

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 30 mai 2023

Composition : Mme COURBAT, juge unique
Greffier : Mme Umulisa Musaby

Art. 285 al. 1 CC

Statuant sur l'appel interjeté par **J.**_____, à Renens, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 23 décembre 2022 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause le divisant d'avec **S.**_____, à Lausanne, intimée, la Juge unique de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 23 décembre 2022, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président) a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée le 30 mai 2022 par le requérant J._____, contre l'intimée S._____, née [...], et C._____ (I), dit que dès et y compris le 1^{er} juin 2022, le requérant devait contribuer à l'entretien de son fils C._____, né le 9 septembre 2003, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 970 fr., allocations de formation en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de ce dernier (II), dit que dès et y compris le 1^{er} juin 2022, le requérant devait contribuer à l'entretien de sa fille T._____, née le 23 juillet 2006, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'772 fr. 80, allocations familiales ou de formation en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de l'intimée (III), dit que dès et y compris le 1^{er} juin 2022, le requérant devait contribuer à l'entretien de sa fille K._____, née le 15 avril 2008, par le régulier versement d'une pension mensuelle de 1'762 fr. 80, allocations familiales ou de formation en sus, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de l'intimée (IV), dit que dès et y compris le 1^{er} juin 2022, le requérant devait contribuer à l'entretien de son épouse par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'054 fr. 10, payable d'avance le premier jour de chaque mois en mains de cette dernière (V), arrêté les frais de la procédure provisionnelle à 400 fr. (VI), dit que ces frais suivaient le sort de la cause au fond (VII), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII) et déclaré cette ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (IX).

En droit, le président a considéré que la situation financière de l'intimée avait subi une modification essentielle et durable depuis les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale rendues les 10 juillet 2019 et 22 avril 2020, et est entré en matière sur la requête en modification déposée par le requérant. En actualisant les paramètres pertinents, il a retenu que le revenu du requérant correspondait à celui de

12'350 fr. qui avait été retenu dans la procédure de mesures protectrices, dans la mesure où le requérant n'avait pas établi le revenu mensuel net de 2'718 fr. 75 qu'il alléguait. Il avait certes produit une fiche de salaire émanant de la société X. _____ SA établissant ce montant, mais n'avait produit aucune pièce s'agissant des revenus que lui procuraient son activité d'administrateur au sein de la société [...], malgré les réquisitions du président dans ce sens. En outre, le revenu allégué paraissait invraisemblable compte tenu du loyer de 2'230 fr. et pour lequel aucune poursuite ne semblait avoir été requise. En fixant les contributions d'entretien précitées à la charge du requérant, le président a considéré que celui-ci dégagait un excédent mensuel de 8'451 fr. 70, après avoir couvert ses propres charges à hauteur de 3'898 fr. 30 (1'200 fr. de minimum vital de base + 150 fr. de frais liés au droit de visite + 2'230 fr. de loyer, charges comprises + 318 fr. 30 de primes d'assurance-maladie de base).

B. Par acte du 6 janvier 2023, J. _____ (ci-après : appelant) a interjeté appel contre cette ordonnance, concluant, avec suite de frais judiciaires et dépens, préalablement à ce que la comparution personnelle des parties soit ordonnée et à ce qu'ordre soit donné à l'intimée de produire tous documents propres à établir sa situation financière ainsi que celle des enfants ; principalement à l'annulation des chiffres I à VIII du dispositif de l'ordonnance entreprise et à ce que l'appelant soit libéré de contribuer à l'entretien de ses trois enfants et de son épouse ; subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants de l'arrêt à intervenir.

L'appelant a également requis le bénéfice de l'assistance judiciaire. Il lui a été répondu qu'il était en l'état dispensé de l'avance de frais, la décision définitive étant réservée.

Par acte du 9 février 2023, l'intimée a conclu, avec suite de frais judiciaires et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance du 23 décembre 2022.

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

1. L'appelant, né le 15 avril 1968, de nationalité bangladaise et italienne, et l'intimée, née [...] le 16 octobre 1972, de nationalité italienne, se sont mariés le 14 mai 1993 à Lausanne (VD). Sept enfants sont nés de cette union, dont deux actuellement mineures, à savoir T._____, née le 23 juillet 2006, et K._____, née le 15 avril 2008, et un majeur à la charge de ses parents : C._____, né le 9 septembre 2003.

Confrontées à des difficultés conjugales importantes, les parties se sont séparées le 30 juillet 2018 et n'ont plus repris la vie commune depuis lors. Les modalités de leur séparation ont été réglées par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de Lausanne le 10 juillet 2019, modifiée le 22 avril 2020 en ce qui concerne le droit de visite.

Le lieu de résidence et la garde de fait des enfants C._____, T._____ et K._____ ont été confiés à leur mère, le père bénéficiant d'un libre et large droit de visite à exercer d'entente avec ces derniers et leur mère.

Sur le plan financier, l'intimée étant le parent gardien des enfants précités, l'appelant a été astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants depuis le 1^{er} août 2018 par le régulier versement d'une pension alimentaire mensuelle alors arrêtée à 1'716 fr. par enfant, compte tenu de son salaire et de ses charges fixes, dite contribution correspondant aux coûts directs mensuels de ceux-ci à hauteur de 796 fr. et à une contribution de prise en charge partielle — soit une part du déficit budgétaire mensuel du parent gardien à hauteur de 920 francs. Il a également été astreint au paiement depuis le 1^{er} août 2018 d'une pension

en faveur de son épouse d'un montant mensuel de 1'826 francs. Il avait alors été tenu compte de revenus mensuels nets de 1'890 fr. 70 pour la mère — au bénéfice du revenu d'insertion — et de 12'350 fr. pour le père. En fixant ce revenu dans l'ordonnance du 10 juillet 2019, la présidente s'était basée - en l'absence de toute autre pièce sur la situation financière de l'appelant et au vu du défaut de celui-ci à l'audience du 7 mai 2019 - sur une «fiche de salaire 2018» produite par l'intimée, dont il ressortait que le revenu annuel brut de l'appelant en 2018 s'élevait au maximum à 148'200 fr., soit 12'350 fr. par mois.

2. L'intimée a ouvert action en divorce à l'encontre de son époux par demande unilatérale du 3 novembre 2020.

3. Par requête de mesures provisionnelles du 30 mai 2022, également dirigée contre son fils majeur C._____, l'appelant a conclu à ce qu'il ne contribue plus à l'entretien de ses enfants C._____, T._____ et K._____ et de l'intimée, avec effet au jour de la prise d'emploi de cette dernière.

Dans ses déterminations du 8 juin 2022, l'intimée, au bénéfice d'une procuration signée par son fils majeur, a conclu au rejet de ces conclusions.

L'audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 11 août 2022 en présence des parties, toutes deux assistées de leur conseil d'office respectif. Tentée à cette occasion, la conciliation a échoué. Les conseils ont cependant renoncé à plaider formellement leurs prétentions, au bénéfice des explications et pièces fournies dans le cadre de l'instruction.

4. La situation financière des parties et de chacune de leur trois enfants précités se présente comme il suit en l'état.

4.1 L'appelant est l'unique administrateur, avec signature individuelle, des sociétés [...] et X. _____ SA, dont les sièges respectifs se trouvent à Renens.

En première instance, l'appelant a produit des pièces, soit notamment des fiches de salaire pour les mois de janvier 2019 à juin 2021, dont il ressort qu'il a perçu un revenu mensuel net de 2'718 fr. 75. Il a également produit sa déclaration d'impôt 2018 faisant état de revenus annuels à hauteur de 39'090 fr. pour son activité salariée auprès de la société X. _____ SA, ainsi que des extraits du registre des poursuites dont celui concernant la société E. _____ SA établissant qu'au 28 avril 2022 cette société avait des poursuites totalisant 209'413 fr. 90 avec les actes de défaut de biens à hauteur de 15'803 fr. 30.

Dans le cadre de la présente procédure d'appel, il a notamment produit les pièces suivantes :

- un extrait du registre des poursuites relatif à la société X. _____ SA, indiquant qu'au 5 mai 2022, cette société avait des poursuites pour un montant de 130'430 fr., dont 66 actes de défaut de biens totalisant 35'696 fr., en majeure partie pour des dettes fiscales ;
- un extrait du registre des poursuites concernant l'appelant lui-même, faisant état de poursuites à hauteur de 278'536 fr. 69, dont 50 actes de défaut de biens pour un total de 171'743 fr. 55, en majeure partie pour non-paiement de primes d'assurance-maladie et de pensions alimentaires ;
- une décision de taxation rendue le 1^{er} octobre 2021 pour l'année fiscale 2020, indiquant que l'appelant et son épouse avaient un revenu annuel net de 23'555 fr. et qu'ils ne devaient payer aucun impôt fédéral, cantonal ni communal ;
- une déclaration d'impôt signée le 13 décembre 2022 par l'appelant pour la période fiscale 2021, dont il ressort que l'appelant a déclaré

travailler à plein temps pour la société X. _____ SA et pour un salaire annuel net de 33'614 francs ;

- deux fiches de salaire que cette dernière société a adressées à la Caisse vaudoise de compensation les 11 juillet et 5 octobre 2022, déclarant avoir versé à l'appelant, en tant que son employé, un salaire mensuel brut de 3'000 fr. (soit 2'806 fr. 20 net).

L'appelant sous-loue un appartement de trois pièces et demie à la rue [...], à Renens, à la société E. _____ SA. Son loyer s'élève à 2'230 fr. par mois, charges et frais accessoires compris, montant que cette dernière société reverse à la bailleuse principale [...].

La situation financière de l'appelant est la suivante :

montant de base	Fr.	1'200.00
loyer, charges comprises	Fr.	2'230.00
<u>prime d'assurance-maladie LAMal</u>	Fr.	<u>318.30</u>
minimum vital LP	Fr.	3'748.30
<u>s/revenu</u>	Fr.	<u>2'806.20</u>
<i>manco</i>	Fr.	-942.10

4.2 L'intimée

Depuis le 1^{er} juillet 2021, l'intimée est employée à temps complet en qualité d'aide infirmière auprès de l'EMS [...] pour un salaire mensuel net moyen arrondi à 4'000 fr., treizième salaire inclus, allocations familiales et de formation déduites.

Sa situation financière est la suivante :

montant de base	Fr.	1'350.00
loyer, part enfants déduites	Fr.	1'372.00
prime d'assurance-maladie LAMal	Fr.	170.55
frais de transport professionnels	Fr.	74.00

<u>frais de repas professionnels</u>	Fr.	<u>232.00</u>
minimum vital LP	Fr.	3'198.55
<u>s/revenu</u>	Fr.	<u>4'000.00</u>
disponible	Fr.	801.45

4.3 Les coûts directs de chacun des enfants sont les suivants :

4.3.1 T. _____

montant de base	Fr.	600.00
loyer	Fr.	196.00
prime d'assurance-maladie LAMal	Fr.	6.55
<u>frais de cantine</u>	Fr.	<u>112.00</u>
minimum vital LP	Fr.	914.55
<u>s/AF</u>	Fr.	<u>340.00</u>
coûts directs	Fr.	574.55

4.3.2 K. _____

montant de base	Fr.	600.00
loyer	Fr.	196.00
prime d'assurance-maladie LAMal	Fr.	6.55
<u>frais de transport</u>	Fr.	<u>52.00</u>
minimum vital LP	Fr.	854.55
<u>s/AF</u>	Fr.	<u>340.00</u>
coûts directs	Fr.	514.55

4.3.3 C. _____

montant de base	Fr.	600.00
loyer	Fr.	196.00
prime d'assurance-maladie LAMal	Fr.	168.85
frais de cantine	Fr.	112.00
<u>frais de transport</u>	Fr.	<u>52.00</u>
minimum vital LP	Fr.	1'128.85

s/AF	Fr. 440.00
coûts directs	Fr. 688.85

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles, lesquelles doivent être considérées comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (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 (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.021]).

1.2 En l'espèce, recevable à la forme, déposé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dirigé contre une décision de première instance de mesures provisionnelles et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

La réponse l'est également (art. 312 CPC).

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que 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 (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4 ; TF 4A_452/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3).

Dans le cadre de mesures provisionnelles, 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), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3), ce qui exclut les mesures d'instruction coûteuses (TF 5A_610/2012 du 20 mars 2013 consid. 1.3). Il suffit donc que les faits soient rendus plausibles (ATF 130 III 102 consid. 2.2 ; TF 5A_855/2017 du 11 avril 2018 consid. 4.3.2 et les réf. citées).

S'agissant des questions relatives aux enfants, la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC) et, en sus, la maxime d'office (art. 296 al. 2 CPC) sont applicables. La maxime d'office s'applique également devant l'instance cantonale d'appel. Elle signifie que le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties et qu'il peut s'en écarter, d'autant que l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas dans les affaires régies par la maxime d'office. Le juge ne peut toutefois pas aller au-delà de l'objet du litige tel que fixé devant lui par les parties. (ATF 137 III 617 consid. 4.5.2 et 4.5.3, JdT 2014 II 187 ; TF 5A_67/2020 du 10 août 2020 consid. 3.3.2 ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de jurisprudence, n. 9.4 ad art. 311 CPC). Appliquant la maxime inquisitoire illimitée, le juge d'appel doit rechercher lui-même les faits d'office et peut donc, pour ce faire, ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (cf. ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 ; TF 5A_528/2015 du 21 janvier 2016 consid. 2).

Les parties peuvent aussi présenter des faits et moyens de preuve nouveaux en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 ; TF 5A_788/2017 du 2

juillet 2018 consid. 4.2.1). L'instance d'appel peut toutefois refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; ATF 138 III 374 ; ATF 131 III 222 consid. 4.3 ; TF 5A_130/2021 du 26 mars 2021 consid. 2).

2.2

2.2.1 A titre de mesure d'instruction, l'appelant a requis la production de tout document propre à établir la situation financière de l'intimée et celle des enfants.

Toutefois, l'appelant ne conteste pas le revenu de l'intimée et le seul poste des charges qu'il conteste, à savoir le montant des primes d'assurance-maladie de l'intimée et des enfants, ressort de la pièce 103 produite par l'intimée.

La réquisition doit dès lors être rejetée.

2.2.2 Chaque partie a produit des pièces, dont certaines sont nouvelles. Il en a été tenu compte dans la mesure de leur pertinence. Même si l'appelant aurait pu produire en première instance les pièces qu'il produit en appel, ces pièces sont recevables dès lors que la présente procédure concerne notamment la prise en charge financière de deux enfants mineures.

3.

3.1 L'appelant soutient qu'il n'est pas en mesure d'assumer les contributions d'entretien mises à sa charge.

3.2 Aux termes de l'art. 285 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources de ses père et mère. L'entretien de l'enfant est assuré par les

soins, l'éducation et des prestations pécuniaires (art. 276 al. 1 CC). Les parents veillent à couvrir ensemble, chacun selon ses facultés, ces trois composantes de l'entretien, l'enfant ayant une prétention à un entretien convenable (art. 276 al. 2 CC).

Le Tribunal fédéral considère que pour arrêter les coûts directs de l'enfant (Barunterhalt), il y a lieu de se fonder, comme pour la contribution de prise en charge, sur la méthode des frais de subsistance (Lebenshaltungskosten) (ATF 147 III 265 consid. 6.1). Cette méthode a vocation à s'appliquer à l'échelle de la Suisse en ce qui concerne l'entretien de l'enfant – et celui du conjoint (art. 125 CC) le cas échéant (ATF 147 III 293 consid. 4) –, sauf le cas de situations très particulières dans lesquelles son application ne ferait aucun sens, comme le cas de situations financières très favorables, exigeant que l'entretien de l'enfant trouve ses limites pour des raisons éducatives et/ou pour des raisons liées aux besoins concrets de l'enfant – respectivement du conjoint le cas échéant (ATF 147 III 293 consid. 4.5 in fine) – (cf. ATF 147 III 265 consid. 6.6 in fine).

Pour la détermination des besoins, les Lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites (ci-après : Lignes directrices LP) selon l'art. 93 LP, édictées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, constituent le point de départ, y compris les suppléments qui y sont mentionnés (primes maladie, frais scolaires, certains frais de santé, etc). Il n'y a en revanche pas lieu de se fonder sur des Directives cantonales sur le minimum vital (ATF 147 III 265 consid. 7.2 ; TF 5A_115/2022 du 14 septembre 2022 consid. 3.2.5). En dérogation de ces Lignes directrices LP, il faut cependant prendre également en compte pour chaque enfant une participation aux coûts du loyer (à déduire des coûts de logement du parent gardien ou des deux parents en cas de garde alternée, TF 5A_583/2018 du 18 janvier 2019 consid. 5.1) et les coûts de prise en charge par des tiers. Un éventuel *manco* au sens des art. 287a let. c CC et 301a let. c CPC se réfère uniquement à la notion de minimum vital au sens strict. En présence de

moyens financiers limités, il faut s'en tenir là pour les coûts directs (ATF 147 III 265 consid. 7.2, FamPra.ch 2021 p. 200 note STOLL).

Le minimum vital du droit des poursuites comprend donc pour les parents le montant de base de 1'200 fr. pour un débiteur vivant seul, de 1'350 fr. pour une famille monoparentale, déduction faite de la part au logement de l'enfant, l'assurance-maladie de base et les frais d'acquisition du revenu, dont les frais de déplacements professionnels (Juge unique CACI 13 juillet 2022/366), ainsi que les frais médicaux non couverts par une assurance (Juge unique CACI 30 juin 2022/342).

Ces mêmes postes valent pour un jeune adulte pris en charge au domicile de l'un de ses parents, étant précisé que sa base mensuelle d'entretien se monte à 600 fr. par mois (TF 5A_382/2021 du 20 avril 2022 consid. 8.3 *in fine*).

L'entretien de l'enfant majeur (minimum vital LP, voire, si possible, minimum vital du droit de la famille) n'entrera en ligne que lorsque le minimum vital du droit de la famille des enfants mineurs et celui du conjoint aura été couvert (ATF 147 III 265 consid. 7.2 et 7.3, FamPra.ch 2021 p. 200 note Stoll).

I. Du revenu de l'appelant

4. L'appelant reproche au premier juge d'avoir considéré qu'il avait des revenus de l'ordre de 12'000 fr. net par mois, alors que son revenu serait en réalité de l'ordre de 3'000 fr. brut par mois.

4.1

4.1.1 Pour fixer les contributions d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties (ATF 143 III 233 consid. 3.2 ; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 ; pour le tout TF 5A_600/2019 du 9 décembre 2020 consid. 5.1.1).

4.1.2 En l'espèce, la situation financière de l'appelant n'est pas claire en raison du fait qu'il n'a pas participé à l'instruction permettant de déterminer son revenu en 2019 et que, dans le cadre de la présente procédure, il n'a pas non plus produit toutes les pièces permettant de déterminer son revenu (cf. son bordereau de pièces du 3 novembre 2022 ad pièces requises 51 à 60 et ordonnance attaquée, p. 11).

Cela étant et malgré ce défaut de collaboration, les pièces qu'il a produites en deuxième instance sont recevables et ne rendent pas vraisemblable un revenu mensuel net de l'ordre de 12'000 francs. En effet, il ressort de ces pièces que la situation financière de l'appelant, ainsi que celle de la société X. _____ SA dont il est employé à plein temps, est vraisemblablement obérée. L'un et l'autre font l'objet de plusieurs actes de défaut de biens. Il ressort également tant de la décision de taxation du couple pour l'année 2020 que de la déclaration d'impôt de l'appelant pour l'année 2021, ainsi que des déclarations de salaire adressées à la caisse de pension (pièce 4) que le salaire mensuel net de l'appelant ne dépasse pas 2'806 fr. 20. Certes, en première instance l'appelant n'a pas collaboré à l'établissement de son revenu. Toutefois, comme on vient de le mentionner, on dispose en deuxième instance de plusieurs pièces recevables (cf. consid. 2.2.2 *supra*), rendant vraisemblable le revenu actuel allégué.

L'allégation de l'intimée selon laquelle elle «sait par ses fils que l'appelant dispose de revenus de la société E. _____ SA» n'est à ce stade pas suffisante pour retenir un revenu supérieur à 2'806 fr. 20. On ne dispose d'aucun élément permettant de retenir que cette société lui verse un revenu à titre de salaire ou de dividende, revenu qui aurait alors échappé aux autorités fiscales et de poursuite. De même si l'intimée se prévaut de la déclaration de l'appelant figurant dans la pièce 101 selon laquelle la société X. _____ SA risquait de perdre beaucoup d'argent si l'appelant n'entreprenait pas des voyages d'affaires à l'étranger, cette déclaration ne permet pas encore de retenir que l'appelant perçoit de cette société un salaire supérieur au salaire déclaré et retenu par les autorités fiscales et de poursuite.

Le président a relevé que l'appelant payait un montant de 2'230 fr. à la société E. _____ SA à titre de loyer de sous-location. D'une part, il ressort de la pièce 9 et son annexe que cette société reverse ce montant à la société bailleresse [...]. Cela démontre que ce montant de 2'230 fr. n'est pas conservé par l'appelant lui-même ni par la société dont il est administrateur. D'autre part, on doit garder à l'esprit que l'appelant devrait de toute manière disposer d'un logement lui permettant d'accueillir ses deux enfants mineurs lors de l'exercice du droit de visite, de sorte qu'il devrait louer un appartement de trois pièces et demie ou de quatre pièces. Un loyer de 2'230 fr., charges comprises, pour un tel logement à Renens ne paraît pas excessif. Enfin, dans la mesure où l'appelant ne paie pas ses impôts ni ses primes d'assurance-maladie de base - au vu des poursuites dont il fait l'objet - il paraît vraisemblable qu'il soit en mesure de payer un loyer de 2'230 fr. avec un salaire de 2'806 fr. 20 en faisant attention à toute autre dépense, comme il l'allègue.

Au stade de la vraisemblance, il faut retenir que l'appelant réalise un revenu mensuel net effectif de 2'806 fr. 20.

4.2 Le revenu de 2'806 fr. 20 de l'appelant ne lui permet pas de couvrir ses charges, même établies selon le minimum vital LP, à savoir 1'200 fr. de frais généraux d'entretien, 2'230 fr. de loyer et 318 fr. 30 de primes d'assurance-maladie de base, soit 3'748 fr. 30 au total. Toutefois, il ressort de la page 11 de l'ordonnance attaquée qu'«à tout le moins, il faut considérer que le requérant est en mesure de réaliser un tel revenu», soit un revenu mensuel net de 12'350 fr. Ce faisant, le président a implicitement imputé à l'appelant un revenu hypothétique à hauteur de ce montant.

4.2.1

4.2.1.1 Lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents ne fournit pas tous les efforts que l'on peut attendre de lui pour assumer son obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur.

Le débiteur d'entretien comme le créancier peuvent se voir imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et qu'on peut raisonnablement exiger d'elle afin de remplir ses obligations (ATF 143 III 233 consid. 3.2 ; ATF 137 III 102 consid. 4.2.2.2 ; TF 5A_71/2019 du 20 avril 2020 consid. 3.2.3). Un parent débiteur d'entretien ne peut pas à sa guise choisir de renoncer à un revenu qu'il pourrait obtenir d'une activité qu'on peut exiger de lui, afin de réaliser ses aspirations personnelles ou professionnelles (Stoudmann, Le divorce en pratique, Entretien du conjoint et des enfants, Partage de la prévoyance professionnelle, 2^e éd., 2023, p. 65 et les arrêts cités).

Lorsqu'il entend tenir compte d'un revenu hypothétique, le juge doit examiner deux conditions cumulatives. Il doit déterminer d'une part 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. Le juge doit d'autre part 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 d'une question de fait (ATF 143 III 233 consid. 3.2; 137 III 102 consid. 4.2.2.2). Les circonstances concrètes de chaque cas sont déterminantes. Les critères dont il faut tenir compte sont notamment l'âge, l'état de santé, les connaissances linguistiques, la formation (passée et continue), l'expérience professionnelle, la flexibilité sur les plans personnel et géographique, la situation sur le marché du travail, etc. (ATF 147 III 308 consid. 5.6; TF 5A_191/2021 du 22 février 2022 consid. 5.1.2; 5A_645/2020 du 19 mai 2021 consid. 5.2.1). Le juge qui impute un revenu hypothétique à un époux sans examiner ces deux conditions verse dans l'arbitraire (TF 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.2).

En principe, on accorde à la partie à qui l'on veut imputer un revenu hypothétique un délai approprié pour s'adapter à sa nouvelle situation ; ce délai doit être fixé en fonction des circonstances du cas

particulier (ATF 129 III 417 consid. 2.2 ; ATF 114 II 13 consid. 5 ; TF 5A_454/2017 du 17 mai 2018 consid. 6.1.1, non publié in ATF 144 III 377). Il faut notamment examiner si les changements étaient prévisibles pour la partie concernée (TF 5A_978/2018 précité ; TF 5A_224/2016 du 13 juin 2016 consid. 3.3 ; TF 5A_184/2015 du 22 janvier 2016 consid. 3.2). Lorsque le débirentier exerçait déjà une activité lucrative à plein temps et assumait une obligation d'entretien préexistante, rien ne justifie de lui laisser un temps d'adaptation, indépendamment de savoir si la perte d'emploi est volontaire ou non ; dans cette hypothèse, le débirentier doit au contraire entreprendre tout ce qui est en son pouvoir et en particulier exploiter pleinement sa capacité de gain pour pouvoir assumer son obligation d'entretien (TF 5A_619/2017 du 14 décembre 2017 consid. 4.2.2.1 ; TF 5A_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.4 ; TF 5A_692/2012 du 21 janvier 2013 consid. 4.3, in FamPra.ch. 2013 p. 486).

4.2.1.2 L'autorité d'appel ne peut rendre un arrêt réformatoire que si la cause est en état d'être jugée. Tel est le cas si elle dispose de tous les éléments pour trancher du bien-fondé d'une prétention ou pour rendre une décision d'irrecevabilité; la procédure prévue par la loi doit par ailleurs avoir été suivie. Les éléments de faits nécessaires à juger la prétention doivent être existants et les parties doivent avoir eu l'occasion de s'exprimer sur toutes les questions pertinentes pour le sort de la cause. Ces principes valent en appel (ATF 144 III 394 consid. 4.3.2.2, JdT 2019 II 147 ; TF 4A_745/2021 du 26 avril 2022 consid. 4.3.2.1). Une décision d'appel, alors que la cause n'est pas en état d'être jugée, constitue une violation du droit d'être entendu de la partie au détriment de laquelle il a été statué (ATF 144 III 394 consid. 4.3.2.2, JdT 2019 II 147).

L'autorité d'appel peut renvoyer la cause au juge de première instance, comme l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC l'y autorise, lorsque l'instruction à laquelle le premier juge a procédé est incomplète sur des points essentiels (ATF 138 III 374 c. 4.3.2 ; TF 5A_939/2012 du 8 mars 2013 c. 4.2.1). L'autorité d'appel décide d'office, c'est-à-dire indépendamment d'éventuelles conclusions, s'il y a lieu de procéder à un

complément d'instruction ou au renvoi de la cause (TF 5A_342/2022 du 26 octobre 2022 consid. 4.4).

4.2.2 En l'espèce, la question d'un revenu hypothétique doit être examinée. En effet, l'appelant a été astreint à contribuer à l'entretien de sa famille (à hauteur de 1'716 fr. pour chacun de ses trois enfants et de 1'826 fr. pour son épouse) par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 10 juillet 2019, confirmée sur ce point le 22 avril 2020. Il savait ainsi qu'il devait assumer l'entretien de sa famille. Comme on l'a vu, l'appelant dispose désormais d'un revenu effectif net de l'ordre de 2'800 fr., revenu qui ne lui permet même pas de couvrir son propre minimum vital (cf. *supra* consid. 4.2 *in fine*). Or, l'appelant doit faire tout ce qui est possible afin de remplir ses obligations d'entretien. En présence d'enfants mineurs, les exigences envers les parents sont élevées et il doit au besoin modifier son orientation professionnelle afin de remplir ses obligations d'entretien. Sa situation financière est d'autant moins satisfaisante que, de son côté, l'intimée a trouvé un travail qui lui procure un revenu mensuel net de 4'000 francs.

Il semblerait à ce stade que les conditions d'imputation d'un revenu hypothétique sont réalisées. Toutefois, il appartiendra au président de mener l'instruction aussi bien sur la question de principe que sur celle de la quotité d'un revenu hypothétique et, le cas échéant, sur celle de savoir si un délai d'adaptation doit être accordé à l'appelant.

L'absence d'instruction et de débat en première instance sur cette question a pour conséquence que l'autorité d'appel n'est pas en mesure de contrôler s'il y a eu constatation inexacte des faits ou violation du droit sur les questions qui précèdent. En statuant elle-même sur le revenu hypothétique, l'autorité de céans ne devrait pas compléter un état de fait lacunaire mais devrait mener une instruction *ab ovo* et rendre une décision, qui serait en réalité une décision de première instance. Ce procédé priverait aussi bien l'appelant que l'intimée de la double instance, de surcroît d'une autorité de juridiction bénéficiant d'un large pouvoir d'examen en fait, puisque la décision de l'autorité de céans ne serait

attaquable que devant le Tribunal fédéral sous l'angle limité de l'arbitraire (cf. art. 310 CPC et 105 LTF [loi du 19 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110] ; TF 5A_306/2022 du 29 mars 2023 consid. 2.2).

Malgré le large pouvoir d'examen de l'autorité de céans et l'application de la maxime d'office, le renvoi de la cause au premier juge s'impose. Il ne constitue pas une vaine formalité ou un rallongement inutile de la procédure mais s'avère nécessaire pour respecter le droit d'être entendu des parties et la garantie de la double instance.

Nonobstant le renvoi de la cause, il convient d'examiner d'ores-et-déjà les charges des parties sujettes à examen, en prévision de la nouvelle décision des mesures provisionnelles à intervenir.

II. Des charges des parties et celles des enfants

5. Si le premier juge arrive à la conclusion que les ressources à disposition permettent d'établir les charges des parties selon le minimum vital du droit de la famille, la charge fiscale devra être intégrée aussi bien dans les charges de l'intimée que dans celle de l'appelant (ATF 147 III 265 consid. 7.2 ; TF 5A_378/2021 du 7 septembre 2022 consid. 6.2). Sur ce point, c'est à tort que le président a établi les charges des parties selon le minimum vital du droit de la famille sans inclure la charge fiscale dans le budget de l'appelant (cf. ordonnance, pp. 11 et 12).

6. L'appelant allègue par ailleurs des frais de transport par 340 fr. et de repas par 266 francs.

6.1 Selon la jurisprudence, seules les charges effectives, à savoir celles qui sont réellement acquittées, peuvent être prises en compte pour le calcul de la contribution d'entretien, à l'exclusion de dépenses hypothétiques dont on ne sait si elles existeront finalement - et à concurrence de quel montant - ni si elles seront en définitive assumées (TF 5A_272/2019 et 5A_273/2019 du 9 juin 2020 consid. 4.1 et les réf. cit.).

6.2 L'ordonnance entreprise a écarté les frais de transport pour le motif que l'appelant n'en avait pas, étant résidant à la même adresse que son lieu de travail. Il n'avait pas non plus rendu vraisemblable s'acquitter des frais de repas.

Dans la mesure où, dans son appel, l'appelant n'explique pas en quoi ces considérations seraient erronées, ses moyens sont irrecevables pour défaut de motivation (cf. art. 311 al. 1 CPC). Au demeurant, ils doivent être rejetés. En effet, l'appelant qui allègue faire attention à n'importe quelle dépense, en particulier en se «nourri[ssant] exclusivement de ce qu'il y a dans son commerce», n'a produit aucune pièce pour rendre vraisemblable les frais qu'il allègue.

7. L'appelant reproche au président de ne pas avoir tenu compte des subsides à l'assurance-maladie dans les charges incompressibles de l'intimée et celles des enfants.

La prestation à laquelle le crédientier a droit à titre de subside à l'assurance-maladie doit être prise en considération pour calculer la contribution due (Juge délégué CACI 28 mars 2019/172 ; CACI 4 juillet 2018/410).

Le grief est dès lors fondé et il conviendra de déduire les subsides obtenues des primes d'assurance-maladie de tous les intéressés, soit 311 fr. pour l'intimée, 220 fr. pour C._____ et 121 fr. pour T._____ et pour K._____.

8. Enfin, les frais de loisirs ont été intégrés dans les coûts directs des enfants, soit 50 fr. pour T._____, 100 fr. pour K._____ et 100 fr. pour C._____.

8.1 Selon la jurisprudence, les frais de loisirs doivent être financés, lorsque la situation financière le permet, par l'excédent (ATF 147 III 265 consid. 7.2, FamPra.ch 2021 p. 200 note Stoll ; TF 5A_365/2019 du 14

décembre 2020 consid. 5.4.2 ; Juge délégué CACI 31 mai 2021/258 : idem pour des frais de fitness).

8.2 Dès lors, il conviendra de retrancher les frais de loisirs des coûts directs. Si le président arrive à la conclusion que les ressources à disposition permettent d'établir les charges des parties selon le minimum vital du droit de la famille et qu'il y a un excédent à répartir, il y aura alors lieu de prendre en compte les frais de loisirs.

III. Conclusions

9.

9.1 Dans la mesure où l'autorité de céans n'est pas à même de statuer sur le revenu de l'appelant (cf. *supra* consid. 4.2.2), élément déterminant pour arrêter les contributions d'entretien à la charge de celui-ci, il convient de renvoyer la cause au premier juge, afin qu'il examine le principe de l'imputation d'un revenu hypothétique et, le cas échéant la quotité de celui-ci, et qu'il statue à nouveau sur les contributions d'entretien dans le sens des considérants.

La conclusion subsidiaire de l'appelant dès lors être admise. L'ordonnance entreprise doit être annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle instruction et nouvelle décision, dans le sens des considérants (cf. art. 318 al. 1 let. c ch. 1 et 2 CPC). Les parties pourront ainsi bénéficier de la double instance quant à l'appréciation des faits objets de l'instruction.

9.2 En l'espèce, l'appelant ayant produit en deuxième instance les *nova* qu'il aurait pu produire en première instance, il se justifie de lui imputer les frais judiciaires et dépens de la présente procédure indépendamment du sort de l'appel, étant admis que l'art. 108 CPC peut s'appliquer si une partie n'invoque qu'en deuxième instance des *nova* recevables, mais qu'elle aurait pu faire valoir plus tôt (TF 5A_1067/2021 du 11 mai 2022 consid. 2.4.3 ; TF 5D_69/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.3.1 ; CPF 29 décembre 2017/316).

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (art. 65 al. 2 et 4 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelant, mais supportés provisoirement par l'Etat compte tenu de l'assistance judiciaire (art. 122 CPC). L'appelant versera en outre à l'intimée de plein dépens de deuxième instance, arrêtés à 2'000 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

10.

10.1 Les conditions de l'art. 117 CPC étant réalisées, la requête d'assistance judiciaire de l'appelant doit être admise, Me Didier Kvicinsky étant désigné comme son conseil d'office pour la procédure de deuxième instance, avec effet au 5 janvier 2023.

10.2 Me Kvicinsky, conseil de l'appelant, a allégué une durée d'activité de 6 heures et 15 minutes pour la période du 5 janvier au 22 février 2023. Cette durée peut être admise. Au tarif horaire de 180 fr., ses honoraires s'élèvent à 1'125 fr. (180 fr. x 6,25h), montant auquel s'ajoutent des débours forfaitaires de 2%, par 22 fr. 50 (art. 3bis RAJ), la TVA sur le tout par 88 fr. 35, ce qui donne un total de 1'235 fr. 85, arrondi à 1'236 francs.

10.3 Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office, laissés provisoirement à la charge de l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 123 CPC).

Il incombe à la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes (anciennement Service juridique et législatif) de fixer le principe et les modalités de ces remboursements (art. 39a du code du 12 janvier 2010 de droit privé judiciaire vaudois [CDP]; BLV 121.02]).

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

- I. L'appel est admis.
- II. L'ordonnance est annulée et la cause est renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'200 fr. (mille deux francs), sont mis à la charge de l'appelant J._____, mais supportés provisoirement par l'Etat.
- IV. L'appelant J._____ doit verser à l'intimée S._____ la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. La requête d'assistance judiciaire déposée par J._____ est admise avec effet au 5 janvier 2023, Me Didier Kvicinsky étant désigné comme conseil d'office.
- VI. L'indemnité de Me Didier Kvicinsky, conseil d'office de l'appelant J._____, est arrêtée à 1'236 fr. (mille deux cent trente-six francs), débours et TVA compris.
- VII. L'appelant J._____, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, est tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité de son conseil d'office, supportés provisoirement par l'Etat, dès qu'il sera en mesure de le faire.

VIII. L'arrêt est exécutoire.

La juge unique :

La greffière:

Du

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

- Me Didier Kvicinsky, avocat (pour J. _____)
- Me Amir Dhyaf, avocat (pour S. _____)
- M. C. _____

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

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

La juge unique 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).

La greffière :