

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 23 août 2016

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée
Greffier : Mme Nantermod Bernard

Art. 176 al. 1 CC ; 308 al. 1 let. b CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **Z.**_____, à Fey, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 19 avril 2016 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **J.**_____, à Ursy, intimée, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 19 avril 2016, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : le président) a constaté que Z._____ a contribué à l'entretien des siens à hauteur de 2'842 fr. par mois, allocations familiales par 200 fr. en sus, du 1^{er} mars 2014 au 29 février 2016, soit à raison de 2'000 fr. de contribution d'entretien, 842 fr. de participation aux frais de logement et 200 fr. d'allocations familiales (I) ; a astreint Z._____ à contribuer à l'entretien de J._____ par le versement d'une pension mensuelle de 2'200 fr., d'avance le premier de chaque mois dès le 1^{er} mars 2016 (II) ; a dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (III) ; a rejeté toute autre ou plus ample conclusion (IV) et a déclaré la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (V).

En droit, le président a considéré qu'il était compétent pour interpréter la convention conclue par les parties et ratifiée le 7 février 2014 pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ainsi que pour constater le montant consacré par Z._____ à l'entretien des siens depuis le 1^{er} mars 2014. Il a ainsi retenu qu'outre la pension mensuelle de 2'000 fr. dont il s'acquittait, Z._____ assumait l'entier des frais relatifs au domicile conjugal, à hauteur de 1'684 fr. par mois et que compte tenu de la jouissance partagée de ce domicile entre les époux, seule la moitié des frais, soit 842 fr., devait être considérée comme une pension en nature. S'agissant en revanche des frais relatifs aux enfants (notamment les primes d'assurance-vie conclues à leurs noms, les frais relatifs à leurs activités et la part non remboursée de leurs frais médicaux), le premier juge a estimé qu'ils ne devaient pas être considérés comme une prestation en nature, au vu de la différence de revenus des époux justifiant de requérir de Z._____ qu'il participe de manière plus importante à l'entretien de ses enfants, sans que cela ne lui porte de préjudice fiscal puisqu'il déduisait de son revenu imposable les montants annuels de 4'600 fr. à titre d' « Assurances maladie et accidents, ass. sur

la vie (total famille) » et de 2'751 fr. de « Frais médicaux et dentaires - Frais liés à un handicap ».

Considérant que le changement de mode de garde des enfants et de l'attribution de la jouissance du domicile conjugal opérés dès le 1^{er} mars 2016 constituaient des faits nouveaux permettant de réévaluer le montant de la contribution due à J._____ et faisant application de la méthode dite du minimum vital avec répartition de l'excédent, le premier juge a retenu qu'avec un revenu mensualisé net de 11'345 fr., allocations familiales comprises, et des charges incompressibles de 5'084 fr. (base mensuelle de 850 fr., part au loyer de 842 fr., deux bases enfant de 1'200 fr., primes d'assurance-maladie de 541 fr., frais de transport et de repas de 651 fr., impôts de 1'000 fr.), Z._____ disposait d'un montant disponible de 6'261 francs. Quant à J._____, il a retenu qu'elle percevait un revenu mensuel net de 1'784 fr., et que ses charges incompressibles s'élevaient à 2'624 fr. (base mensuelle de 850 fr., droit de visite de 150 fr., part au loyer de 700 fr., prime d'assurance-maladie de 274 fr., frais de déplacement de 200 fr., impôt de 350 fr. et assistance judiciaire de 100 fr.), de sorte que son budget présentait un déficit de 840 francs. Une fois ce déficit comblé par le disponible de Z._____ (6'261 fr.), le président a réparti le montant à disposition, soit 5'421 fr., à hauteur de 60% en faveur de Z._____ qui avait la garde des enfants, soit 3'253 fr., et à hauteur de 40% en faveur de J._____, soit un montant de 2'168 francs. Tenant compte de la conclusion de cette dernière, il a fixé le montant de la contribution en sa faveur à 2'200 fr. arrondis par mois.

B. Par acte du 2 mai 2016, Z._____ a recouru contre cette ordonnance, concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il soit astreint, dès le 1^{er} mars 2016, à verser à J._____ une contribution d'entretien mensuelle de 400 fr., subsidiairement de 1'600 francs. Il a en outre requis que l'effet suspensif soit octroyé à son appel et qu'il soit mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel. A titre de mesures d'instruction, il a requis la production par l'intimée de tous documents attestant de ses recherches d'emploi depuis

le 1^{er} septembre 2012, date de la séparation, ainsi que la fixation d'une audience et l'audition de [...], en qualité de témoin amené.

Par décision du 3 mai 2016, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile (ci-après : la juge déléguée) a rejeté la requête d'effet suspensif contenue dans l'appel de Z._____. Par arrêt du 2 juin 2016, elle a rejeté la requête d'assistance judiciaire de Z._____ au motif que la condition de l'indigence au sens de l'art. 117 let. a CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) n'était pas réalisée, retenant que le prénommé percevait un salaire net mensualisé de 11'345 fr., comprenant les allocations familiales, et que son minimum vital élargi s'élevait à 5'084 fr., de sorte qu'une fois ses charges assumées, il disposait d'un montant de 6'261 fr., et que même à supposer que l'on retienne les charges incompressibles alléguées dans la requête, voire dans l'appel (8'537 fr. 10, respectivement 7'376 fr. 80), son budget présenterait encore un montant disponible oscillant entre 2'800 fr. et 3'950 fr. par mois, manifestement suffisant à couvrir les frais du procès. La juge déléguée a relevé au surplus que Z._____ détenait la moitié de l'immeuble appartenant aux parties, estimé fiscalement à 540'000 fr. et grevé de dettes pour un montant de 394'000 fr., et qu'il était en mesure d'engager, le cas échéant, sa fortune immobilière (1/2 de la différence de 146'000 fr.), pour financer les coûts du procès.

Par lettre du 6 juin 2016, un délai au 10 juin 2016 a été imparti à l'appelant pour indiquer si oui, quand et dans quel contexte les mesures d'instruction requises en appel (audition d'un témoin amené et pièces requises quant aux recherches d'emploi de l'intimée depuis le 1^{er} septembre 2012) avaient déjà été formulées en première instance.

Par courrier du 7 juin 2016, l'appelant a répondu que la question de savoir s'il vivait en ménage commun, respectivement quelle serait la répartition de la prise en charge des coûts du ménage, n'avait jamais été alléguée ni discutée durant la procédure provisionnelle, pas plus qu'elle ne l'avait été lors de l'audience de mesures provisionnelles du 13 octobre 2015 ni de sa reprise du 26 janvier 2016. Quant à la

problématique du revenu hypothétique de l'intimée, l'appelant a rappelé qu'elle avait notamment fait l'objet des allégués 25 à 29 de sa requête de mesures provisionnelles du 17 juin 2015 et 37 à 43 de ses conclusions motivées du même jour. Dès lors, il maintenait ses réquisitions relatives aux mesures d'instruction.

Par courrier du 9 juin 2016, J._____ s'est déterminée spontanément sur les mesures d'instruction requises par le recourant, concluant au refus de la réquisition de production de pièces et de l'audition de [...].

C. La juge déléguée retient les faits pertinents suivants, nécessaires à l'examen de la cause :

1. Z._____, né le [...] 1971, et J._____ le [...] 1969, se sont mariés le [...] 1999 à [...]. Ils sont les parents des enfants mineurs [...], née le [...] 2000, et [...], né le [...] 2004.

Les époux sont copropriétaires par moitié de l'immeuble n° [...] situé sur la commune de [...].

2. Le 7 février 2014, Z._____ et J._____ ont signé, sous l'autorité du président qui l'a ratifiée pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, une convention les autorisant à vivre séparés pour une durée indéterminée, la séparation effective datant du 1^{er} septembre 2012, et prévoyant la garde alternée sur les enfants une semaine sur deux, au domicile conjugal dont la jouissance conjointe leur était attribuée en alternance, une contribution de Z._____ à l'entretien des siens par 2'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises, et la prise en charge par celui-ci des frais en relation avec le domicile conjugal et les enfants (frais médicaux et d'assurance-maladie à l'exclusion des frais de nourriture et d'habillement lorsque les enfants étaient sous la garde de leur mère).

3. Le 2 octobre 2014, Z._____ a déposé une requête unilatérale en divorce.

Depuis le 1^{er} janvier 2015, J._____ a vécu une semaine sur deux en résidence secondaire à [...], avec son compagnon [...], dans un appartement de trois pièces et demie au loyer mensuel de 2'100 francs.

4. Par requête de mesures provisionnelles du 17 juin 2015, Z._____ a conclu à ce qu'il soit constaté qu'il a contribué à l'entretien des siens à hauteur de 3'500 fr. par mois dès le 1^{er} mars 2014, à ce que la jouissance du domicile conjugal et la garde [...] lui soient attribuées, sous réserve d'un libre et large droit de visite de la mère, charge à lui d'acquitter l'entier des coûts de la villa, de supporter tous les frais liés aux enfants, sauf frais extraordinaires à diviser par deux, et de contribuer jusqu'au mois d'octobre 2015 à l'entretien de son épouse par le versement d'une pension mensuelle de 400 fr., alléguant que la disponibilité de l'intimée, son curriculum vitae, son expérience, son âge, son état de santé et la durée de la séparation devaient lui permettre de réaliser un revenu hypothétique d'au moins 3'500 fr. par mois qui suffisait à couvrir son propre entretien. A l'appui de son allégation, il offrait la preuve par la procédure, l'appréciation et le droit.

Le même jour, Z._____ a déposé des conclusions en divorce motivées.

Dans ses déterminations du 9 octobre 2015, J._____ a conclu au rejet des conclusions provisionnelles de Z._____.

A l'audience du 26 janvier 2016, les parties ont conclu, sous l'autorité du président qui l'a ratifiée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, une convention confiant dès le 1^{er} mars 2016 la garde des enfants à leur père, qui renonçait en l'état à toute contribution de J._____ à leur entretien, accordant à la mère un libre droit de visite et attribuant la jouissance exclusive de la villa conjugale à Z._____, moyennant qu'il en paie les intérêts hypothécaires (intérêts et

amortissement indirects) et toutes les charges courantes ainsi que l'impôt foncier. Un délai au 2 avril 2016 a été imparti à J._____ pour emporter du domicile conjugal ses affaires personnelles ainsi que quelques meubles dûment répertoriés.

Après signature de cette convention, Z._____ a conclu au versement d'une contribution en faveur de son épouse de « 400 fr. par mois, le 1^{er} mars 2016 » et J._____ a conclu au service d'une pension mensuelle de 2'200 fr. dès cette date.

Par lettre de son conseil du 7 mars 2016, J._____ a constaté que dès son départ de la villa conjugale, Z._____ avait imposé aux enfants la présence d'une femme inconnue, qui avait emménagé dans la maison avec sept chiens et une dizaine de chats, et requis de son mari qu'il lui fournisse des explications.

Le 9 mars 2016, dans le délai imparti par le président, Z._____ a déposé un procédé écrit.

Par courriel du 10 mars 2016, Z._____ a écrit à son épouse qu'il rendait service à [...] pour quelque temps, en l'hébergeant avec ses chiens et chats, et que cette amie payait un défraiement correspondant aux frais qu'elle occasionnait dans la maison.

Le 21 mars 2016, J._____ s'est déterminée sur le procédé écrit du 9 mars 2016.

5. Z._____ travaille depuis le 1^{er} mai 2010 en qualité de professeur au sein de la haute Ecole d'Ingénierie et de Gestion du canton de Vaud et son salaire net mensualisé est de 11'345 fr., dont 460 fr. d'allocations familiales. Lorsqu'il bénéficiait d'une garde alternée sur ses enfants, il louait un appartement de deux-pièces et demie ainsi qu'une place de parc, au loyer mensuel global de 1'100 fr., et s'acquittait de la moitié des charges du domicile conjugal, lesquelles totalisaient 1'684 fr. par mois. Ses dépenses incompressibles comprennent actuellement une base adulte (850 fr. ou 1'250 fr. selon que l'adulte fasse ménage commun

ou vive seul [cf. infra consid. 4.1.3]) et deux bases enfants (1'200 fr.), les primes d'assurance-maladie (541 fr.), des frais de transport (456 fr.), des frais de repas pris hors du domicile (195 fr.) et la charge fiscale (1'000 fr.).

J._____ exerce diverses activités lui procurant un gain mensuel total net de 1'784 fr. en chiffres ronds. Elle travaille pour l'Association [...], qui lui sert un salaire mensuel net de 500 fr. servi douze fois l'an, pour l'Association scolaire intercommunale de la région [...] où elle s'occupe de l'activité facultative « théâtre » à un tarif horaire de 55 fr. brut, pour [...] où elle dispense des cours de théâtre rémunérés 56 fr. brut de l'heure, pour [...] au tarif horaire de 60 fr. et enseigne enfin dans une école primaire de [...] à un taux de 7,1429% pour un salaire net de 305 fr. 80, versé treize fois l'an. Ses charges incompressibles comprennent une base mensuelle pour un adulte faisant ménage commun (850 fr.), un forfait pour l'exercice du droit de visite (150 fr.), sa part de loyer (700 fr.), des primes d'assurance-maladie (274 fr.), des frais de déplacement (200 fr.), des charges fiscales (350 fr.) et enfin 100 fr. à titre de remboursement de l'assistance judiciaire.

En droit :

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 est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles sont régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC et selon l'art. 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CC dans les procédures matrimoniales (JdT 2010 III 115, spécialement p. 121). L'appel écrit et motivé, doit ainsi être introduit auprès de l'instance d'appel dans les dix jours (art. 311 CPC) à compter de la notification de la motivation (art. 239 CPC). L'appel est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

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 références citées).

2.2 La jurisprudence vaudoise (JdT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les novas, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, notamment en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 CPC), sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., JdT 2010 III 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Le Tribunal fédéral, après avoir considéré que cette interprétation de la loi était dépourvue d'arbitraire (TF 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 4.2, in RSPC 2012 p. 231 ; cf. aussi TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012 consid. 3.2.2, qui ne tranche pas la controverse, l'appelant n'ayant pas fait valoir que le premier juge n'aurait pas instruit conformément à la maxime inquisitoire), l'a définitivement confirmée dans l'ATF 138 III 625 consid. 2.2. On doit donc retenir que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux, y compris lorsque la maxime inquisitoire est applicable, et que l'art. 229 al. 3 CPC ne s'applique qu'à la procédure de

première instance. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que l'existence d'une procédure simplifiée implique logiquement qu'elle doit être plus rapide et plus expédiente. Il serait paradoxal qu'elle soit en réalité plus difficile parce que le plaideur négligent pourrait faire rebondir la cause en appel en invoquant pour la première fois des faits ou moyens de preuve qu'il a omis de présenter en première instance (ATF 138 III 625 consid. 2.2, RSPC 2013 p. 32, note Bohnet).

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 (Hohl, op. cit., no 2414 p. 438). 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 (Tappy, op. cit., JdT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., no 2415 p. 438; JdT 2011 III 43).

En matière de mesures provisionnelles, la maxime inquisitoire simple ou sociale est applicable (art. 272 CPC ; SJ 2016 II 164).

3.

3.1 Le recourant se plaint d'arbitraire dans l'application du droit et dans l'établissement des faits. L'autorité de première instance aurait méconnu les règles régissant la contribution d'entretien due au conjoint à titre provisionnel et plus particulièrement celles se rapportant à l'établissement des charges participant au minimum vital. Enfin, elle n'aurait pas instruit sur la capacité de l'épouse à subvenir à ses propres besoins en étendant son activité lucrative et aurait rendu une décision sur un état de fait incomplet.

3.2 En vertu de l'art. 276 al. 1 2^e phr. CPC, les mesures provisionnelles durant la procédure de divorce sont prises en application par analogie des dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 271 ss CPC). En matière de mesures protectrices de l'union conjugale, le juge de première instance établit les faits d'office en vertu de la maxime

inquisitoire (art. 272 CPC). Selon la jurisprudence, cette maxime impose l'obligation au juge, et non aux parties, d'énoncer et d'établir les faits déterminants (ATF 128 III 411). Il n'est pas lié par les faits allégués et les offres de preuve et peut donc tenir compte de faits non allégués (ATF 107 II 233). La maxime inquisitoire illimitée ne dispense cependant pas les parties de collaborer et il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 5 ; ATF 128 III 411 consid. 3.2.1 ; Juge délégué CACI 15 juillet 2011/157 ; Halde, CPC Commenté, n. 7 ad art. 55 CPC ; CACI 21 mai 2014/261 consid. 3). Elle ne sert pas à suppléer les carences d'une partie négligente ou qui renonce à s'exprimer (TF 4C.255/2006 du 2 octobre 2006 ; TF 4P.297/2011 du 26 mars 2002).

La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits (ATF 137 III 617 consid. 5.2), et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées ; par contre, elle peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas instruit l'affaire conformément à cette maxime, grief qui ressortit à la violation du droit (art. 310 let. a CPC ; TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012 consid. 3.2.1 ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 in fine).

Cela étant, s'agissant de la contribution d'entretien due entre époux, à l'exclusion de l'entretien dû pour les enfants, le principe de disposition s'applique à l'objet du litige et la maxime des débats à l'établissement des faits y compris en procédure provisionnelle. Ainsi, 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. Il statue en outre dans les limites des faits allégués et établis par les parties (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 consid. 5.3).

3.3 En l'espèce, l'appelant a requis, à titre de mesure d'instruction, l'audition en qualité de témoin amené de [...], afin que cette dernière puisse confirmer qu'il l'héberge à bien plaisir et de manière extrêmement provisoire. Il a également requis production par l'intimée de

tous documents attestant de ses recherches d'emploi effectuées depuis la séparation, soit dès le 1^{er} septembre 2012 à ce jour.

Or, dans ses déterminations du 22 mars 2016, l'intimée s'est prévalu de la réduction de la charge de loyer de l'appelant en raison de sa cohabitation avec une amie et copie en a été acheminée au requérant. Il appartenait alors à ce dernier d'exercer son droit de réplique spontané s'il entendait contester cet élément et requérir des mesures d'instruction (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1), de sorte qu'il n'y a pas lieu, en l'état, sous l'angle de l'art. 317 al. 1 CPC, de donner suite aux mesures d'instruction de l'appelant dont le droit d'être entendu a été respecté et qui pouvait faire valoir ces moyens en première instance.

Quant aux pièces requises en appel, force est de constater que l'appelant n'a requis aucune pièce dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles, ni du reste à l'appui de ses conclusions motivées, se bornant à invoquer une capacité hypothétique de gain de l'intimée à prouver par « appréciation ». Enfin, comme on le verra ci-après, il n'a formulé aucune allégation précise quant au niveau de formation et au travail que pourrait occuper l'épouse.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de donner suite aux réquisitions de mesures d'instruction formulées par l'appelant en appel.

4.

4.1

4.1.1 Sans contester l'application de la méthode du minimum vital avec répartition de l'excédent, l'appelant fait valoir que le premier juge a retenu à tort qu'il vit en colocation ou en communauté de vie avec l'amie qui séjourne actuellement dans son logement. Il soutient qu'il héberge gratuitement et à bien plaisir, mais surtout de manière extrêmement temporaire, une amie qui est à la recherche d'un appartement et qu'il n'est en aucun cas question de colocation ou de communauté de vie au sens pris par le premier juge.

4.1.2 Selon la jurisprudence, s'il n'y a aucun soutien financier, ou si les prestations fournies par le concubin ne peuvent pas être prouvées, il peut toutefois exister ce que l'on appelle une (simple) " communauté de toit et de table ", qui entraîne des économies pour chacun des concubins. Ce qui est déterminant, ce n'est pas la durée du concubinage, mais l'avantage économique qui en découle. Les coûts communs (montant de base, loyer, etc) sont en principe divisés en deux, même si la participation du nouveau partenaire est moindre (ATF 138 III 97 consid. 2.3.2, JdT 2012 II 479).

4.1.3 En l'occurrence, il appartenait à l'appelant de déposer des observations sur les déterminations de l'intimée du 21 mars 2016, lesquelles se fondaient essentiellement sur son propre courriel du 10 mars 2016 dans lequel il confirmait à son épouse qu'il hébergeait une amie payant un défraiement correspondant aux frais qu'elle occasionnait. Pour les motifs développés ci-dessus (consid. 3.3 et 3.4), il ne saurait être reproché au premier juge d'avoir retenu, au stade de la vraisemblance, une communauté de toit et de table donnant lieu aux réductions opérées sur la base mensuelle et les frais immobiliers, d'autant que l'argument de l'appelant consistant à soutenir qu'il s'agit d'une aide gratuite et extrêmement temporaire est contredit par ses propres écrits ainsi que le fait même que l'on voit mal de quelle manière [...] parviendrait à trouver rapidement un appartement qui lui permette d'accueillir sept chiens et une dizaine de chats.

4.2

4.2.1 L'appelant conteste ensuite le fait que les primes d'assurances-vie conclues au nom des enfants et en son propre nom au profit de l'intimée n'aient pas été prises en compte, du moins partiellement.

4.2.2 S'agissant de montants servant à la constitution du patrimoine, le montant de telles assurances n'a pas à être pris en compte dans les charges incompressibles (TF 5A_608/2011 du 13 décembre 2011

consid. 6.2.3). C'est donc à juste titre que le premier juge ne les a pas retenues au titre de charges incompressibles participant au minimum vital du débiteur de l'entretien.

4.3

4.3.1 Enfin, l'appelant considère qu'étant au bénéfice de l'assistance judiciaire, il a le droit à ce qu'une somme de 100 fr. soit intégrée dans son minimum vital pour assumer le paiement de cette charge, ce que le premier juge a par ailleurs octroyé à l'intimée.

4.3.2 La franchise mensuelle doit être prise en compte lorsque la situation des parties ne peut être qualifiée de serrée (Juge délégué CACI 9 août 2013/395), ce qui est le cas en l'espèce. En vertu du principe de l'égalité de traitement, il convenait de prendre en considération dans les charges incompressibles du requérant, qui plaidait également au bénéfice de l'assistance judiciaire en première instance, un montant équivalent. La critique peut ainsi être admise, bien qu'elle n'influe aucunement sur le montant de la contribution querellée et que le bénéfice de l'assistance judiciaire ait été refusé à l'appelant en deuxième instance.

4.4

4.4.1 Dans un moyen supplémentaire, l'appelant fait grief au premier juge de ne pas avoir retenu qu'il pouvait être exigé de la requérante qu'elle étende son activité lucrative, alors même qu'elle ne rencontre aucun problème de santé, n'a jamais cessé d'être active professionnellement depuis le mariage, dispose d'un dossier de qualifications professionnelles extrêmement favorable, maîtrise plusieurs langues et n'a plus la charge d'enfants.

4.4.2 En principe, seuls les revenus effectifs des époux sont déterminants. La prise en compte d'un revenu hypothétique est envisageable pour l'époux débiteur comme pour l'époux créancier d'entretien (ATF 127 III 136 consid. 2b ; ATF 119 II 314 consid. 4a, JdT 1996 I 197). Il est possible d'imposer à un époux qu'il commence ou étende son activité si trois conditions cumulatives sont remplies : les moyens disponibles sont insuffisants pour assurer l'existence de deux

ménages séparés, il est impossible de recourir à une épargne constituée durant la vie commune ou temporairement à la fortune existante et cette obligation doit être raisonnablement exigible compte tenu de la situation personnelle du conjoint et du marché du travail (de Weck-Immelé, Droit matrimonial, Fond et procédure [ci-après cité : CPra matrimonial], 2016, n. 71 ad art. 176 CC, p. 653, et les références citées). L'examen d'un revenu hypothétique s'effectue en deux étapes : en premier lieu, il faut déterminer si l'on peut raisonnablement exiger de la personne qu'elle reprenne ou augmente son revenu compte tenu de sa formation, de son âge, de son état de santé, de l'existence d'enfant encore à charge et du temps pendant lequel elle a été éloignée du marché du travail (il s'agit d'une question de droit) et le juge doit préciser le type d'activité professionnelle que la personne pourrait raisonnablement accomplir. En second lieu, il faut s'assurer que la personne a la possibilité effective de réaliser le revenu hypothétique retenu en fonction des critères subjectifs précités et en fonction du marché du travail (c'est une question de fait) ; dans cette étape de son raisonnement, le juge doit déterminer si la personne a la possibilité effective d'exercer cette activité et le revenu qu'elle peut réaliser compte tenu de son âge, de sa formation, de son état de santé ainsi que du marché du travail, et ne peut se contenter de retenir un revenu plus élevé sans en expliquer les raisons ni prendre en considération le revenu tiré d'une activité à temps partiel, sans adaptation pour déterminer un salaire hypothétique pour la même activité à plein-temps (sur le tout de Weck-Immelé, op. cit., nn. 72-73 ad art. 176 CC, p. 74 ; SJ 2016 II 161). Pour fixer le revenu à prendre en considération, le juge peut recourir à l'enquête suisse sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique ou à d'autres sources, comme les conventions collectives de travail ; le degré de formation prend alors tout son sens (de Weck-Immelé, op. cit., n. 76 ad art. 176 CC, p. 655).

4.4.3 En l'espèce, alors que la maxime des débats s'applique à l'entretien de l'épouse, l'appelant n'a produit ni requis aucune pièce dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles qui serait propre à établir la formation de l'intimée, ses qualifications professionnelles, sa maîtrise de plusieurs langues étrangères, ou encore le type d'activité

professionnelle que l'épouse pourrait raisonnablement accomplir. Dans ces circonstances et compte tenu de la jurisprudence précitée, il ne saurait être retenu, en l'état, un salaire hypothétique pour un travail à un taux d'activité plus étendu ou davantage rémunéré compte tenu d'une qualification supérieure.

Reste qu'il appartiendra à l'intimée de s'enquérir de la possibilité d'étendre, respectivement d'asseoir son activité professionnelle, dès lors que la séparation des époux paraît irrémédiable et qu'après divorce, la capacité d'assumer son propre entretien jouera un rôle plus important (TF 5A_474/2013 du 10 décembre 2013 consid. 4.3.2).

Par ailleurs, le minimum vital de l'appelant n'est pas atteint, comme on va le voir ci-après (consid. 4.4.4), ce qui conduit également à confirmer l'ordonnance entreprise.

4.4.4 En effet, l'appelant ne conteste pas que son salaire, part au treizième et allocations familiales comprises, est de 11'345 francs. Les charges retenues n'appelant aucune critique, l'excédent en résultant est de 6'261 francs. Quant à la répartition du solde disponible après couverture du manco de l'intimée, opérée par le premier juge à raison de 60 % pour le mari et 40% pour l'épouse, l'appelant soutient que 75% lui reviennent dès lors qu'il a la garde de deux enfants. Or, selon le Tribunal fédéral, en vertu du droit de chaque époux de conserver son train de vie antérieur, il faut des motifs particuliers pour s'écarter de la répartition par moitié du montant qui, après couverture du minimum vital des deux époux, subsiste du revenu à disposition pour l'entretien de l'union conjugale (ATF 114 II 26, JdT 1991 I 334). Un partage par moitié ne se justifie pas si l'un des époux doit subvenir aux besoins d'enfants mineurs (ATF 126 III 8 consid. 3c, JdT 2000 I 29). En l'espèce, la présence d'enfants communs auprès du père détenteur du droit de garde constitue un motif particulier justifiant une répartition du disponible, mais la répartition du disponible telle qu'opérée par le premier juge à raison de 60% au détenteur de la garde des enfants mineurs et à raison de 40% à l'épouse seule ne souffre aucune critique compte tenu du large pouvoir

d'appréciation qui lui revient dans le cadre de la fixation des contributions d'entretien en droit de la famille (ATF 128 III 161 consid. 2c/aa ; 116 II 103 consid. 2f ; TF 5A_127/2009 du 12 octobre 2009 consid. 6.3.2).

Il s'ensuit que le versement de la pension querellée n'entame pas le minimum vital de l'appelant, dont le dernier grief est infondé.

5. Au vu de ce qui précède, l'appel est manifestement infondé et doit être rejeté en vertu de l'art. 312 al. 1 CPC. L'ordonnance de mesures provisionnelles attaquée doit être confirmée.

Les frais judiciaires de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), sont arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 1 CPC,
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelant Z._____.
- IV.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

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 Astyanax Peca (pour Z. _____),
- Me Alix de Courten (pour J. _____),

La juge déléguée 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), 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 La Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :