

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 5 mars 2021

---

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

\* \* \* \* \*

**Art. 179 al. 1 CC**

Statuant sur l'appel interjeté par **Q.**\_\_\_\_\_, à [...], intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 3 février 2021 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelant d'avec **F.**\_\_\_\_\_, à [...], requérante, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

## **En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 3 février 2021, adressée aux parties pour notification le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : le président) a partiellement admis la requête de mesures provisionnelles déposée le 6 mai 2020 par F.\_\_\_\_\_ contre Q.\_\_\_\_\_ (I), a dit que Q.\_\_\_\_\_ contribuerait à l'entretien de F.\_\_\_\_\_ par le régulier versement d'une pension mensuelle de 2'200 fr. dès et y compris le 1<sup>er</sup> mai 2020 (II), a dit que les frais et dépens des mesures provisionnelles suivaient le sort de la cause au fond (III) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge, saisi par F.\_\_\_\_\_ d'une requête tendant à la modification de la précédente réglementation de la séparation des parties, qui prévoyait en particulier qu'aucune contribution d'entretien n'était due entre époux compte tenu de leur situation financière respective, a considéré que le fait que l'enfant [...] était désormais majeur et en apprentissage et que les revenus de Q.\_\_\_\_\_ avaient augmenté de plus de 30% constituaient une modification essentielle et durable de la situation justifiant d'entrer en matière sur cette requête. Examinant la situation financière actuelle des parties, l'autorité précédente a retenu que le revenu mensuel net de Q.\_\_\_\_\_ s'élevait à 5'245 fr. et que ses charges incompressibles étaient de 2'602 fr. 45, de sorte que son budget présentait un disponible de 2'642 fr. 55. F.\_\_\_\_\_ bénéficiait quant à elle du Revenu d'insertion et aucun revenu hypothétique ne pouvait lui être imputé, de sorte que son budget présentait un déficit équivalent au montant de ses charges incompressibles, à savoir 1'969 fr. 15. Le disponible de Q.\_\_\_\_\_ devait ainsi servir en premier lieu à couvrir le déficit de son épouse et le disponible résiduel devait être partagé à raison, peu ou prou, de deux tiers en faveur de l'intéressé et d'un tiers en faveur de F.\_\_\_\_\_. La contribution d'entretien a ainsi été fixée, en chiffres ronds, à 2'200 francs.

**B.** Par acte du 12 février 2021, Q.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre l'ordonnance précitée, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants, subsidiairement à sa réforme en ce sens que la requête de mesures provisionnelles déposée le 6 mai 2020 par F.\_\_\_\_\_ soit rejetée. Il a par ailleurs requis que l'effet suspensif soit accordé à l'appel, ainsi que l'assistance judiciaire.

Le 16 février 2021, le Juge délégué de la Cour de céans a informé Q.\_\_\_\_\_ qu'il était en l'état dispensé de l'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

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

**1.** Q.\_\_\_\_\_, né le [...] 1963, et F.\_\_\_\_\_, née le [...] 1966, tous deux de nationalité [...], se sont mariés le [...] 1983 à [...].

Trois enfants, aujourd'hui majeurs, sont issus de cette union, à savoir :

- [...], né le [...] 1984 ;
- [...], née le [...] 1991 ;
- [...], né le [...] 2001.

Q.\_\_\_\_\_ est également le père de l'enfant [...], née hors mariage le [...] 2002, qui vit au [...] avec sa mère.

**2.** Les parties vivent séparées depuis le 17 mars 2017. Les modalités de leur séparation ont été réglées par convention signée lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 28 avril

2017, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, dont le contenu est le suivant :

- « I. Les époux F. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_ conviennent de vivre séparés pour une durée indéterminée, étant précisé que la séparation effective est intervenue le 17 mars 2017.
- II. Le lieu de résidence de l'enfant [...], né le [...] 2001, sera alternativement au domicile de sa mère et au domicile de son père, de manière équitable, selon des modalités à fixer d'entente entre les parents et leur fils, compte tenu de l'âge de celui-ci et de ses occupations.  
Le domicile légal de l'enfant [...] est fixé chez son père.
- III. La jouissance du domicile conjugal, sis [...] est attribuée à Q. \_\_\_\_\_, qui en assumera seul le loyer et les charges.
- IV. Il est constaté que le montant assurant l'entretien convenable de [...] s'élève à 1'373 fr. 45 par mois, ce qui correspond aux coûts directs, tenant compte d'une part de loyer chez chacun des parents, vu la garde alternée.
- V. Au vu des revenus et charges de Q. \_\_\_\_\_, il n'est pas prévu de contribution d'entretien en faveur de [...] mise à part le versement des allocations familiales en mains de son épouse que Q. \_\_\_\_\_ pourrait toucher lors de ses missions temporaires.  
Pour le surplus, il est prévu que chaque partie prenne en charge l'enfant lorsqu'il en a la garde, F. \_\_\_\_\_ assumant les primes d'assurance-maladie de [...].
- VI. La renonciation à toute contribution d'entretien qui précède se base sur un revenu mensuel moyen de 4'000 fr. net pour Q. \_\_\_\_\_ (moitié du temps au chômage à 3'370 fr. et moitié du temps en mission temporaire à environ 4700 fr.), F. \_\_\_\_\_ ne percevant pour sa part aucun revenu.
- VII. Au vu de ce qui précède, il n'est pas prévu non plus de contribution d'entretien de Q. \_\_\_\_\_ en faveur de F. \_\_\_\_\_ . »

Lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 septembre 2017, les parties ont conclu une seconde convention, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, libellée comme il suit :

- « I. Le lieu de résidence de l'enfant [...], né le [...] 2001, sera désormais au domicile de son père, qui exercera la garde de fait.
- II. F. \_\_\_\_\_ jouira d'un libre droit de visite sur son fils, à exercer d'entente avec celui-ci et le père.

- III. F.\_\_\_\_\_ pourra venir rechercher ses affaires personnelles, à savoir ses habits, ses papiers, les cadeaux qu'elle a reçu notamment pour son cinquantième anniversaire le 27 septembre 2017 dès 18 heures au domicile de Q.\_\_\_\_\_.
- IV. En l'état, il est constaté que le montant assurant l'entretien convenable de [...] s'élève à 745 fr. par mois, ce qui correspond à ses coûts directs, compte tenu de primes d'assurance-maladie estimées à 100 fr. et d'allocations familiales de 250 francs.  
F.\_\_\_\_\_ ne peut pas verser de contribution d'entretien, étant au RI. Q.\_\_\_\_\_ conservera les allocations familiales, y compris l'arriéré qui pourrait lui être versé dès et y compris la séparation. Q.\_\_\_\_\_ prendra en charge désormais, soit dès le 1<sup>er</sup> octobre 2017, les primes d'assurance-maladie de son fils, ainsi que la franchise et la quote-part, y compris pour les factures médicales antérieures au 1<sup>er</sup> octobre 2017.
- V. La convention signée par les parties le 28 avril 2017, ratifiée pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale, reste valable pour le surplus. »

**3.** Le 22 juillet 2019, Q.\_\_\_\_\_ a déposé une demande unilatérale en divorce.

L'audience de conciliation s'est déroulée le 7 octobre 2019.

Q.\_\_\_\_\_ a déposé une demande motivée le 8 janvier 2020.

Le 6 mai 2020, F.\_\_\_\_\_ a déposé une réponse et a pris des conclusions reconventionnelles.

**4. a)** Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles du 6 mai 2020, F.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que Q.\_\_\_\_\_ lui doive une contribution d'entretien de 2'703 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> août 2019, celle-ci devant être indexée à l'Indice suisse des prix à la consommation le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année, la première fois le 1<sup>er</sup> janvier 2021.

Le 8 mai 2020, le président a rejeté la requête de mesures d'extrême urgence.

**b)** Dans un procédé écrit du 19 mai 2020, Q.\_\_\_\_\_ a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de la requête précitée. A l'appui de

cette écriture, il a requis la production, en mains de F.\_\_\_\_\_, de tout document permettant d'établir les revenus perçus par celle-ci, en particulier ses contrats de travail et décomptes de salaire « de janvier 2017 à ce jour » (P. 251), des extraits de tous ses comptes bancaires pour cette période (P. 252), de tout document permettant d'établir ses charges mensuelles (P. 253) et de tout document permettant d'établir ses recherches d'emploi lors de ladite période (P. 254).

**c)** Le 26 mai 2020, le président a ordonné la production par F.\_\_\_\_\_ des pièces requises 253 et 254 précitées.

**d)** Lors de l'audience de premières plaidoiries et de mesures provisionnelles du 18 juin 2020, F.\_\_\_\_\_ a produit des déterminations sur le procédé écrit du 19 mai 2020 et chaque partie a été interrogée à forme de l'art. 191 CPC. Le président a clos l'instruction des mesures provisionnelles, sous réserve de la production dans un délai de dix jours, par Q.\_\_\_\_\_ d'une part, de toute pièce relative à son concubinage ainsi qu'à la faculté pour sa concubine de contribuer aux frais du ménage et, par F.\_\_\_\_\_ d'autre part, de « toute éventuelle pièce relative à ses recherches d'emploi depuis juillet 2019 à ce jour ainsi qu'à sa capacité de gain durant cette période et pour les prochains mois ». Lors de l'instruction des premières plaidoiries, Q.\_\_\_\_\_ a maintenu ses réquisitions de production de certaines pièces dans la procédure au fond, à savoir les pièces 51-54 et 56.

**e)** Après avoir sollicité et obtenu des prolongations de délai, F.\_\_\_\_\_ a produit le 16 septembre 2020, tant en rapport avec les mesures provisionnelles qu'avec la procédure au fond, un bordereau complémentaire de quatre pièces comprenant des certificats médicaux établis le 7 septembre 2020 (P. 104bis), un document attestant de la valeur ARGUS d'un véhicule [...] et la carte grise de celui-ci (P. 108), ainsi qu'une autorisation signée par celle-ci le 8 septembre 2020 tendant à ce que le médecin-conseil du Service de prévoyance et d'aide sociales puisse contacter ses médecins traitants (P. 113bis). La pièce 113, à savoir toutes

pièces établissant ses recherches d'emploi « de juillet 2019 à ce jour », n'a pas été produite et la mention « à produire » figurait sur le bordereau.

**f)** Par courrier du 28 septembre 2020, le président a imparti une unique prolongation de dix jours à F.\_\_\_\_\_ pour produire la pièce 113. Il a indiqué que « par pragmatisme, pour éviter qu'il faille statuer à nouveau en matière provisionnelle peu après le rendu d'une ordonnance, pour tenir compte de pièces nouvelles, et compte tenu des maximes applicables aux procédures touchant aux enfants », il acceptait de verser au dossier provisionnel les autres pièces produites par la prénommée, quand bien même l'instruction de la cause provisionnelle avait été close à l'audience du 18 juin 2020. Il a précisé qu'à réception de la pièce 113, une ordonnance de mesures provisionnelles, ainsi qu'une ordonnance de preuves dans la procédure au fond, seraient rendues, sans autre formalité.

**5. a)** Q.\_\_\_\_\_ travaille depuis 2018 en qualité de monteur sanitaire pour le compte de [...]. Ses fiches de salaires des mois de janvier à avril 2020 indiquent un salaire mensuel brut de 5'950 fr., le total des cotisations sociales s'élevant à 17.075%. La fiche de salaire du mois de mars 2020 mentionne une « retenue carence maladie » de 549 fr. 25 brut. Celle du mois d'avril 2020 fait état du paiement, en sus du salaire brut, d'heures supplémentaires (« paiement horaire mobile 125% ») pour un montant brut de 4'160 fr. 85. Un montant net de 50 fr. a été déduit de son salaire à titre de « part privée voiture de service ». L'intéressé bénéficie d'un 13<sup>e</sup> salaire.

Q.\_\_\_\_\_ vit en concubinage. Sa compagne ne réalise aucun revenu.

Les charges mensuelles constituant le minimum vital de Q.\_\_\_\_\_ sont les suivantes :

Base mensuelle minimum vital	850 fr. 00
Loyer	1'200 fr. 00
Assurance-maladie	432 fr. 45

<u>Contribution d'entretien enfant [...]</u>	<u>120 fr. 00</u>
Total	2'602 fr. 45

**b) F.\_\_\_\_\_** n'exerce plus d'activité lucrative depuis 2015.

Selon la décision rendue par l'Office de l'assurance-invalidité (ci-après : l'OAI) le 9 décembre 2019, F.\_\_\_\_\_ a présenté une incapacité de travail à 100% de septembre 2015 à novembre 2016 et a perçu une rente entière d'invalidité ainsi qu'une rente complémentaire pour l'enfant [...] durant cette période. De décembre 2016 à février 2018, elle a présenté un degré d'invalidité de 43% et a perçu un quart de rente pour elle-même et cet enfant. L'OAI a considéré que dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles, l'intéressée présentait un capacité de travail exigible de 50% dès le 1<sup>er</sup> septembre 2016, puis de 100% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2017. Elle n'avait ainsi plus droit à une rente d'invalidité à compter du 1<sup>er</sup> décembre 2017. Les rentes AI accordées par cette décision n'ont pas été versées à F.\_\_\_\_\_, mais à divers organismes en remboursement de montants avancés par ceux-ci, à savoir la Caisse cantonale de chômage, Gastrosocial, SWICA Organisation de santé et le CSR Broye-Vully.

Depuis mars 2018, F.\_\_\_\_\_ vit exclusivement grâce au Revenu d'insertion.

Il ressort de différents certificats établis par le Dr [...], médecin traitant de l'intéressée, que celle-ci est « en arrête [sic] de travail indéterminé depuis septembre 2014 pour raison de santé » et qu'elle a été en arrêt de travail à 100% du 1<sup>er</sup> février 2018 au 30 septembre 2020, le dernier certificat étant daté du 7 septembre 2020.

F.\_\_\_\_\_ vit avec son fils [...].

Les charges mensuelles constituant le minimum vital de F.\_\_\_\_\_ se décomposent comme il suit :

Base mensuelle minimum vital	850 fr. 00
Loyer	1'060 fr. 00
<u>Assurance-maladie (subside déduit)</u>	<u>59 fr. 15</u>
Total	1'969 fr. 15

## **En droit :**

### **1.**

#### **1.1**

**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]).

**1.1.2** Vu la nature réformatoire de l'appel, l'appelant doit en principe prendre des conclusions sur le fond. Ses conclusions doivent être suffisamment précises pour qu'en cas d'admission de l'appel, elles puissent être reprises telles quelles dans le dispositif (ATF 137 III 617 consid. 4.3. et 6.1, JdT 2014 II 187 ; TF 4A\_207/2019 du 17 août 2020 consid. 3.2, destiné à la publication).

L'appelant ne saurait ainsi - sous peine d'irrecevabilité - se limiter à conclure à l'annulation de la décision attaquée. Il n'est fait

exception à la règle de l'irrecevabilité des conclusions en annulation que si l'autorité, en cas d'admission de l'appel, ne serait de toute manière pas en mesure de statuer elle-même sur le fond, en particulier faute d'un état de fait suffisant, et ne pourrait que renvoyer la cause à l'autorité inférieure (ATF 134 III 379 consid. 1.3, JdT 2012 III 23 ; TF 4A\_426/2019 du 12 septembre 2019 consid. 5.1 ; TF 5A\_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 1.2).

**1.2** En l'espèce, l'appel a été formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et porte sur des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 francs.

La conclusion principale en annulation prise par l'appelant n'est pas recevable dès lors que, comme il le sera démontré ci-dessous, l'autorité de céans est en mesure de statuer elle-même sur le fond sur la base d'un état de fait suffisant.

L'appel est dès lors recevable dans la mesure de sa conclusion réformatoire prise à titre subsidiaire.

## **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).

**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 138 III 97 consid. 3.4.2 et les références citées ; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb ; TF 5A\_466/2019 du 25 septembre 2019 consid. 4.2), en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 131 III 473 consid. 2.3 *in limine* ; TF 5A\_71/2018 du 12 juillet 2018 consid. 4.2 et les références citées).

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 (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).

Pour les questions relatives aux époux, en particulier la contribution d'entretien, 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\_756/2017 du 6 novembre 2017 consid. 3.4 ; TF 5A\_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3.1).

### **3.**

**3.1** Dans un premier moyen, l'appelant fait grief au premier juge d'avoir violé son droit à la preuve, et donc son droit d'être entendu, au motif que le magistrat n'aurait pas ordonné la production des pièces 251

et 252 qu'il avait requises en mains de l'intimée. Il soutient qu'il n'aurait jamais renoncé à la production de ces titres et que l'autorité précédente n'aurait pas motivé sa décision de ne pas donner suite à cette réquisition par une appréciation anticipée des preuves. L'ordonnance devrait ainsi être annulée pour ce motif.

**3.2** Aux termes de l'art. 152 al. 1 CPC, toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile.

Le droit à la preuve suppose qu'un fait doive être prouvé (art. 150 al. 1 CPC), qu'il soit pertinent, qu'il ne soit pas déjà prouvé, qu'il soit allégué de manière suffisamment motivée, que la preuve en ait été régulièrement offerte en temps utile selon les règles de la procédure et que les moyens de preuve soient admissibles et adéquats (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2 ; ATF 135 III 295 consid. 7.1 ; TF 5A\_753/2018 du 1<sup>er</sup> juillet 2019 consid. 2.1.1.1 ; TF 5A\_113/2018 du 12 septembre 2018 consid. 4.2.1.1, non publié à l'ATF 144 III 541).

Le tribunal doit administrer une preuve offerte, pour autant qu'elle soit adéquate, autrement dit qu'elle soit apte à forger la conviction du tribunal sur la réalité d'un fait pertinent, à savoir dont la démonstration peut avoir une incidence sur l'issue du litige (adéquation objective). Une mesure probatoire peut en outre être refusée à la suite d'une appréciation anticipée des preuves, c'est-à-dire lorsque l'autorité parvient à la conclusion que l'administration de la preuve sollicitée ne pourrait plus modifier sa conviction parce que le fait pertinent a déjà été prouvé (ATF 131 I 153 consid. 3 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6), en sorte que le moyen de preuve offert ne doit pas être superfétatoire, ce qui signifie que la preuve n'est pas inutile parce que le juge, après avoir pris connaissance des autres preuves, est déjà convaincu de l'existence ou de l'inexistence du fait à prouver (adéquation subjective) (TF 5A\_877/2013 du 10 février 2014 consid. 4.1.3, publié in RSPC 2014 p. 254 avec note de Bohnet).

**3.3** En l'espèce, à l'appui de son procédé écrit du 19 mai 2020, l'appelant a requis la production, en mains de l'intimée, de tout document permettant d'établir les revenus perçus par celle-ci, en particulier ses contrats de travail et décomptes de salaire « de janvier 2017 à ce jour » (P. 251), des extraits de ses comptes bancaires (P. 252), de tout document permettant d'établir ses charges mensuelles (P. 253) et de tout document permettant d'établir ses recherches d'emploi (P. 254).

Le 26 mai 2020, l'autorité précédente a ordonné production, en mains de l'intimée, des pièces 253 et 254 précitées.

Lors de l'audience de premières plaidoiries et de mesures provisionnelles du 18 juin 2020, le premier juge a clos l'instruction des mesures provisionnelles sous réserve de la production, par l'appelant d'une part, de toute pièce relative à son concubinage ainsi qu'à la faculté pour sa concubine de contribuer aux frais du ménage et, par l'intimée d'autre part, de « toute éventuelle pièce relative à ses recherches d'emploi depuis juillet 2019 à ce jour ainsi qu'à sa capacité de gain durant cette période et pour les prochains mois ». Lors de l'instruction des premières plaidoiries, l'appelant a maintenu ses réquisitions de production de certaines pièces dans la procédure au fond, à savoir les pièces 51-54 et 56. On constate ainsi que l'appelant n'a rien fait valoir dans le cadre des mesures provisionnelles au sujet des pièces requises 251 et 252 et ne s'est pas opposé à la clôture de la procédure probatoire de ces mesures.

En vertu du principe de la bonne foi applicable en procédure (art. 52 CPC), l'instance d'appel peut refuser d'administrer un moyen de preuve régulièrement offert en première instance lorsque la partie a renoncé à son administration, notamment en ne s'opposant pas à la clôture de la procédure probatoire (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2). *A fortiori*, l'appelant ne peut donc pas revenir sur son omission de s'opposer à la clôture de l'instruction pour obtenir l'annulation de l'ordonnance et le renvoi de la cause en première instance. En outre, le premier juge n'avait ainsi pas davantage à expliquer dans l'ordonnance querellée les raisons

pour lesquelles il n'avait pas été donné suite à la réquisition de production des pièces 251 et 252.

Le moyen est infondé.

#### **4.**

**4.1** Se prévalant d'une violation de l'art. 229 CPC, l'appelant fait grief au premier juge d'avoir admis les pièces produites par l'intimée le 16 septembre 2020, alors que l'instruction des mesures provisionnelles avait été close à l'issue de l'audience du 18 juin 2020, sous réserve de la production notamment par l'intimée de certaines pièces. Il soutient que les pièces produites le 16 septembre 2020 sortiraient de ce cadre et auraient dû être déclarées irrecevables, ce qui devrait conduire à l'annulation de l'ordonnance, ce d'autant que le premier juge aurait tenu compte de ces titres pour rendre la décision querellée.

**4.2** Selon l'art. 229 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (novas proprement dits) (let. a) ou qu'ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits) (let. b).

S'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Lorsqu'il doit établir les faits d'office, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

**4.3** En l'espèce, lors de l'audience du 18 juin 2020, le premier juge a imparti un délai de dix jours à l'intimée pour produire « toute éventuelle pièce relative à ses recherches d'emploi depuis juillet 2019 à ce jour » et

« à sa capacité de gain durant cette période et pour les prochains mois ». Il a ensuite clos l'instruction de mesures provisionnelles sous réserve de la production de ces pièces, ainsi que de celles-ci requises en mains de l'appelant.

Après avoir sollicité et obtenu des prolongations de délai, l'intimée a produit le 16 septembre 2020, tant en rapport avec les mesures provisionnelles qu'avec la procédure au fond, un bordereau complémentaire de quatre pièces. Les pièces 104bis et 113bis sont des certificats médicaux établis le 7 septembre 2020 faisant état d'une incapacité de travail totale de l'intimée entre le 1<sup>er</sup> février 2018 et 30 septembre 2020 (P. 104bis) et une autorisation signée par l'intéressée le 8 septembre 2020 afin que le médecin-conseil du Service de prévoyance et d'aide sociales, dans le cadre de l'évaluation de ses capacités à entrer dans un projet d'insertion, puisse contacter ses médecins traitants. La pièce 108 est constituée d'un document attestant de la valeur ARGUS d'un véhicule [...] et de la carte grise de celui-ci. La pièce 113, à savoir toutes pièces établissant les recherches d'emploi de l'intimée « de juillet 2019 à ce jour », n'a pas été produite (mention « à produire »).

Les titres 104bis et 113bis concernent l'état de santé de l'intimée et constituent donc des pièces relatives à « sa capacité de gain durant cette période [Réd. depuis juillet 2019 à ce jour] et pendant les prochains mois » comme mentionné dans le procès-verbal de l'audience précitée. On ne voit donc pas pourquoi ces pièces auraient dû être considérées comme nouvelles car elles sortiraient du cadre pour lequel l'instruction des mesures provisionnelles n'a pas été close. L'appelant ne s'en explique du reste pas.

En ce qui concerne la pièce 108, on ne voit pas dans l'ordonnance entreprise la mention de la valeur du véhicule précité. Ce titre n'a donc aucune pertinence dans le cadre de la présente procédure d'appel et son retranchement ne changerait rien à l'issue de la cause.

Le moyen est infondé.

## **5.**

**5.1** L'appelant reproche au premier juge d'avoir retenu que son revenu mensuel net s'élevait à 5'245 francs. Sans motiver plus amplement son grief, il soutient que sans tenir compte des heures supplémentaires, lesquelles varieraient d'année en année, il n'apparaîtrait « pas arbitraire de retenir un revenu mensuel de 4'750 fr., allocations familiales et indemnités repas déduites ».

L'autorité précédente a retenu que depuis 2018, l'appelant travaillait en qualité de monteur sanitaire auprès de [...] et percevait à ce titre un revenu mensuel net de « 5'245 fr. (5'950 fr. brut - 17.075% de déductions x 13/12 - 50 fr./mois en moyenne carence maladie - 50 fr. frais véhicule privé), hors allocations familiales, indemnité pour repas et indemnité pour heures de travail allant au-delà d'un 100% ».

**5.2** En l'espèce, on constate que le premier juge a déterminé le revenu mensuel net de l'appelant en se fondant sur le salaire mensuel brut ressortant des fiches de salaire des mois à janvier à avril 2020, duquel il a déduit les cotisations sociales mentionnées sur celles-ci, une moyenne mensuelle des retenues « carence maladie » et la retenue pour frais de véhicule privé, en indiquant expressément qu'il ne tenait pas compte des indemnités pour heures supplémentaires. Seule la fiche de salaire du mois d'avril 2020 fait état d'une indemnité pour heures supplémentaires intitulée « paiement horaire mobile 125% », versée en sus du salaire mensuel brut de base de 5'950 francs. On discerne ainsi mal en quoi le premier juge aurait tenu compte d'heures supplémentaires variables dès lors qu'il s'est fondé sur le salaire mensuel brut mentionné dans toutes les fiches de salaires précitées, en indiquant qu'il ne prenait pas en considération les indemnités « pour heures de travail allant au-delà d'un 100% », lesquelles sont différenciées du salaire mensuel brut sur les fiches de salaire. La manière dont l'autorité précédente a calculé le revenu mensuel net de l'appelant, qui n'est du reste pas spécifiquement remise en cause par l'intéressé, n'apparaît ainsi pas critiquable et doit être

confirmée. On relèvera au surplus que l'appelant n'explique pas les paramètres qu'il prend en compte pour aboutir à la conclusion que son revenu mensuel net serait de 4'750 fr. comme il le prétend.

Cela étant, à supposer que le premier juge ait tenu compte des heures supplémentaires réalisées par l'appelant, cette approche ne serait pas davantage critiquable. On rappellera en effet que dans la recherche des moyens disponibles pour couvrir l'entretien convenable de tous les membres de la famille, le juge doit prendre en considération tous les revenus du travail (TF 5A 311/2019 du 11 novembre 2020 consid. 7.1, destiné à la publication). De plus, en cas de situation financière serrée et lorsque le juge ordonne des mesures valables uniquement pour une durée limitée, des heures supplémentaires régulièrement accomplies et rémunérées peuvent être prises en considération : il ne s'agit alors pas de contraindre le débirentier à en réaliser, ni d'examiner la situation sous l'angle du revenu hypothétique, mais de tenir compte de la situation effective (TF 5P.172/2002 du 6 juin 2002 consid. 2.1, publié in FamPra.ch 2002 p. 809).

## **6.**

**6.1** L'appelant fait grief au premier juge de ne pas avoir imputé de revenu hypothétique à l'intimée. Il soutient que l'OAI aurait considéré que l'intéressée avait une capacité de travail exigible dans une activité adaptée à ses limitations fonctionnelles depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2017 et qu'elle n'aurait plus droit à une rente d'invalidité depuis le 1<sup>er</sup> mars 2018, de sorte qu'elle serait en mesure de travailler, en précisant que les certificats médicaux produits par l'intimée en première instance auraient dû être déclarés irrecevables. Il ajoute que l'autorité précédente aurait écarté à tort les rapports médicaux ayant servi de base pour la décision de l'OAI pour se fonder sur les certificats du médecin généraliste de l'intimée, dont la force probante devrait être relativisée. Il prétend encore que l'intimée n'aurait pas un faible niveau de français car elle serait arrivée en Suisse en 2007 et que cette circonstance n'aurait de toute manière jamais été un obstacle puisque l'intéressée aurait travaillé par le passé. Il fait

également valoir que l'intimée n'aurait pas effectué les recherches d'emploi que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle depuis la séparation des parties et que son âge ne constituerait pas davantage un obstacle pour retrouver du travail. Il en conclut que l'intimée aurait la possibilité effective d'exercer une activité lucrative dans l'un des domaines mentionnés par l'OAI, ou dans son ancien domaine d'activité, et réaliser ainsi un revenu mensuel net hypothétique de 3'971 francs.

L'autorité précédente a retenu que l'intimée, âgée de 54 ans, émargeait toujours à l'aide sociale et que son niveau de français était faible, au point que c'était son assistante sociale qui devait s'entretenir avec les entreprises contactées en vue de trouver un emploi. Son état de santé était manifestement mauvais, puisqu'elle bénéficiait de certificats médicaux attestant de son incapacité de travail depuis l'année 2014 et que son incapacité de travail avait été totale ces deux dernières années ; elle présentait en outre des limitations fonctionnelles selon la décision de l'OAI du 9 décembre 2019. L'intéressée ne disposait par ailleurs pas de diplômes et n'avait pas travaillé depuis de nombreuses années, la pandémie actuelle rendant encore plus difficile l'obtention d'un emploi. Compte tenu de ces éléments, le premier juge a considéré qu'aucun revenu hypothétique ne pouvait être imputé à l'intimée, quand bien même celle-ci avait travaillé à 100% durant de nombreuses années, pendant la vie commune, notamment lorsque les parties vivaient en [...], et qu'en l'état, le principe de solidarité devait encore prévaloir.

**6.2** 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). En particulier, 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 imputer un revenu hypothétique. Il s'agit ainsi

d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et que l'on peut raisonnablement exiger qu'elle obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (TF 5A\_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.1 et les références citées ; TF 5A\_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 3.1.2 ; TF 5A\_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1). 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 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 de son âge et 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).

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, la capacité de travail existante doit être complètement exploitée et il y a une certaine astreinte à l'effort ; toutefois, l'astreinte à l'effort trouve évidemment ses limites dans la réalité concrète et il ne faut pas retenir des revenus hypothétiques irréalistes (TF 5A\_311/2019 du 11 novembre 2020 consid. 7.4, destiné à la publication).

**6.3** En l'espèce, il est constant que l'état de santé de l'intimée est mauvais compte tenu des éléments du dossier. On rappellera à cet égard que toute incapacité de travail, même médicalement attestée, ne donne pas encore droit à une rente d'assurance invalidité (TF 5A\_455/2019 du 23 juin 2020 consid. 5). Partant, le fait que l'intimée ne perçoive plus une telle rente n'est donc pas un critère suffisant pour considérer que son état de santé permet de lui imputer un revenu hypothétique. L'appelant conteste la valeur probante des certificats médicaux établis par le Dr [...] (P. 104 et 104bis), médecin traitant de l'intimée, qui auraient été établis « à la demande de la patiente ». Il est cependant usuel que de tels certificats soient requis lorsqu'un patient a quelque chose à certifier, ce qui est à peu près la seule utilité ce genre de documents. Pour le reste, comme on l'a vu (cf. *supra* consid. 4.3), les certificats produits sous pièce 108bis n'ont pas à être retranchés du dossier. De plus, comme les critères d'évaluation de la capacité de travail sont différents en ce qui concerne l'AI et le droit de la famille, on ne peut pas reprocher au premier juge d'avoir donné foi aux constatations du médecin traitant de l'intimée, ce d'autant que celui-ci a attesté d'une incapacité de travail postérieurement à la décision de l'OAI du 9 décembre 2019 et aux documents médicaux ayant servis de base à cette décision.

Quant aux lacunes en français de l'intimée retenues par l'autorité précédente, elles ne sont pas valablement remises en cause par l'appelant dès lors qu'il se contente d'indiquer que l'intéressée serait arrivée en Suisse en 2007 et que ces prétendues lacunes n'auraient jamais été un obstacle par le passé. Il ne discute pas davantage l'élément factuel mis en avant dans l'ordonnance, selon lequel l'assistante sociale de l'intimée devait servir d'intermédiaire pour contacter des employeurs potentiels.

Partant, vu la situation médicale de l'intimée, ses lacunes en français et la durée de son éloignement du monde du travail – à savoir depuis 2015 –, on peut effectivement considérer que ses chances de retrouver un emploi à court terme sont inexistantes. Dans ce contexte, le

fait que l'intéressée n'aurait pas effectué les recherches d'emploi que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle n'est d'aucun secours à l'appelant.

Compte tenu de ces éléments, l'appréciation du premier juge est fondée et doit être confirmée. Aucun revenu hypothétique ne peut ainsi être imputé à l'intimée.

## **7.**

**7.1** En définitive, l'appel, manifestement infondé, doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et l'ordonnance confirmée.

Compte tenu de ce résultat, la requête d'effet suspensif est sans objet et la requête d'assistance judiciaire présentée par l'appelant doit être rejetée (art. 117 let. b CPC).

**7.2** Vu l'issue de l'appel, 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 (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance dès lors que l'intimée n'a pas été invitée à déposer une réponse (art. 312 al. 1 *in fine* CPC).

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

- I.** L'appel est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II.** L'ordonnance est confirmée.

- III.** La requête d'effet suspensif est sans objet.
- IV.** La requête d'assistance judiciaire est rejetée.
- V.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant Q.\_\_\_\_\_.
- VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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

- Me Dario Barbosa (pour Q.\_\_\_\_\_),
- Me Olga Collados Andrade (pour F.\_\_\_\_\_),

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

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

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 :