

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 29 octobre 2018

---

Composition : M. STOUDMANN, juge délégué  
Greffière : Mme Bourqui

\*\*\*\*\*

**Art. 286 al. 2 CC et 261 al. 1 CPC**

Statuant sur l'appel interjeté par **C.**\_\_\_\_\_, à Vevey, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 11 juillet 2018 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **N.**\_\_\_\_\_, et **D.**\_\_\_\_\_, toutes deux à Vevey, intimées, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance de mesures provisionnelles du 11 juillet 2018, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles déposée par C. \_\_\_\_\_ le 21 mars 2018 à l'encontre de N. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ (I), a arrêté les frais judiciaires à 400 fr., les a mis à la charge de C. \_\_\_\_\_ et les a provisoirement laissés à la charge de l'Etat (II), a rappelé la teneur de l'art. 123 CPC (III) et a déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (IV).

En droit, le premier juge a considéré qu'au vu de la décision de l'Office de l'assurance invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'Office AI) du 27 janvier 2017, qui exposait que C. \_\_\_\_\_ avait une capacité de travail de 100 % dans une activité adaptée à son état de santé, avec un rendement de 80 %, il était admissible de considérer que le requérant pouvait gagner plus s'il faisait les efforts nécessaires. Afin de fixer le revenu hypothétique à prendre en compte, le premier juge s'est basé sur la même décision AI qui avait arrêté le revenu annuel théorique du requérant à 53'375 fr. 15, soit 3'780 fr. par mois en précisant qu'il n'y avait pas de raison de s'éloigner du calcul fait par l'AI, lequel tenait compte des limitations fonctionnelles du requérant et de sa baisse de rendement. En prenant en compte les charges de C. \_\_\_\_\_ de 3'278 fr. 80, le premier juge a retenu que la situation du requérant n'était pas différente de celle qui prévalait au moment du jugement de divorce.

**B. a)** Par acte du 23 juillet 2018, C. \_\_\_\_\_ a interjeté appel contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que sa requête du 21 mars 2018 soit admise et qu'il soit par conséquent dit que le chiffre III de la convention sur les effets accessoires du divorce ratifiée par jugement du 10 décembre 2014 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour valoir jugement de divorce soit supprimé dès le 21 mars 2018, ceci jusqu'à droit connu dans la procédure au fond. Il a en outre requis l'octroi de l'effet

suspensif à l'appel. A l'appui de son appel, il a produit un onglet de sept pièces sous bordereau.

**b)** Par ordonnance du 25 juillet 2018, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a rejeté la requête d'effet suspensif de C.\_\_\_\_\_.

**c)** Par ordonnance du 7 août 2018, le Juge délégué de céans a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire à C.\_\_\_\_\_ avec effet au 23 juillet 2018.

**d)** Par courrier du 27 août 2018, le Bureau de recouvrement et d'avances de pensions alimentaires (ci-après : le BRAPA) s'est déterminé quant à l'appel de C.\_\_\_\_\_ et a déclaré intervenir en faveur de N.\_\_\_\_\_ depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2017 et s'opposer à ce que la pension en faveur de cette dernière soit supprimée avec effet rétroactif.

N.\_\_\_\_\_ n'a pas déposé de réponse.

**e)** Une audience d'appel s'est tenue le 3 octobre 2018 en présence des parties, lors de laquelle la conciliation a été tentée, en vain.

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

**1.** C.\_\_\_\_\_ et N.\_\_\_\_\_ se sont mariés le [...] 2010 à [...].

Une enfant est issue de cette union :

- D.\_\_\_\_\_, née le [...] 2009.

**2.** Le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : le président ou le premier juge) a prononcé le divorce de C.\_\_\_\_\_ et de N.\_\_\_\_\_ par jugement rendu le 10 décembre 2014.

Dit jugement ratifiait notamment le chiffre II de la convention sur les effets accessoires du divorce signée le 20 février 2014 selon lequel :

« C.\_\_\_\_\_ jouira d'un libre et large droit de visite qu'il exercera d'entente avec la mère.  
A défaut d'entente, il pourra avoir sa fille auprès de lui, à charge pour lui d'aller la chercher là où elle se trouve et de l'y ramener :  
- Un week-end sur deux, du vendredi soir à 17 heures, au dimanche soir à 18 heures ;  
- Le mercredi soir à 18 heures ;  
- Durant la moitié des vacances scolaires et des jours fériés, alternativement à Noël ou Nouvel-An et à Pâques, Ascension ou Pentecôte ».

Ce jugement ratifiait également le chiffre III de la convention sur les effets accessoires du divorce signée le 20 février 2014 selon lequel :

« C.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de sa fille D.\_\_\_\_\_, née le [...] 2009, par le régulier versement, en mains de N.\_\_\_\_\_, des pensions suivantes, allocations familiales non comprises :  
- 500 fr. (cinq cents francs) jusqu'à l'âge de six ans révolus ;  
- 600 fr. (six cents francs) dès lors et jusqu'à l'âge de dix ans révolus ;  
- 700 fr. (sept cents francs) dès lors et jusqu'à l'âge de quinze ans révolus ;  
- 800 fr. (huit cents francs) dès lors et jusqu'à la majorité ou l'achèvement de la formation professionnelle aux conditions de l'art. 277 al. 2 CC ».

**3.** Au moment du divorce, le requérant exerçait la profession de ferblantier couvreur dans l'entreprise [...] à [...], et réalisait un revenu mensuel net de 4'300 fr. versé douze fois l'an. En arrêt de travail suite à un accident, il percevait des indemnités journalières s'élevant à environ 80 % de ce montant.

**4.** C.\_\_\_\_\_ a déposé le 1<sup>er</sup> février 2018 une demande de modification de jugement de divorce à l'encontre de N.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_.

**5.** Le 21 mars 2018, C.\_\_\_\_\_ a déposé une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de N.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ en concluant à la

suppression du chiffre III de la convention sur les effets accessoires du divorce ratifiée par jugement du 10 décembre 2014 du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois pour valoir jugement de divorce, dès le 21 mars 2018, jusqu'à droit connu dans la procédure au fond.

**6.** La situation matérielle du requérant est la suivante :

**a)** Le requérant ne travaille pas. Son contrat de travail auprès de [...] toitures a été résilié en date du 30 octobre 2015.

Le requérant a perçu des allocations pour perte de gain jusqu'au 15 août 2016. Il est bénéficiaire du Revenu d'Insertion versé par le Centre social de la ville de Vevey depuis le mois de novembre 2016, par un montant mensuel forfaitaire de 1'160 francs.

**b)** Il résulte d'une décision du 27 janvier 2017 de l'Office de l'assurance invalidité pour le canton de Vaud que le requérant a présenté une incapacité de travail à 100 % depuis le 13 janvier 2014. Il est également exposé que, depuis le 19 octobre 2015, une capacité de travail de 100 % avec une baisse de rendement de 20 % pouvait raisonnablement être exigée du requérant dans une activité adaptée à son état de santé et en respectant ses limitations fonctionnelles suivantes : activité manuelle, simple, subalterne, sans travail en hauteur, sans conduite de véhicule, sans manipulations de charges de plus de 15 kg.

L'office précité a précisé qu'il avait comparé le revenu auquel le requérant aurait pu prétendre en 2015 s'il avait continué d'exercer son activité habituelle, soit 63'000 fr. selon son dernier employeur, avec le salaire de référence auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples dans le secteur privé (production et services) selon l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), et qu'en tenant compte d'une baisse de rendement de 20 %, le revenu annuel théorique d'invalidé s'élevait à 53'375 fr. 15.

Cet office a enfin proposé au requérant, afin de l'aider à réintégrer le monde de l'économie, le soutien de son service de placement. Le requérant suit actuellement cette mesure.

**c)** Il résulte d'un certificat médical du 26 juillet 2017 de la Dresse [...] que le requérant était en incapacité de travail du 1<sup>er</sup> octobre 2014 à fin septembre 2017.

**d)** Le requérant allègue les charges mensuelles suivantes :

- forfait minimum vital	1'200 fr. 00
- loyer	1'350 fr. 00
- prime d'assurance-maladie	428 fr. 80
- leasing	521 fr. 00

**TOTAL 3'499 fr. 80**

Il est précisé que le loyer et la prime d'assurance-maladie sont actuellement pris en charge par le Centre social de la ville de [...].

**7.** La situation matérielle de l'intimée et de l'enfant D. \_\_\_\_\_ est la suivante :

**a)** L'intimée travaille pour la société [...] à 60%. Son salaire mensuel net est de 2'654 fr. 05. Elle bénéficie également de prestations complémentaires cantonales pour familles (PC familles) par 660 fr. par mois.

Ses charges mensuelles sont les suivantes :

- forfait minimum vital	1'350 fr. 00
- loyer [part de D. _____ déduite (20 %)]	1'320 fr. 00
- prime d'assurance-maladie	300 fr. 00
- leasing	360 fr. 00

**TOTAL 3'330 fr. 00**

**b)** L'enfant D. \_\_\_\_\_ bénéficie d'allocations familiales par 250 fr. par mois.

Ses charges mensuelles sont les suivantes :

- forfait minimum vital	400 fr. 00
- participation au loyer (20% de 1'650 fr.)	330 fr. 00
- frais de garde	60 fr. 00
- prime d'assurance-maladie	150 fr. 00
- scouts	5 fr. 00
- taekwando	60 fr. 00
- agrès	15 fr. 00
<b>TOTAL</b>	<b>1'020 fr. 00</b>

**8.** Par courrier du 18 décembre 2017, le BRAPA a informé le requérant que N.\_\_\_\_\_ avait cédé ses droits audit bureau, conformément à l'art. 164 CO.

**9.** Lors de l'audience du 15 mai 2018, le requérant a produit un certificat médical daté du 14 mai 2018 établi par le Dr [...], médecin généraliste, certifiant qu'il était en arrêt maladie depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2014 jusqu'à fin juillet 2018.

**10.** Par certificat médical du 20 juillet 2018, la Dresse [...], cheffe de clinique du service de cardiologie du CHUV a certifié que C.\_\_\_\_\_ était suivi dans ce service depuis avril 2014, date de son premier arrêt cardiorespiratoire faisant découvrir une cardiomyopathie sévère et qu'il était porteur d'un défibrillateur automatique. Elle a précisé que son évolution était plutôt favorable sous traitements. C.\_\_\_\_\_ pourrait reprendre une activité professionnelle au moins partielle dans un premier temps avec une adaptation de son poste étant donné le port de son défibrillateur (éviction des champs magnétiques, de la soudure à l'arc, des activités à risque comme le travail en altitude sur les toits et la conduite professionnelle).

**En droit :**

## **1.**

**1.1** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]), 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). En se référant au dernier état des conclusions, l'art. 308 al. 2 CPC vise les conclusions litigieuses devant l'instance précédente, non l'enjeu de l'appel (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III 115, spéc. p. 126). S'agissant de prestations périodiques, elles doivent être capitalisées suivant la règle posée par l'art. 92 al. 2 CPC.

Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire (art. 248 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 (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., l'appel est 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. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées).

**2.2** Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, applicable par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC, les mesures provisionnelles sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. Le juge statue 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).

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.

**2.3** L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives (TF 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1). S'agissant des vrais nova (echte Noven), la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova (unechte Noven), il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 143 III 42 consid. 4.1 ; TF 5A\_756/2017 du 6 novembre 2017 et les références).

Lorsque le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, notamment lorsqu'est en jeu une question relative à un enfant mineur (art. 296 al. 1 CPC), l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. En effet, selon l'art. 296 al. 1 CPC, 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 ; TF 5A\_876/2014 du 3 juin 2015 consid. 4.3.3).

Dans cette mesure, il y a lieu d'admettre que, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (TF 5A\_788/2017 du 2 juillet 2018 destiné à la publication, consid. 4.2.1).

En l'espèce, l'ensemble des pièces produites par l'appelant sont recevables dans la mesure où le litige traite d'une contribution d'entretien en faveur d'un enfant mineur. L'état de fait a par conséquent été modifié par l'ajout des différents certificats médicaux produits, dont il sera tenu compte dans la mesure de leur pertinence (cf. consid. 4.3 infra).

### **3.**

**3.1** L'art. 129 al. 1 CC règle les modifications ultérieures de la contribution d'entretien par le juge. Selon les circonstances du cas, si la situation du débiteur ou du créancier change notablement et durablement, la contribution pourra donc être diminuée, suspendue ou supprimée (al. 1), adaptée au renchérissement (al. 2) ou augmentée (al. 3).

Conformément à l'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, la contribution d'entretien due à un enfant peut être modifiée ou supprimée, à la demande du père, de la mère ou de l'enfant, si la situation change notablement. La réduction ou la suppression peut intervenir en cas d'amélioration de la situation économique du bénéficiaire comme en cas de péjoration de celle du débiteur (TF 5A\_769/2009 du 5 mai 2010 consid. 2.1.2). Cette modification ou suppression n'est toutefois possible que si les circonstances ayant prévalu lors de la fixation de la contribution ont subi un changement notable et durable qui n'a pas été pris en compte dans le jugement de divorce (TF 5A\_324/2009 du 25 mars 2010 consid. 2.1 et les arrêts cités).

La procédure de modification ne doit pas viser à réexaminer ou corriger le jugement de divorce, mais à l'adapter aux circonstances nouvelles survenues chez les parents ou chez l'enfant (ATF 131 III 189 consid. 2.7.4 ; ATF 120 II 177 consid. 3a). Ainsi, le juge de la modification sera lié par les faits constatés à l'époque et devra prendre ces faits comme point de départ de la comparaison, même si ceux-ci ne correspondraient pas, au moment de la convention ou du précédent jugement, à la réalité (TF 5C.27/2004 du 30 avril 2004 consid. 3.4 ; ATF 117 II 359 consid. 6).

La survenance d'un fait nouveau - important et durable - n'entraîne toutefois pas automatiquement une modification de la contribution d'entretien. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement précédent, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution peut entrer en considération. Le juge ne peut donc pas se limiter à constater une modification dans la situation d'un des parents pour admettre la demande ; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger de la nécessité de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1 ; TF 5A\_260/2016 du 14 octobre 2016 consid. 2.1.1 ; TF 5A\_224/2016 du 13 juin 2016 consid. 3.1).

**3.2** A teneur de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (Bohnet, CPC commenté, 2011, n. 4 ad art. 261 CPC et les réf. citées).

Le débiteur d'entretien, demandeur au procès en modification, qui requiert la réduction ou la suppression de la contribution d'entretien à titre provisionnel doit rendre vraisemblable que le maintien de la contribution d'entretien pendant la durée du procès en modification risque de lui causer un préjudice difficilement réparable. Ce préjudice doit être mis en balance avec le préjudice que subirait le créancier d'entretien, défendeur au procès en modification, en cas d'octroi des mesures provisionnelles sollicitées (Bohnet, CPC commenté, op. cit., n. 14 et 17 ad art. 261 CPC). Comme pour toutes les mesures provisionnelles, le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure conservatoire avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (cf. ATF 131 III 473 consid. 2.3 ; Juge délégué CACI 30 septembre 2016/540 ; Juge délégué CACI 7 août 2013/391 ; Juge délégué CACI 6 juillet 2012/316).

#### **4.**

**4.1** L'appelant fait grief au premier juge de ne pas avoir mentionné dans l'ordonnance le certificat médical établi le 14 mai 2018 attestant d'une incapacité de travail pour la période du 1<sup>er</sup> octobre 2014 au 31 juillet 2018. Le magistrat aurait dû selon lui prendre en compte ce certificat médical et non pas uniquement se baser sur la décision de l'Office AI du 27 janvier 2017 qui aurait examiné son cas dans le cadre restreint de la détermination du taux d'invalidité. Il ajoute que la décision de l'Office AI n'aurait pas pris en compte le fait que sa situation médicale avait nécessité la pose d'un défibrillateur, limitant de façon significative les activités qu'il pourrait effectuer.

Il conteste également le fait de lui avoir imputé un revenu hypothétique. A ce titre, il fait grief au premier juge de s'être uniquement basé sur la décision de l'Office AI pour déterminer qu'il était apte à travailler et soutient que le magistrat n'aurait pas énumérer de façon précise les activités qu'il pourrait effectivement réaliser.

## 4.2

**4.2.1** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif des parties. Il peut toutefois imputer à l'une comme à l'autre un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel il a été renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 consid. 2.3, JdT 2011 II 486) – dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations, respectivement de pourvoir à son propre entretien (ATF 128 III 4 consid. 4a ; TF 5A\_290/2010 du 28 octobre 2010 consid. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Les principes relatifs au revenu hypothétique valent tant pour le débiteur que pour le créancier d'entretien (TF 5A\_838/2009 du 6 mai 2010, in : FamPra.ch 2010 n. 45 p. 669 ; TF 5P.63/2006 du 3 mai 2006 consid. 3.2).

Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé ; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant ; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A\_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 ; TF 5A\_218/2012 du 29 juin 2012 consid. 3.3.3, FamPra.ch 2012 p. 1099 ; TF 5A\_748/2012 du 15 mai 2013 consid. 4.3.2.1 ; TF 5A\_256/2015 du 13 août 2015 consid. 3.2.2 ; TF 5A\_933/2015 du 23 février 2016 consid. 6.1). Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail ; il s'agit là d'une question de fait (TF 5A\_20/2013 du 25 octobre 2013 consid. 3.1 ; ATF 128 III 4 consid. 4c/bb ; ATF 126 III 10 consid. 2b). Pour arrêter le montant du

salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique (ci-après : OFS), ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail par exemple; ATF 137 III 118 consid. 3.2, JdT 2011 II 486), pour autant qu'elles soient pertinentes par rapport aux circonstances d'espèce (TF 5A\_112/2013 du 25 mars 2013 consid. 4.1.3). Il peut certes aussi se fonder sur l'expérience générale de la vie ; toutefois, même dans ce dernier cas, les faits qui permettent d'appliquer des règles d'expérience doivent être établis (TF 5A\_152/2013 du 16 octobre 2013 consid. 3.2.2).

Lorsque le tribunal a imputé à une partie un revenu hypothétique, mais que la personne concernée ne trouve pas de place correspondante, elle peut obtenir une adaptation de la contribution, lorsqu'elle rend vraisemblable des recherches d'emploi sérieuses et expose sur la base des expériences réalisées, les raisons pour lesquelles les attentes du tribunal ne se sont pas réalisées (TF 5A\_928/2016 du 22 juin 2017 consid. 3.3). En revanche, le tribunal n'aura pas à revoir les facteurs déjà pris en compte dans la décision initiale (âge, répartition des rôles pendant le mariage, chômage, expérience professionnelle et situation du marché du travail) (TF 5A\_928/2016 du 22 juin 2017 consid. 5.2).

Même en cas de changement non volontaire d'emploi, si le débirentier se contente sciemment d'une activité lucrative insuffisamment rémunérée, il doit se laisser imputer le revenu qu'il serait, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, capable de réaliser en mettant à profit sa pleine capacité de gain (TF 5A\_224/2016 du 13 juin 2016 consid. 3.3 ; TF 5A\_59/2016 du 1<sup>er</sup> juin 2016 consid. 3.1, FamPra.ch 2016 p. 1059 ; TF 5A\_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.3). Il appartient à l'époux débirentier de démontrer avoir entrepris tout ce qui était en son pouvoir pour mettre pleinement à profit sa capacité de gain et pouvoir ainsi continuer à assumer son obligation d'entretien (TF 5A\_782/2016 du 31 mai 2017 consid. 5.4 : cf. ATF 143 III 233 consid. 3).

**4.2.2** Le fait qu'un débirentier ou un crédirentier sans emploi n'ait pas vu ses indemnités suspendues, à titre de sanction, par une assurance sociale (chômage, assistance sociale) ne dispense pas le juge civil d'examiner si l'on peut lui imputer un revenu hypothétique. En effet, le juge civil n'est pas lié par l'instruction menée par les autorités administratives. En outre, les critères qui permettent de retenir un revenu hypothétique sont différents en droit de la famille et en droit des assurances sociales ; en droit de la famille, lorsque l'entretien d'un enfant mineur est en jeu et que l'on est en présence de situations financières modestes, le débirentier ou crédirentier peut notamment se voir imputer un revenu basé sur une profession qu'il n'aurait pas eu à accepter selon les règles prévalant en matière d'assurance sociale (ATF 137 III 118 consid. 3.1, JdT 2011 II 486 ; TF 5A\_588/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.3 ; TF 5A\_587/2013 du 26 novembre 2013 consid. 6.1.1 ; TF 5A\_634/2013 du 12 mars 2014 consid. 3.1.1).

### **4.3**

**4.3.1** En l'espèce, le certificat médical du 14 mai 2018 produit par l'appelant est établi par un médecin généraliste et fait uniquement état d'une incapacité de travail. Quant au certificat médical du 20 juillet 2018, établi par un médecin cardiologue, il pose le diagnostic de cardiomyopathie sévère avec cicatrices cardiaques et expose que l'appelant pourrait reprendre une activité professionnelle au moins partielle dans un premier temps avec une adaptation de son poste vu le port de son défibrillateur, ce qui exclut les activités à proximité de champs magnétiques, de la soudure à l'arc et des activités à risque comme le travail en altitude ou la conduite professionnelle. Partant, ce certificat étant plus précis et plus complet, sa force probante est plus importante que celle du certificat du 14 mai 2018 qui doit être fortement relativisée, dès lors qu'il est établi par un médecin généraliste et non par un spécialiste (TF 2C\_908/2015 du 28 décembre 2015 consid. 4.2), qu'il a un effet rétroactif d'une durée de plus de dix-huit mois alors que la durée de la rétroactivité ne devrait pas excéder quelques jours, en général 3 à 4 jours, voire tout au plus une semaine selon la pathologie (Subilia/Duc, Droit du travail, Lausanne, 2010, p. 591 ; JAR 2015 p. 447 consid. 4.1.4) et

qu'il porte sur une durée qui semble indéterminée (TAF A-6410/2014 du 1<sup>er</sup> septembre 2015 consid. 4.3.4.2). C'est donc à juste titre que le premier juge n'a pas tenu compte du certificat médical du 14 mai 2018 qui est moins précis et contredit par un certificat médical plus récent.

**4.3.2** S'agissant de la décision de l'Office AI du 27 janvier 2017, le premier juge a considéré que l'appelant n'avait pas produit d'autres pièces permettant d'établir, au stade des mesures provisionnelles, qu'il serait actuellement dans l'incapacité d'exercer l'activité adaptée préconisée par l'AI. En se basant sur cette décision, il a considéré qu'il était admissible de considérer que l'appelant pouvait gagner plus et partant lui imputer un revenu hypothétique.

Ces considérations ne prêtent pas le flanc à la critique. Il convient de préciser que la décision de l'Office AI n'a pas fait l'objet d'un recours, de sorte que son contenu a été accepté par l'appelant. Par ailleurs, ce dernier n'établit pas que l'Office AI n'aurait pas pris en compte la pose de son défibrillateur cardiaque, celui-ci ayant été posé en 2014, on ne distingue pas les raisons pour lesquelles cet office n'en aurait pas tenu compte puisque les limitations dues à cet instrument doivent être significativement les mêmes pour l'ensemble du corps médical et connues de cet office.

Par ailleurs, le seul fait que l'appelant bénéficie du RI n'empêche pas de retenir un revenu hypothétique. A cela s'ajoute que l'appelant n'a nullement rendu vraisemblable qu'il aurait entrepris des recherches d'emploi sérieuses. En faisant preuve de bonne volonté et en y consacrant les efforts que l'on peut raisonnablement exiger de lui, celui-ci apparaît concrètement en mesure d'exercer une activité lucrative dans la limite des restrictions posées par son médecin cardiologue, l'intéressé s'estimant lui-même apte au travail.

**4.3.3** La décision de l'Office AI sur laquelle s'est basé le premier juge prévoyait qu'une capacité de travail de 100 % avec une baisse de rendement de 20 % pouvait raisonnablement être exigée de l'appelant

dans une activité adaptée à son état de santé et respectant ses limitations fonctionnelles, soit une activité manuelle, simple, subalterne, sans travail en hauteur, sans conduite de véhicule et sans manipulations de charges de plus de 15 kg. Afin de déterminer le préjudice subi par l'assuré, cet office a comparé le revenu auquel il aurait pu prétendre avec le salaire de référence auquel peuvent prétendre les hommes effectuant des activités simples dans le secteur privé (production et services) selon l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) en tenant compte d'une diminution de 20 % qu'il a arrêté à 53'375 fr. 15, soit 3'780 fr. nets par mois.

La façon de procéder de l'Office AI est conforme à la pratique de la détermination d'un revenu hypothétique en droit de la famille dans la mesure où il s'est basé sur l'enquête suisse sur la structure des salaires. De plus, les offices d'assurances sociales sont rompus au calcul de la capacité de gain de leurs assurés et sont d'autant plus à mêmes de déterminer le revenu annuel théorique de l'appelant.

Aussi, le raisonnement du premier juge consistant à imputer à l'appelant le salaire de 3'780 fr. qui correspond au salaire de référence des hommes effectuant des activités simples dans le secteur privé de la production et des services en tenant compte d'une baisse de rendement de 20 % peut être confirmé. Ce revenu se situe d'ailleurs en-dessous de la moyenne du salaire réalisable par un éboueur ou une personne effectuant d'autres travaux non qualifiés de 38 ans sans aucune formation professionnelle dans la région lémanique selon le calculateur individuel de salaire (2014) de l'OFS (« Salarium »).

Au vu de ce qui précède, il se justifie d'imputer à l'appelant, au stade des mesures provisionnelles, un revenu net hypothétique de 3'780 fr. par mois.

**4.4** Les charges mensuelles de l'appelant ont été arrêtées par le premier juge de la manière suivante :

- Minimum vital	1'200 fr. 00
- Loyer	1'350 fr. 00
- Frais liés au droit de visite	150 fr. 00
- Assurance-maladie	428 fr 80
- <u>Frais de transports</u>	<u>150 fr. 00</u>
Total	3'278 fr. 80

Le disponible de l'appelant est donc de 501 fr. 20.

D. \_\_\_\_\_ est âgée de presque neuf ans et le chiffre III de la convention sur les effets accessoires du divorce signée par les parties le 20 février 2014 et ratifiée par le premier juge prévoit que l'appelant contribuera à l'entretien de sa fille par le régulier versement de 600 fr. jusqu'à ses dix ans révolus.

En l'espèce, au vu de ce qui précède, l'appelant n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien de sa fille par le versement du montant prévu par la convention précitée, de sorte que ce montant doit être ramené à 500 fr. par mois.

## **5.**

**5.1** Il découle des considérants qui précèdent que l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance réformée en ce sens que l'appelant contribuera à l'entretien de sa fille, par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de N. \_\_\_\_\_, du montant de 500 fr., allocations familiales non comprises, dès le 1<sup>er</sup> novembre 2018 jusqu'à droit connu sur la procédure au fond.

L'appelant n'obtient que partiellement gain de cause dans la mesure où il a conclu à la suppression totale de la contribution d'entretien en faveur de sa fille depuis le 21 mars 2018. Il succombe pour l'essentiel de sorte qu'il se justifie de confirmer la répartition des frais judiciaires et des dépens de première instance.

**5.2** Vu l'issue du litige, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 950 fr. (art. 30 al. 1 par analogie, 63 al. 1 et 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelant et seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

**5.3** En sa qualité de conseil d'office, Me Sébastien Friant, conseil d'office de l'appelant a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. c CPC). L'indemnité d'office est fixée en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par le conseil juridique. Le juge apprécie à cet égard l'étendue des opérations nécessaires pour la conduite du procès (art. 2 al. 1 RA) [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]).

Dans sa liste des opérations transmise lors de l'audience d'appel, Me Sébastien Friant a indiqué avoir consacré 9 heures et 30 minutes au dossier. Vu la nature du litige et les difficultés de la cause, ce nombre d'heures apparaît adéquat. Toutefois, il convient d'y déduire les heures consacrées en date du 16 août 2018 (1 heure et 35 minutes et une vacation), celles-ci ayant trait à la procédure de première instance et d'y ajouter 30 minutes - l'audience d'appel ayant duré 1 heure et 30 minutes et non 1 heure tel qu'indiqué. L'indemnité de Me Friant doit donc être arrêtée à 1'515 fr. (8 heures et 25 minutes), montant auquel s'ajoute le forfait de vacation par 120 fr. et les débours par 3 fr. ainsi que la TVA sur le tout par 126 fr. 15, soit une indemnité totale de 1'764 fr. 15, montant arrondi à 1'765 francs.

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

**5.4** Vu l'issue du litige, il y a en outre lieu de compenser les dépens de deuxième instance (art. 95 al. 3, 106 al. 2 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 partiellement admis.

**II.** L'ordonnance est réformée aux chiffres I et Ibis comme il suit :

I. admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée par C.\_\_\_\_\_ le 21 mars 2018 à l'encontre de N.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ ;

Ibis. dit que C.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de sa fille D.\_\_\_\_\_, née le [...] 2009, par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois, en mains de N.\_\_\_\_\_, du montant de 500 fr. (cinq cents francs), allocations familiales non comprises, dès le 1<sup>er</sup> novembre 2018 jusqu'à droit connu sur la procédure au fond.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

**III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 950 fr. (neuf cent cinquante francs) pour l'appelant C.\_\_\_\_\_, sont provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

**IV.** L'indemnité d'office de Me Sébastien Friant, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'765 fr. (mille sept cent soixante-cinq francs), TVA comprise.

**V.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

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

- Me Sébastien Friant (pour C. \_\_\_\_\_),
- Mme N. \_\_\_\_\_,

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).

La greffière :