JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 4 juillet 2011

Présidence de Mme B E N D A N I, juge délégué
Greffier : Mme Bourckholzer

*****

Art. 29 al. 2 Cst ; 125, 163, 176 al. 1 ch. 1 CC; 296 al. 1 et 3, 308 al. 1 let. b, 310, 317 al. 1, 405 al. 1 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.Z._____**, à [...], contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 13 avril 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **P._____**, à [...], intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

E n f a i t :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 avril 2011, notifié aux parties le lendemain, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a astreint A.Z._____ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois, en mains d'P._____, d'un montant de 3'870 fr., allocations familiales, par 325 fr., en sus, dès et y compris le 1er octobre 2010 jusqu'au 31 mars 2011 (I), astreint A.Z._____ à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois, en mains d'P._____, d'un montant de 4'900 fr., allocations familiales non comprises, dès et y compris le 1er avril 2011 (III), rendu le prononcé sans frais ni dépens (III) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV).

En droit, le premier juge a fixé la contribution d'entretien selon la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent. Pour la période durant laquelle les époux ont assuré la garde alternée de leurs enfants, soit du 1er octobre 2010 au 31 mars 2011, il a considéré que l'époux avait un revenu de 10'307 fr., des charges de 4'129 fr. 85, de sorte qu'il lui restait un disponible de 6'177 fr. 15. Pour l'épouse, en revanche, il a relevé qu'elle ne percevait qu'un salaire de 2'745 fr. 50, que ses charges s'élevaient à 4'311 fr. 95 et qu'il lui manquait par conséquent 1'566 fr. 45 par mois. Observant que les revenus des époux totalisaient 13'052 fr. 50 et leurs minima vitaux 8'441 fr. 80, il a retenu un montant disponible de 4'610 fr. 70 qu'il a réparti par moitié entre les époux. Il a ainsi fixé la contribution d'entretien à verser à l'épouse à 3'870 fr. (2'305 fr. 35 + 1'566 fr. 45). Pour la période à partir de laquelle la garde des enfants a été totalement confiée à la mère, soit à compter du 1er avril 2011, il a retenu que les charges de l'époux n'étaient plus que de 3'741 fr. 95, celles de l'épouse, de 5'149 fr. 90, que les minima vitaux des époux s'établissaient à 8'891 fr. 85 et que, compte tenu de leurs revenus et d'un disponible de 4'160 fr. 65, la pension à verser à l'épouse devait donc être

de 4'900 fr., selon une clé de répartition de 40 % pour l’époux et 60 % pour l’épouse.

B. Par acte motivé du 26 avril 2011, A.Z._____ a fait appel de ce prononcé. Il a conclu principalement, avec suite de frais et dépens, au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour qu'elle complète les faits sur des points essentiels des considérants, subsidiairement à ce que la contribution d’entretien soit réduite à 2'000 fr., allocations familiales en sus, pour la période du 1er octobre 2010 au 31 mars 2011, puis qu’elle soit augmentée à 2'600 fr., allocations familiales non comprises, dès et y compris le 1er avril 2011.

Dans sa réponse du 14 juin 2011, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Le même jour, elle a requis l'octroi de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure d’appel.

Le 4 juillet 2011, le Juge délégué de la cour de céans a tenu audience au cours de laquelle les déclarations des parties ont été consignées.

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

1. A.Z._____, né le 27 septembre 1962, et P._____, le 15 mai 1966, se sont mariés le 25 août 1990. Ils sont les parents de deux enfants prénommés C.Z._____, née le 13 septembre 1993, et B.Z._____, née le 7 février 1996.

2. En raison de sérieuses difficultés conjugales, les époux se sont séparés au mois d'octobre 2009. A la suite de cette séparation, l'épouse a souffert d'une grave dépression qui a nécessité son hospitalisation à [...]

pendant plusieurs semaines. A sa sortie d'hôpital, elle n'a pas réintégré le domicile conjugal. Elle a tout d'abord loué une chambre à [...], puis s'est installée dans un appartement à [...]. Durant l'indisponibilité de son épouse, l'époux a pris en charge leurs enfants. A partir du mois d'octobre 2010, les parties ont assuré alternativement la garde de leurs deux filles.

3. Le 6 octobre 2010, l'époux a ouvert action en mesures protectrices de l'union conjugale devant le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois.

Lors de l'audience du 29 mars 2011, les parties ont signé une convention partielle, ratifiée séance tenante, par laquelle elles sont notamment convenues de vivre séparées pour une durée indéterminée (I), d'attribuer la jouissance du domicile conjugal d' [...] à A.Z._____, à charge pour lui d'en assumer le loyer et les charges (II), de vendre l'immeuble précité par l'intermédiaire d'un courtier professionnel pour un prix de vente qui sera défini ultérieurement (III), de confier la garde des enfants à P._____, à partir du 1er avril 2011 (IV) et d'accorder au père un libre et large droit de visite (V).

Dans le cadre de nouvelles conclusions prises à cette audience, A.Z._____ s'est déclaré d'accord de contribuer à l'entretien des siens par le versement d'une contribution mensuelle de 2'000 fr., allocations familiales non comprises, dès le 1er octobre 2010.

Pour sa part, l'intimée a conclu à l'allocation d'une contribution d'entretien d'un montant de 4'000 fr. du 1er octobre 2010 au 1er avril 2011, puis de 5'000 fr. dès le 1er avril 2011, date à partir de laquelle la garde des enfants lui a été totalement confiée.

4. La situation matérielle des époux A.Z._____ est la suivante :

aa) Agente pastorale laïque à mi-temps auprès de la [...], à [...], l'épouse réalise un revenu mensuel net de 2'534 fr., treizième salaire compris. Elle perçoit en outre des allocations familiales de 50 fr. par mois.

Parallèlement à son emploi et après avoir suivi des cours préparatoires du mois de septembre 2008 au mois de mai 2009, elle suit, depuis le mois de septembre 2009, une formation d'agente pastorale spécialisée qui devrait s'achever au mois de juin 2013. Selon le barème des salaires en vigueur, la fonction d'agente pastorale spécialisée est actuellement rétribuée à raison d'un salaire mensuel brut de 6'309 fr. pour un poste à temps complet.

Il ressort de son audition du 4 juillet 2011 que sa formation lui prend 50 à 60 % de son temps. A terme, elle espère pouvoir retravailler à 80 % au moins, voire même à 100 %. Elle estime très vraisemblable de pouvoir atteindre cet objectif, la pratique étant que le poste d'agente pastorale spécialisée est conservé durant la formation. Elle a par ailleurs précisé n'avoir travaillé que quelques mois au début de son mariage en qualité d'employée de commerce. Enfin, elle s'occupe des deux enfants du couple et perçoit, outre ses revenus, un montant mensuel de 700 fr. que lui prête une amie afin de lui permettre de faire face à ses échéances, son mari ne lui versant que 2'600 fr. par mois.

ab) L'époux exerce la fonction d'IT business analyst auprès de la [...], à [...]. Travaillant à 100 %, il a perçu, en 2010, un salaire mensuel net de 10'307 fr. dont un bonus de fin d'année de 15'000 fr., plus 700 fr. d'allocations familiales.

ba) Du 1er octobre au 31 mars 2011, la base mensuelle de chaque époux (adulte plus deux enfants) s'élevait, selon les lignes directrices de la Conférence des Préposés aux poursuites et faillites de Suisse du 1er juillet 2009, à 1'800 fr. Chaque parent assurait également le paiement de la moitié de la prime d'assurance-maladie des enfants à concurrence de 87 fr. 90.

bb) Les charges mensuelles de l'épouse comportent un loyer pour l'appartement, une place de parc et un box de 1'380 fr., une prime d'assurance-maladie pour elle-même de 311 fr. 35, des frais de transport de 600 fr., dont la taxe annuelle pour véhicule à moteur, les frais

d’assurance et d’essence de la voiture, ainsi que 132 fr. 70 de frais médicaux et de franchise. Depuis le premier avril 2011, en plus des charges qu’elle supporte, le montant de sa base mensuelle est passé à 2'550 fr. et la prime d’assurance-maladie qu’elle règle pour les enfants à 175 fr. 85, la garde de ceux-ci lui ayant été totalement confiée.

bc) Pour l’époux, le montant de sa base mensuelle a baissé, depuis le 1er avril 2011, à 1'200 fr. (adulte seul). Il a pour 300 fr. de frais en relation avec l’exercice du droit de visite, 1’248 fr. de charges liées à l'immeuble qu'il occupe, 324 fr. 80 de prime d’assurance maladie et 600 fr. de frais de transport (dont les mêmes taxe et frais précités). Il règle également l’abonnement général CFF de C.Z._____ de 69 fr. 15.

E n d r o i t :

1. **a)** Le prononcé attaqué a été rendu le 7 mars 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2011; RS 272) entré en vigueur le 1er janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

b) L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, 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, JT 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 supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l’appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

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

c) 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; RSV 173.01]).

2. 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 (Tappy, op. cit., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, p. 135). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (ibidem, p. 136 ; JT 2011 III 43 c. 2).

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC; Tappy, op. cit., p. 138). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (ibidem, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC) est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie. Cette opinion se fonde essentiellement sur le

Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel. Le Message se réfère toutefois à des règles sur les novas en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire. Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits. Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

Le couple a encore deux enfants mineurs à charge si bien que la maxime d'office et la maxime inquisitoire sont applicables (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

En l'espèce, est seule litigieuse en deuxième instance la question de la contribution d'entretien en faveur de l'intimée. Dans ce cadre, ne sont admissibles que les pièces faisant état de faits survenus après l'audience de mesures protectrices du 13 avril 2011 et celles figurant déjà au dossier de première instance, l’appelant n’ayant pas allégué, ni démontré pour les autres, qu’il n’aurait pu, malgré la diligence requise, les produire en première instance, ni que le premier juge aurait violé ses devoirs découlant de la maxime inquisitoire illimitée.

3.

Invoquant un état de fait lacunaire et une violation de son droit d’être entendu, l’appelant soutient, en substance, que l’intimée devrait travailler à 100 % et renoncer à sa formation. Il explique que son épouse est titulaire d’un CFC d’employée de commerce, qu’elle a diminué unilatéralement son temps de travail et conteste avoir accepté, lors de la vie commune, qu’elle fasse des démarches pour entreprendre sa nouvelle formation. Il estime qu’un revenu hypothétique correspondant à une activité à plein temps devrait lui être imputé.

3.1

3.1.1 Le principe et le montant de la contribution d'entretien due selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) se déterminent en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux (ATF 121 I 97 c. 3b; 118 II 376 c. 20b et les réf. citées). Toutefois, lorsque la reprise de la vie commune n'est plus sérieusement envisageable, la situation du couple séparé doit s'apprécier au regard des critères applicables à l'entretien après divorce (art. 125 CC). Le montant de la contribution d’entretien se détermine alors en fonction de divers éléments, dont ceux énumérés à l'art. 125 al. 2 CC. La prise ou l'augmentation de l'activité lucrative d'un conjoint doit s'estimer à la lumière du principe de l'indépendance économique des époux (ATF 130 III 537 c. 3.2; 128 III 65 c. 4a). Tant que dure le mariage, l'art. 163 al. 1 CC constitue cependant la cause de l'obligation d'entretien. L’absence de perspectives de réconciliation ne justifie donc pas à elle seule la suppression de toute contribution d'entretien.

L'art. 125 al. 1 CC concrétise à cet égard deux principes : d'une part, celui de l'indépendance économique des époux après le divorce, qui postule que, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins; d'autre part, celui de la solidarité, qui implique que les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (art. 163 al. 2 CC), mais également les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien (ATF 132 III 598 c. 9.1 et les réf. citées). Selon la

jurisprudence, un mariage d'une durée inférieure à cinq ans est présumé ne pas avoir eu d'influence concrète sur la situation financière des conjoints (ATF 135 III 59 c. 4.a); en revanche, tel n'est pas le cas d'un mariage qui, indépendamment de sa durée, a donné lieu à la naissance d'enfants communs (ATF 135 III 59 c. 4.1). Dans ce cas, on admet que la confiance dans la poursuite du mariage et dans le maintien de la répartition des rôles convenue librement entre parties mérite objectivement d'être protégée (TF 5A_384/2008 du 21 octobre 2008 c. 3.1 publié in FamPra. ch. 2009 p. 190).

Au sens de l'art. 125 al. 1 CC, l'entretien convenable correspond au niveau de vie que les époux avaient pendant le mariage. Lorsque l'union conjugale a concrètement influencé la situation financière de l'époux créancier ("lebensprägend"), le principe veut que le standard de vie choisi d'un commun accord soit maintenu, dans la limite supérieure convenable, pour les deux parties, dans la mesure où leur situation financière le permet (ATF 132 III 593 c. 3.2.). Quand il n'est pas possible, en raison de l'augmentation des frais qu'entraîne l'existence de deux ménages distincts, de conserver le niveau de vie antérieur, le créancier d'entretien peut prétendre au même train de vie que le débiteur de celui-ci (ATF 129 III 7 c. 3.1.1).

Conformément au principe de l'indépendance économique des époux, déductible également de l'art. 125 al. 1 CC, l'époux demandeur ne peut prétendre à une pension que s'il n'est pas en mesure de pourvoir lui-même à son entretien convenable tel que celui-ci peut être établi selon les principes sus-mentionnés (ATF 134 III 145 c. 4). D'après les circonstances, l'époux demandeur pourra être ainsi contraint d'exercer une activité lucrative ou d'augmenter son taux de travail (ATF 130 III 537 c. 3.2; 128 III 65 c. 4a). Le juge devra donc examiner dans quelle mesure l'époux concerné pourra exercer une activité lucrative, en fonction de son âge, de son état de santé et de sa formation. S'il entend exiger de lui qu'il reprenne une activité lucrative, il devra lui accorder un délai d'adaptation approprié, l'époux devant en effet avoir suffisamment de temps pour s'adapter à sa nouvelle situation, notamment trouver un emploi. Ce délai

devra être fixé en fonction des circonstances concrètes du cas particulier (cf. ATF 129 III 417 c. 2.2; 114 II 13 c. 5).

3.1.2 Pour déterminer la capacité financière d'un conjoint, il faut en principe prendre en considération le revenu net effectif. Le conjoint peut toutefois se voir imputer un revenu hypothétique supérieur à celui qu'il obtient effectivement si une augmentation de ce revenu est réalisable et que l'on peut raisonnablement l'exiger de lui. Le motif pour lequel le conjoint renonce au revenu supérieur est, dans la règle, sans importance. La prise en compte d'un revenu hypothétique ne revêt en effet pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter l'époux à réaliser le revenu qu'il est à même de se procurer en faisant preuve de bonne volonté et dont on peut attendre de lui qu'il l'obtienne afin de remplir ses devoirs (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1 et les références citées).

Savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité ou qu'elle augmente celle-ci, au regard notamment de sa formation, de son âge et de son état de santé, est une question de droit. Lorsqu'il tranche cette question, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus, ou les augmenter, en travaillant. Il doit préciser le type d'activité professionnelle que cette personne peut raisonnablement accomplir. En revanche, savoir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu du marché du travail, sont des questions de fait (ATF 128 III 4 c. 4; 126 III 10 c. 2b; TF 5A_588/2010 du 12 janvier 2011 c. 2.1; 5A_795/2010 du 4 février 2011 c. 3.2). Le juge doit examiner ces questions concrètement et, s'agissant du salaire, éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail; Philip Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010) (TF

5A_311/2010 du 3 février 2011 c. 3.2 destiné à la publication) pour l’évaluer.

3.2. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de fournir des preuves, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve quant aux faits de nature à influer sur le sort de la procédure ainsi que de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 129 II 497 c. 2.2 p. 505; 127 III 576 c. 2c p. 578; 127 V 431 c. 3a p. 436; 124 II 132 c. 2b p. 137). En l’espèce, le droit d’être entendu de l’appelant, comme on le constatera ci-dessous, a été respecté.

3.3. L'appelant conteste avoir accepté que l'intimée fasse des démarches pour entreprendre une nouvelle formation. Il soutient qu'étant titulaire d'un certificat de capacité d'employée de commerce, elle pourrait renoncer à cet enseignement et trouver un emploi à 100 % plus conforme à ses qualifications.

Le premier juge a retenu que les époux se sont séparés au mois d'octobre 2009 et que l’intimée travaille à 50 % auprès de la [...], à [...], comme agente pastorale laïque, pour un revenu mensuel net de 2'534 fr. 30, dont un treizième salaire. Elle perçoit en outre 50 fr. d’allocations familiales. Il a relevé par ailleurs qu'elle a commencé, au mois de septembre 2009, parallèlement à son emploi, une formation d’agente pastorale spécialisée, dont le terme est prévu au mois de juin 2013 au plus tôt et qui devrait lui permettre d'obtenir, lorsqu’elle sera terminée, un emploi à 100 %, rémunéré au montant mensuel brut estimé de 6'309 fr.

Contrairement à ce que soutient l'appelant, le premier juge n'a jamais affirmé que l’époux aurait donné son accord à la formation critiquée, cette question n'étant du reste pas pertinente. Par ailleurs, il résulte des pièces au dossier que l’intimée s’est inscrite au mois de mai

2009 pour suivre l'enseignement souhaité, qui débutait au mois de septembre 2009, et qu'auparavant déjà, soit de septembre 2008 à mai 2009, elle avait suivi les cours préparatoires à cet enseignement. Elle a donc débuté sa formation bien avant que le couple ne se sépare, en automne 2009, et avant que l'appelant ne dépose, le 6 octobre 2010, la requête de mesures protectrices de l'union conjugale. De plus, il convient de rappeler que, parallèlement à sa formation, qui lui prend 50 à 60 % de son temps, outre qu'elle a la charge de deux enfants, l'intimée travaille à mi-temps pour un salaire net de 2'534 fr. 30, versé 13 fois l'an, et qu'elle pense pouvoir augmenter son taux d'activité à au moins 80 % lorsqu'elle aura obtenu son diplôme, à la fin du mois de juin 2013. Il est à cet égard très vraisemblable qu'elle puisse obtenir le poste à responsabilités qu'elle souhaite, celui-ci étant gardé durant la formation. Quant à son certificat d'employée de commerce, elle n'a occupé un tel poste que quelques mois au début de son mariage. Il lui serait par conséquent difficile, vu son peu d'expérience, de retrouver un emploi de cet ordre.

Dans ces conditions, on ne saurait exiger de l'intimée qu'elle abandonne sa formation pour augmenter son taux d'activité, de même qu'on ne saurait lui imputer un revenu hypothétique, les critères prévalant à la fixation de celui-ci n'étant pas réalisés.

4. L'appelant critique aussi, sur plusieurs points, les ressources et charges retenues par le premier juge pour chacun des époux.

4.1 Réclamant la production de la déclaration d'impôt de son épouse ainsi que l'audition d'une collègue de travail, il prétend que l'intimée a peut-être reçu, dans le courant de l'année 2010, des gratifications ainsi que des revenus annexes dans le cadre de son travail.

Le salaire retenu pour l'intimée n'est pas contestable au regard des pièces que celle-ci a produites en première instance. En outre, lors des débats d'appel, elle a expliqué qu'elle n'avait pas perçu de bonus, ni de revenus supplémentaires. Elle a bien admis bénéficier d'un prêt de

700 fr. par mois d'une amie. Toutefois, ce prêt lui a été accordé parce que l'appelant persiste à ne pas lui verser la contribution d'entretien telle qu'elle a été arrêtée par le premier juge, se limitant à cet égard au montant de ses conclusions. Ne percevant pas la contribution qui lui est en principe due, l'intimée n'est ainsi pas en mesure d'assurer son entretien ainsi que celui de ses enfants sans aide extérieure. Par ailleurs, ses déclarations sont attestées par les pièces qu'elle a produites à l'appui de sa requête d'assistance judiciaire. Ainsi, la copie du décompte d'impôt 2011 fait mention d'un revenu de 37'100 fr. et la copie de sa fiche de salaire du mois de janvier 2011 indique un salaire mensuel net de 2'534 fr. 30. La situation économique de l'intimée étant suffisamment étayée par ses déclarations convaincantes et les pièces du dossier, les moyens de preuve sollicités par l'appelant doivent par conséquent être rejetés.

Dans la mesure de sa recevabilité, ce grief est infondé.

4.2 L'appelant relève également que le premier juge a retenu dans ses revenus de 2010 un bonus de 15'000 fr., alors que ce bonus ne découle d'aucun engagement contractuel et que le bonus qui lui a été servi en 2009 ne s'élevait qu'à 6'000 fr.

4.2.1 Les bonus régulièrement versés doivent être considérés – même non garantis – comme des éléments du revenu effectif (ATF 129 III 7; Françoise Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites in SJ 2007 II 67, n° 18, p. 80; CREC II 2 mars 2011/31).

4.2.2 Observant que l'appelant travaille à 100 % auprès de la [...], à [...], comme IT business analyst, le premier juge a retenu que l'intéressé avait perçu, en 2010, un salaire mensuel net de 10'307 fr., dont un bonus de fin d'année de 15'000 fr., sans les allocations familiales de 700 fr.

Pour évaluer les revenus de l'appelant, le premier juge s'est certes uniquement fondé sur le salaire qu'il avait perçu en 2010, alors qu'il résulte d'une attestation de salaire que celui-ci a produite pour l'année

2009 qu'il n'avait perçu qu'un bonus de 6'000 fr. à cette époque. Reste qu'il n'est pas critiquable, lorsqu'il s'agit de calculer une contribution d'entretien allouée provisoirement, de se baser sur le dernier salaire perçu. Par ailleurs, lors des débats d'appel, l'époux a expliqué qu'il percevrait, pour l'année 2011, la même somme que l'année précédente, soit 15'000 fr., et qu'il en avait touché déjà environ les deux tiers, déclarant toutefois être dans l'incapacité d'en indiquer précisément le montant.

L'appréciation du premier juge sur ce point ne prête donc pas le flanc à la critique.

4.3 L'appelant soutient que les charges liées à son immeuble ne s'élèvent pas à 1'248 fr. comme le premier juge l'a retenu, mais à 1'408 fr. Pour l'intimée, elles ne seraient que de 938 fr. 55.

Dans le cadre de sa requête de mesures protectrices de l'union conjugale, l'appelant a mentionné les charges immobilières suivantes :

"- Charge hypothécaire au 30.06.2010	fr.	3'308.90
- Charge hypothécaire au 31.12.2009	fr.	3'308.90
- Télévision – CanalSat	fr.	420.00
- Abonnement chauffage – E&F	fr.	330.00
- Consommation eau	fr.	262.10
- Epuration eau	fr.	186.00
- ECA – garage	fr.	10.35
- ECA – appartement	fr.	306.00
- ECA – ménage	fr.	76.00
- Fonds de rénovation – PPE [...]	fr.	2'022.00
- Generali – RC immeuble	fr.	267.60
- Impôt foncier	fr.	376.25
- Chauffage – [...]	fr.	980.00
- Ramonage – [...]	fr.	100.60
- Electricité – [...]	fr.	1'511.60
- Amortissement indirect – [...]	fr.	6'566.00
- RC ménage – [...]	fr.	308.60
- Fonds de rénovation – PPE [...] (toit)	fr.	3'600.00
Montant annuel	fr.	16'903.10
Montant mensuel	fr.	1'408.59"

En l'espèce, il y a lieu de relever que plusieurs postes, telles que la redevance télé, la consommation d'eau, d'électricité, l'assurance en

responsabilité « ménage » sont déjà comprises dans le calcul du montant de base mensuel qui a été retenu pour l'appelant. Il n'y a donc pas lieu de comptabiliser ces postes une deuxième fois. Par ailleurs, les amortissements et montants allégués au titre du fonds de rénovation de l'immeuble n'ont pas à être pris en compte ; ils ne correspondent pas à des besoins essentiels de la famille. En outre, les parties ont prévu de vendre l'immeuble, de sorte qu'il n'y a pas d'intérêt à maintenir le fonds de rénovation en l'état. Déduction faite de ces différents postes, les charges de l'immeuble occupé par l'appelant ne s'élèvent par conséquent pas à plus de 1'248 fr. par mois tel que retenu par le premier juge.

4.4 L'appelant reproche au premier juge d'avoir retenu, à titre de frais de transport, un montant de 600 fr. pour chacune des parties, alors que l'intimée ne travaille qu'à mi-temps.

Lors des débats d'appel, l'intimée a déclaré qu'elle se rendait à ses cours en train et que les trajets en automobile étaient très variables, ajoutant qu'elle privilégiait autant que possible les transports publics. Elle a indiqué par ailleurs qu'elle devait se déplacer dans toute la Suisse, principalement dans le canton de Vaud, pour les besoins de sa profession.

Comme on l'a précisé ci-dessus (cf. ch. 3.3), l'intimée est active à 100 %. Elle effectue de nombreux trajets dans toute la Suisse ; les transports publics n'assurent pas de desserte dans toutes les villes ou communes helvétiques. L'intimée n'est donc pas en mesure de se passer de l'utilisation d'une voiture. Le montant de 600 fr. retenu par le premier juge est donc adéquat.

4.5 L'appelant fait enfin valoir que le partage par moitié de la base mensuelle des enfants qui a été retenue pour la période du 31 octobre 2010 au 31 mars 2011 et le partage par moitié du solde disponible qui a été pris en compte pour cette même période sont inéquitables, dans la mesure où la garde des enfants n'était pas, en réalité, assurée de manière alternée. L'intimée n'aurait reçu ses filles chez elle que pour deux repas du soir et une fin de semaine sur deux, alors que, le reste du temps,

l’appelant se serait chargé de tous les autres frais tels que ceux de repas, d’achat de vêtements, d’assurances, etc.

Le premier juge a retenu que les parties se sont séparées au mois d'octobre 2009 et que, suite à cette séparation, l’intimée a effectué un séjour à Cery pour une grave dépression. L’appelant aurait alors pris en charge les enfants jusqu’au mois de septembre 2010 et, à partir de ce moment-là, aurait assuré leur garde, alternativement avec son épouse.

Ce raisonnement n’est pas critiquable au regard des déclarations qui ont été protocolées lors des débats. En effet, à partir du 31 octobre 2010, conformément à la volonté des enfants et selon ce que l’appelant a décrit, la garde était effectivement assurée par la mère un week-end sur deux et deux soirs par semaine. Lorsque l’intimée s’est installée à [...] au mois de mars 2010, elle a suivi les mêmes modalités. Toutefois, très rapidement, les enfants, particulièrement C.Z._____, se sont rendues à leur gré chez leur mère, de manière très variable, C.Z._____ venant en particulier tous les matins déjeuner chez celle-ci, alors qu’B.Z._____, qui est scolarisée à [...], s'en serait davantage tenue aux modalités fixées, se rendant toutefois chez sa mère durant les repas de midi.

On ne peut ainsi faire grief au premier juge d’avoir considéré qu’à partir du mois d’octobre 2010, la garde des enfants était dans les faits assurée de manière alternée.

5. Il s’ensuit que l’appel doit être rejeté.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr., sont mis à la charge de l'appelant (art. 65 al. 3 TFJC [Tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5].

Vu sa situation financière et l'issue de la procédure, la requête d'assistance judiciaire déposée par P._____, est admise. L'intéressée devra s'acquitter d'une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1er août 2011, auprès du Service juridique et législatif, à Lausanne. L'avocate Stéphanie Cacciatore est désignée comme son conseil d'office avec effet au 14 juin 2011, dans la présente procédure.

Vu l'admission de la requête d'assistance judiciaire, le conseil d'office précité, qui a produit sa liste des opérations et débours, a droit à une indemnité correspondant à une rémunération équitable (art. 122 al. 2 CPC et 2 du règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.3) qu'il convient d'arrêter au montant de 1'800 fr., plus 144 fr. de TVA et 35 fr. de débours.

Dans la mesure de l'art. 123 CPC, la bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office.

Ayant obtenu gain de cause, l'intimée a droit à des dépens de deuxième instance de 2'000 fr.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

I. L’appel est rejeté.

II. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr. (neuf cents francs), sont mis à la charge de l'appelant.

III. La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est admise, Me Stéphanie Cacciatore étant désignée comme conseil d'office avec effet au 14 juin 2011 dans la procédure d'appel, P._____ étant astreinte à verser une franchise mensuelle de 50 fr. (cinquante francs), dès et y compris le 1er août 2011, à verser auprès du Service juridique et législatif, case postale, 1014 Lausanne.

IV. L'indemnité d'office de Me Stéphanie Cacciatore, conseil de l'intimée, est arrêtée à 1'800 fr. (mille huit cents francs), plus 144 fr. (cent quarante-quatre francs) de TVA et 35 fr. (trente-cinq francs) de débours.

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

VI. L'appelant A.Z._____ doit verser à l'intimée P._____, la somme de 2'000 fr. (deux mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué : La greffière :

Du 8 juillet 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Christian Dénériaz (pour A.Z._____),
- Me Stéphanie Cacciatore (pour P._____).

La Cour d’appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

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

La greffière :