense en effet pas les parties de collaborer activement à la procédure : il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Il n'appartient pas au tribunal de conseiller les parties du point de vue procédural. En revanche, l'art. 296 al. 1 CPC prévoit une maxime inquisitoire illimitée en ce qui concerne les questions relatives aux enfants (TF 5A 608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1, citant l'arrêt TF 5A_2/2013 du 6 mars 2013 consid. 4.2 et les références citées, publié in FamPra.ch 2013 p. 769 ; Bohnet, Commentaire pratique, Droit matrimonial, fond et procédure, Bâle 2016, nn. 4 et 9 ad art. 272 CPC et les références citées, ainsi que nn. 28 ss ad art. 276 CPC). La maxime inquisitoire illimitée ne dispense pas non plus les parties de collaborer activement à la procédure, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles, ce qui atténue considérablement la distinction entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure ou illimitée (Dietschy, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, in RSPC 2011 p. 87).

Pour les questions relatives aux époux, le principe de disposition s'applique à l'objet du litige. Le juge est lié par les conclusions des parties ; il ne peut accorder à l'une ni plus, ni autre chose que ce qu'elle demande, ni moins que ce que l'autre reconnaît lui devoir (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3.1).

En ce qui concerne les questions relatives aux enfants, l'art. 296 al. 3 CPC impose la maxime d'office (TF 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1 ; TF 5A_194/2012 du 8 mai 2012 consid. 4.2 ; Juge délégué CACI 20 février 2015/136 consid. 3 ; Tappy, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, n. 6 ad art. 272 CPC ; Bohnet, op. cit., nn. 29 s. ad art. 276 CPC) ; dans ce cadre, le juge ordonne les mesures nécessaires sans être lié par les conclusions des parties et même en l'absence de conclusions (ATF 128 III 411 consid. 3.1 et les références citées). L'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique alors pas (TF 5A_169/2012 du 18 juillet 2012 consid. 3.3).

La jurisprudence publiée aux ATF 128 III 411 tranche par l'affirmative la question de savoir si, dans un recours dirigé tant contre la contribution d'entretien de l'enfant que contre celle du conjoint, ou contre cette dernière seulement vu l'art. 148 al. 1 aCC, la violation de la maxime inquisitoire peut conduire à modifier non seulement la première, mais aussi la seconde, bien que l'établissement des faits y relatif soit soumis à la maxime de disposition. Par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a voulu ainsi éviter que le juge statue sur la contribution d'entretien de l'enfant et du conjoint sur la base d'un état de fait différent, sous prétexte que le procès n'est pas soumis aux mêmes maximes dans un cas et dans l'autre. En revanche, il n'a d'aucune façon entendu admettre une entorse au principe de disposition auquel la contribution d'entretien du conjoint est soumise. Cette prétention ne peut être revue que si elle est l'objet de conclusions et, le cas échéant, uniquement dans les limites de celles-ci. Il en résulte que lorsque seule la contribution d'entretien due au conjoint fait l'objet d'un recours, le juge peut fixer à nouveau celle-ci, mais également celle due à l'enfant. Lorsque seule la contribution d'entretien de l'enfant

fait l'objet d'un recours, la contribution due au conjoint entre en force de chose jugée partielle, de sorte que l'autorité de recours, que les conclusions des parties lient sur ce point, ne peut pas modifier cette prétention (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3 et les références citées, publié in RSPC 2012 p. 196).

3. On précisera que les pièces produites en deuxième instance par l'appelant sont recevables dès lors qu'il s'agit de pièces dites de forme, respectivement qu'elles figurent déjà au dossier de première instance.

4. En premier lieu, on constate d'office que le premier juge a commis une erreur de calcul lorsqu'il a déterminé les coûts directs de l'enfant H. _____.

En effet, en tenant compte des postes composant ces coûts tels que décrits ci-dessus (cf. *supra* let. C ch. 6c) - qui n'ont pas été remis en cause en appel et n'apparaissent pas critiquables - l'autorité précédente a retenu que le total des coûts directs s'élevait à 42 fr., alors que l'addition de ces postes révèle en réalité un montant de 92 francs.

La contribution due par l'appelant pour l'entretien de l'enfant H. _____ telle que définie par le premier juge sur la base de coûts directs de 42 fr. - montant correspondant à l'entretien convenable de l'enfant dès lors qu'une contribution de prise en charge ne se justifie pas compte tenu de l'âge de celui-ci, comme l'a à juste titre retenu le premier juge sans que cette considération ne soit remise en cause en appel - est dès lors erronée et aurait dû être déterminée sur la base de coûts directs de 92 francs.

Partant, il convient de réformer d'office (cf. *supra* consid. 2.2) l'ordonnance entreprise en ce sens que la pension due par l'appelant pour l'entretien de l'enfant H. _____ s'élève à 92 fr. par mois dès le 1^{er} mars

2020 - *dies a quo* de la modification non remis en cause en appel -, allocation de formation et bourse d'étude en sus.

Les besoins de l'enfant étant couverts par la contribution d'entretien telle que définie ci-dessus, il n'y a pas lieu de fixer dans le dispositif le montant de son entretien convenable selon l'art. 287a CC (Juge délégué CACI 14 février 2018/94).

5.

5.1 L'appelant fait grief au premier juge de s'être fondé sur le revenu effectif de l'intimée en refusant de lui imputer un revenu hypothétique à 100% sur la base du certificat médical du 2 juin 2020 du Dr I._____. Il soutient en substance que la décision de l'OAI du 4 décembre 2019 retiendrait que la capacité de travail de l'intéressée serait pleine et entière dans une activité adaptée et que l'avis des médecins de cet office serait plus probant que celui du praticien précité. Il en déduit qu'un revenu hypothétique de 4'584 fr. 83 par mois, correspondant au salaire que l'intimée aurait pu percevoir en 2018 selon l'OAI, devrait être imputé à celle-ci. Indépendamment de cette question, l'appelant prétend que le revenu effectif de l'intimée serait supérieur aux 1'444 fr. 75 retenus par le magistrat dès lors que l'intéressée aurait toujours déployé une activité de femme de ménage « avec un taux d'occupation proche du 100% », même durant sa maladie, et qu'elle n'aurait jamais annoncé tous ses revenus car elle travaillerait au noir. Plus subsidiairement, il fait encore valoir que la Convention collective de travail pour le secteur du nettoyage en bâtiment pour la Suisse romande prévoirait un salaire horaire de 19 fr. 95, de sorte que même en retenant une capacité de travail à 50%, les revenus de l'intimée devraient être de 1'865 fr. 80 par mois.

Pour sa part, l'intimée soutient que la décision de l'OAI se fonderait exclusivement sur la situation qui prévalait en 2015 ainsi que sur des rapports médicaux qui ne seraient pas postérieurs à 2017, de sorte qu'elle ne tiendrait pas compte de la récidive de cancer intervenue en

2019, contrairement au certificat médical du Dr I._____, qui aurait ainsi une pleine force probante. Elle fait également valoir qu'elle aurait toujours travaillé à temps partiel du temps de la vie commune, comme le démontrerait le dossier médical de l'OAI.

L'autorité précédente n'a pas imputé de revenu hypothétique à l'intimée en retenant que le dossier AI de l'intéressée n'était pas déterminant dès lors qu'il se référait à une situation médicale qui avait beaucoup évolué depuis les examens réalisés. Elle a relevé que le certificat médical du 2 juin 2020 du Dr I._____ attestait d'une incapacité de travail de 50%, en précisant que ce taux devrait être confirmé par des investigations plus poussées, notamment pour déterminer la capacité de travail dans une activité adaptée. Le premier juge a ainsi considéré qu'en l'état et au stade des mesures provisionnelles, il fallait s'en tenir au revenu effectif de l'intimée, à savoir un revenu mensuel net de 1'444 fr. 75 selon les allégations de l'intéressée.

5.2 Selon la jurisprudence, le juge fixe les contributions d'entretien du droit de la famille en se fondant, en principe, sur le revenu effectif des parties ; il peut toutefois s'en écarter et retenir un revenu hypothétique supérieur, pour autant qu'une augmentation correspondante de revenu soit effectivement possible et qu'elle puisse raisonnablement être exigée (ATF 143 III 233 consid. 3.2 ; ATF 128 III 4 consid. 4 et les références citées, JdT 2002 I 294 ; TF 5A_736/2008 du 30 mars 2009 consid. 4). Le juge peut ainsi prendre en considération, selon les circonstances, ce que les parties pourraient gagner si elles faisaient preuve de bonne volonté ou fournissaient l'effort que l'on peut raisonnablement exiger d'elles (de Weck-Immelé, Commentaire pratique, Droit matrimonial, Fond et procédure, Bohnet/Guillod [édit.], Bâle 2016, n. 68 ad art. 176 CC). Les principes relatifs au revenu hypothétique valent tant pour le débiteur que pour le créancier d'entretien ; un revenu hypothétique peut en effet aussi être imputé au créancier d'entretien (TF 5A_838/2009 du 6 mai 2010, publié in FamPra.ch 2010 n. 45 p. 669 ; TF 5P.63/2006 du 3 mai 2006 consid. 3.2).

Lorsque le juge entend tenir compte d'un revenu hypothétique, il doit examiner successivement deux conditions. Tout d'abord, il doit examiner s'il peut être raisonnablement exigé de la personne concernée 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 un revenu supérieur 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 118 consid. 2.3 ; TF 5A_235/2016 du 15 août 2016 consid. 4.1 ; TF 5A_154/2016 du 19 mai 2016 consid. 5.1 et les références citées).

5.3

5.3.1 En l'espèce, contrairement ce que soutient l'appelant, on ne saurait se fonder sur les constatations faites par l'OAI dans sa décision du 4 décembre 2019 en lien avec la capacité de travail de l'intimée pour déterminer sa capacité actuelle à exercer une activité lucrative au regard de son état de santé. En effet, cette décision fait suite à une demande de prestations déposée par l'intéressée le 7 juillet 2015 et se fonde sur un avis médical du SMR du 6 mai 2018, ainsi que sur des rapports médicaux dont aucun n'est postérieur au 7 décembre 2017. La décision de l'OAI ne tient ainsi en particulier pas compte du nouveau cancer dont a souffert l'intimée en 2019. Dans ces conditions, c'est à juste titre que le premier juge a retenu que le dossier AI de l'intéressée n'était plus déterminant et qu'il y avait lieu de se fonder, au stade des mesures provisionnelles, sur le certificat médical le plus récent traitant de la capacité de travail de l'intimée, qui tient compte de la récurrence de cancer en 2019, à savoir le rapport du 2 juin 2020 du Dr I._____, qui fait état d'une capacité de travail de 50%, en précisant que ce taux devrait être confirmé par des investigations plus poussées, notamment pour déterminer la capacité de travail dans une activité adaptée. L'avis du Dr I._____ est par ailleurs

corroboré par le certificat médical du 28 avril 2020 de la Dre K._____, qui indique que la capacité de travail de l'intimée est d'au maximum 40% en raison notamment du traitement oncologique suivi. Les arguments de l'appelant en lien avec la force probante restreinte du rapport du Dr I._____ au regard de l'avis exprimé par les médecins de l'OAI tombent donc à faux, puisque ces différentes analyses n'ont pas été réalisées au même moment et ne tiennent pas compte de la même situation médicale.

Compte tenu de ces éléments, le fait que l'autorité précédente n'ait pas imputé de revenu hypothétique à l'intimée en raison de son état de santé tel que décrit par le Dr I._____ ne prête pas le flanc à la critique et son appréciation à cet égard doit être confirmée.

5.3.2 L'argument de l'appelant, selon lequel l'intimée réaliserait un revenu mensuel effectif plus élevé que les 1'444 fr. 75 retenus par le premier juge au motif qu'elle aurait toujours déployé une activité de femme de ménage à un taux d'occupation proche du 100%, même durant sa maladie, et qu'elle ne déclarerait pas tous ses revenus, n'est corroboré par aucun élément du dossier.

Les certificats de salaire de l'intimée figurant au dossier démontrent que celle-ci a réalisé un salaire annuel net de 6'398 fr. (5'856 fr. + 542 fr.) en 2015. L'extrait du compte bancaire de l'intéressée fait en outre état du versement d'un montant de 1'125 fr. à titre de « salaire 26.10.2015 » effectué le 26 octobre 2015 par [...] SA, étant précisé qu'aucun certificat de salaire annuel établi par cet employeur n'a été produit pour l'année en question. Sur la base de ces éléments, le revenu mensuel net moyen réalisé par l'intimée en 2015 s'élève ainsi à 626 fr. 95 ([6'398 fr. + 1'125 fr.] : 12 mois). Les autres certificats de salaire indiquent des revenus annuels nets de 9'399 fr. (3'912 fr. + 5'487 fr.) en 2016 - correspondant à un revenu mensuel net de 783 fr. 25 -, de 11'991 fr. 30 (3'939 fr. + 519 fr. + 1'000 fr. + 6'014 fr. 30 + 519 fr.) en 2017 - correspondant à un revenu mensuel net de 999 fr. 30 -, de 12'710 fr. (3'939 fr. + 1'575 fr. + 1'200 fr. + 5'996 fr.) en 2018 - correspondant à un

revenu mensuel net de 1'059 fr. 20 – et de 14'937 fr. (350 fr. + 2'006 fr. + 1'588 fr. + 803 fr. + 3'894 fr. + 5'846 fr. + 450 fr.) en 2019 – correspondant à un revenu mensuel net de 1'244 fr. 75. Ces chiffres ne permettent pas de retenir, au degré de la vraisemblance, que l'intimée aurait toujours exercé une activité lucrative « proche du 100% » comme le soutient l'appelant.

Le relevé du compte bancaire de l'intimée pour la période du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2019 ne fait d'ailleurs pas état de montants qui auraient été crédités par des employeurs qui ne figureraient pas sur les certificats annuels de salaire, hormis le versement du 26 octobre 2015 précité. Les autres montants crédités sur ce compte durant la période considérée provenaient de l'assurance-maladie de l'intéressée, de l'appelant et de l'Association régionale d'action sociale Riviera. Aucun élément du dossier ne permet ainsi de retenir que l'intimée continuerait de travailler « au noir » depuis la séparation des parties en février 2018 comme le soutient l'appelant, qui se contente d'affirmer de manière péremptoire qu'il serait « notoire que dans le domaine du nettoyage, un grand nombre d'activités se déroulent encore à ce jour de manière non-déclarés [sic] ». Le fait que lors de son interrogatoire à forme de l'art. 191 CPC, l'intimée ait dans un premier temps expliqué avoir travaillé au noir jusqu'en 2018 et qu'elle déclarait tous ses employeurs et ses revenus depuis 2019, avant de préciser lors de la relecture du procès-verbal qu'elle avait partiellement travaillé au noir jusqu'au départ de l'appelant du domicile conjugal en février 2018 et qu'elle ne pouvait plus « se permettre en raison de [s]a maladie » de cacher ses employeurs et ses revenus, ne permet pas de dénier toute crédibilité à ses propos et de retenir qu'elle continuerait à travailler au noir depuis la séparation des parties. Il en va de même du fait que l'intimée avait déclaré à l'OAI qu'elle ne déployait qu'une activité professionnelle à 30% dès lors que cette circonstance a été retenue par cet office jusqu'au 30 novembre 2017, soit antérieurement à la séparation des parties. A cela s'ajoute qu'au vu des revenus mensuels calculés ci-dessus pour les années 2015 à 2017, le taux de 30% annoncé à l'OAI n'apparaît pas sous-évalué. Enfin, le fait que figurent au dossier sept certificats annuels de salaire pour l'année 2019, établis par autant

d'employeurs différents, tend au contraire à corroborer les dires de l'intimée selon lesquels elle déclare désormais tous ses revenus et employeurs.

Les arguments invoqués par l'appelant pour tenter de démontrer que le revenu mensuel effectif actuel de l'intimée serait supérieur aux 1'444 fr. 75 retenus par le premier juge ne lui sont ainsi d'aucun secours et ce montant doit être confirmé.

5.3.3 S'agissant enfin des développements de l'appelant en lien avec le salaire horaire prévu par la Convention collective de travail pour le secteur du nettoyage en bâtiment pour la Suisse romande, l'intéressé perd de vue que cette convention s'applique aux entreprises qui exercent une activité régulière ou occasionnelle dans les cantons de Genève, de Vaud, de Fribourg, de Neuchâtel, du Valais, du Jura et du Jura bernois et qui offrent des prestations à titre principal ou accessoire dans le domaine du nettoyage, de la propreté et de l'hygiène et de la désinfection, ainsi que les services annexes liés à l'utilisation et à l'entretien de tous types de locaux, bâtiments, installations et équipements ou moyens de transport, ainsi qu'aux employeurs qui y auraient adhéré (art. 1). Or, il ne résulte pas du dossier que l'intimée serait liée à de tels employeurs. Au vu des signataires des certificats annuels de salaire 2019, ses employeurs actuels apparaissent plutôt être des particuliers (à savoir [...]), respectivement des entreprises et institutions n'offrant pas de prestations dans le domaine du nettoyage (à savoir [...]).

Le moyen s'avère ainsi infondé.

5.3.4 Nonobstant le rejet des moyens de l'appelant, il se justifie de revoir, dans les limites des conclusions prises par celui-ci, le montant de la contribution due pour l'entretien de l'intimée compte tenu de la modification d'office de la pension due en faveur de l'enfant H. _____ telle que déterminée ci-dessus (cf. *supra* consid. 4). En effet, dès lors que la contribution d'entretien due en faveur de l'intimée a été déterminée selon la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent - dont

l'application n'a pas été remise en cause en appel –, l'augmentation de la pension due par l'appelant pour l'entretien de l'enfant implique une diminution de son disponible à partager.

Après paiement de ses charges incompressibles et de la pension due à l'enfant H. _____, le budget mensuel de l'appelant révèle un disponible de 2'130 fr. (5'576 fr. - 3'354 fr. - 92 fr.) qui lui permet de couvrir le déficit de 1'405 fr. 40 (1'444 fr. 75 - 2'850 fr. 15) présenté par l'intimée. Après couverture de ce déficit, le budget de l'appelant présente un disponible résiduel de 724 fr. 60 (2'130 fr. - 1'405 fr. 40), qu'il convient de partager par moitié entre les parties, étant précisé que ce mode de partage n'a pas été remis en cause en appel.

Il s'ensuit que dès le 1^{er} mars 2020, l'appelant devra contribuer à l'entretien de l'intimée par le versement d'une pension mensuelle de 1'767 fr. 70 (1'405 fr. 40 + [724 fr. 60 : 2]).

6.

6.1 En définitive, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance réformée en ce sens qu'il n'est plus fait mention du montant assurant l'entretien convenable de l'enfant H. _____, que la pension mensuelle due pour l'entretien de celui-ci est fixée à 92 fr. dès le 1^{er} mars 2020 et que celle due pour l'entretien de l'intimée est fixée à 1'767 fr. 70 dès le 1^{er} mars 2020.

6.2 Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais – soit les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'occurrence, il n'y a pas lieu de revenir sur la décision du premier juge selon laquelle les frais judiciaires et les dépens des mesures provisionnelles suivront le sort de la cause au fond comme le lui permet l'art. 104 al. 3 CPC, étant rappelé que l'autorité précédente jouissait d'un

large pouvoir d'appréciation à cet égard (Tappy, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019, n. 11 ad art. 104 CPC).

6.3 En ce qui concerne la répartition des frais de deuxième instance, on constate que l'appel est partiellement admis puisque la pension due à l'intimée a été légèrement diminuée. Toutefois, cette admission partielle est due à la correction d'office de l'erreur de calcul commise par le premier juge dans le cadre de la détermination des coûts directs de l'enfant H._____, erreur qui n'a au demeurant même pas été relevée par l'appelant, et non en raison des moyens soulevés par ce dernier, qui ont tous été rejetés.

Dans ces conditions, il se justifie, en équité (art. 107 al. 1 let. c CPC), de faire supporter à l'appelant l'intégralité des frais de deuxième instance.

Partant, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant. Toutefois, dès lors que l'intéressé est au bénéfice de l'assistance judiciaire, ces frais seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

L'appelant versera en outre à l'intimée de pleins dépens de deuxième instance, évalués à 1'200 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

6.4

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

6.4.2 Le conseil d'office de l'appelant a indiqué dans sa liste des opérations du 25 septembre 2020 avoir consacré 4 heures et 45 minutes au dossier et a revendiqué des débours à hauteur de 54 fr. 30.

Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, le temps consacré au dossier peut être admis.

S'agissant des débours, le montant revendiqué de 54 fr. 30 ne correspond pas au forfait de 2% du défraiement hors taxe prévu pour la procédure de deuxième instance selon l'art. 3bis al. 1 RAJ et se révèle supérieur à celui-ci. Dans la mesure où le conseil d'office ne fait valoir aucune circonstance exceptionnelle qui pourrait justifier d'arrêter les débours à un montant supérieur, ni ne présente une liste accompagnée de justificatifs de paiement (cf. art. 3bis al. 4 RAJ), les débours seront arrêtés conformément au forfait précité.

Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Kramer doit être fixée à 855 fr., montant auquel s'ajoutent les débours par 17 fr. 10 (2% de 855 fr.) et la TVA sur le tout par 67 fr. 15, soit 939 fr. 25 au total.

6.4.3 Le conseil d'office de l'intimée a indiqué dans sa liste des opérations du 28 septembre 2020 avoir consacré 3 heures et 44 minutes au dossier et a revendiqué des débours à hauteur de 9 fr. 30.

Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, le temps consacré au dossier peut être admis.

Le montant de 9 fr. 30 revendiqué pour les débours, qui se révèle inférieur au forfait prévu par l'art. 3bis al. 1 RAJ, peut également être admis.

Il s'ensuit qu'au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité de Me Dénéreaz Luisier doit être fixée à 672 fr., montant auquel s'ajoutent les

débours par 9 fr. 30 et la TVA sur le tout par 52 fr. 50, soit 733 fr. 80 au total.

Cette indemnité ne sera versée par l'Etat que si les dépens alloués à l'intimée (cf. *supra* consid. 6.3) ne peuvent pas être perçus de l'appelant (art. 122 al. 2 CPC et 4 RAJ).

6.5 Les parties, bénéficiaires de l'assistance judiciaire, sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenues au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de leurs conseils d'office respectifs provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

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

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres II, III et IV de son dispositif :
 - II. (supprimé)
 - III. dit que dès et y compris le 1^{er} mars 2020, T._____ contribuera à l'entretien de son fils H._____, né le [...] 2013, par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de M._____, d'une pension mensuelle de 92 fr. (nonante-deux francs), allocations familiales et bourse d'études en sus ;
 - IV. dit que dès et y compris le 1^{er} mars 2020, T._____ contribuera à l'entretien de son épouse M._____ par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois

en mains de celle-ci, d'une pension mensuelle de 1'767 fr. 70 (mille sept cent soixante-sept francs et septante centimes) ;

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance de l'appelant T._____, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat.
- IV.** L'appelant T._____ doit verser à l'intimée M._____ la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'indemnité d'office de Me Romain Kramer, conseil de l'appelant T._____, est arrêtée à 939 fr. 25 (neuf cent trente-neuf francs et vingt-cinq centimes), débours et TVA compris.
- VI.** L'indemnité d'office de Me Henriette Dénéreaz Luisier, conseil de l'intimée M._____, est arrêtée à 733 fr. 80 (sept cent trente-trois francs et huitante centimes), débours et TVA compris.
- VII.** Les parties, bénéficiaires de l'assistance judiciaire, sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenues au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de leurs conseils d'office respectifs provisoirement laissés à la charge de l'Etat.
- VIII.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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

- Me Romain Kramer (pour T. _____),
- Me Henriette Dénéreaz Luisier (pour M. _____),

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

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

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), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :