

JUGE DÉLÉGUÉ DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 9 janvier 2013

Présidence de M. COLELOUGH, juge délégué
Greffière : Mme Bertholet

* * * * *

Art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3; 179 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.**_____, à Pully, requérante, contre l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 30 septembre 2011 par la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.C.**_____, à Echandens, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 30 septembre 2011, la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne a confirmé la garde alternée sur les enfants C.C._____ et D.C._____, selon les modalités prévues dans la convention signée les 8 et 15 mars 2011 et ratifiée le 10 mai 2011 (I), dit que, dès le 1^{er} janvier 2011, B.C._____ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de A._____, d'une pension de 4'000 fr., allocations familiales en sus, sous déduction des montants déjà payés (II), maintenu pour le surplus les modalités de séparation telles que prévues dans la convention valant prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, ratifiée le 10 mai 2011 (III), chargé le Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) d'un mandat d'évaluation en vue de déterminer, d'une part, la situation des enfants susmentionnés et les capacités éducatives de chacun des parents et, d'autre part, le cas échéant, de faire des propositions quant à une nouvelle attribution du droit de garde, dans les meilleurs délais (IV), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (V) et déclaré l'ordonnance, rendue sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire, nonobstant appel (VI).

En droit, la première juge a considéré que les parties avaient convenu d'un régime de garde de fait équivalent à une garde alternée dont aucun élément nouveau ne commandait le changement. Elle a retenu que les charges de la requérante avaient diminué de 1'000 fr. à compter du 1^{er} avril 2011, les frais mensuels de garderie pour les enfants étant passés de 2'100 fr. par mois à 1'100 fr. environ, et que l'intimé avait baissé son taux d'activité à 80 % dès le 1^{er} septembre 2011, ce qui avait pour conséquence de porter son salaire mensuel net moyen, initialement de l'ordre de 12'200 fr., à 9'800 fr., bonus compris. Elle a jugé qu'il s'agissait d'un changement de circonstances certes durable, mais non essentiel, si bien qu'il ne justifiait pas une modification de la contribution d'entretien, cela d'autant moins que la situation économique de la

requérante s'était améliorée au contraire de celle de l'intimé, qui s'était péjorée.

B. Par acte du 13 octobre 2011, A._____ a fait appel de cette ordonnance concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que le chiffre I de son dispositif soit modifié en ce sens que la garde sur les enfants est confiée à leur mère, à ce qu'il soit dit que B.C._____ bénéficierait d'un libre droit de visite sur ses enfants qui s'exercerait d'entente avec l'appelante et, à défaut d'entente, selon les modalités prévues dans la convention des 8 et 15 mars 2011, à ce que l'intimé soit astreint à contribuer à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de l'appelante, d'une pension de 6'770 fr., allocations familiales en sus, et à ce que l'intimé soit astreint à verser à l'appelante la somme de 3'240 fr., à titre de provision ad litem de première instance et la somme de 2'160 fr., à titre de provision ad litem de seconde instance. L'appelante a requis l'audition d'un témoin. Elle a produit un bordereau de pièces et requis la production des fiches de salaire de l'intimé à partir de septembre 2011, en mains de son employeur, et les relevés de l'intégralité de tous ses comptes pour le second semestre 2011, en mains de l'intimé.

Dans sa réponse du 21 novembre 2011, B.C._____ a conclu au rejet de l'appel. Il a produit un bordereau de pièces et requis la production de pièces en mains de l'appelante.

Les 1^{er} et 21 décembre 2011, [...] a produit les fiches de salaire de l'intimé des mois de septembre à décembre 2011.

Le 30 janvier 2012, la société a produit le certificat de salaire 2011 de l'intimé.

Par requête de mesures superprovisionnelles du 1^{er} février 2012, l'intimé a conclu à ce qu'il soit autorisé à avoir ses enfants auprès

de lui du lundi soir au mardi soir, tant et aussi longtemps que le rapport d'évaluation du SPJ n'aurait pas été déposé.

Par avis du 1^{er} février 2012, le juge délégué de la Cour de céans a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles susmentionnée.

Le 11 juin 2012, le SPJ a transmis son rapport d'évaluation concernant la situation des enfants C.C. _____ et D.C. _____, concluant à enjoindre aux parents d'entreprendre une médiation ayant pour objectif de convenir de modalités d'organisation de la garde partagée acceptables pour les deux parties et d'aborder les questions pratiques relatives aux enfants problématiques. Dans ce rapport, le SPJ a constaté que le régime de la garde alternée paraissait convenir aux enfants et que C.C. _____, en particulier, y était très attachée et ne souhaitait pas voir son père moins souvent. Il a relevé qu'il était bénéfique pour les enfants de pouvoir profiter d'un père qui s'investissait à fond et démontrait du plaisir à faire des activités avec eux. Le SPJ a indiqué qu'en dépit d'une communication actuelle entre les parents restreinte et ne permettant pas d'avancement significatif, il ne proposerait pas, dans l'intérêt des enfants, une nouvelle attribution du droit de garde.

Le 15 août 2012, [...] a produit les fiches de salaire de l'intimé des mois de janvier à juillet 2012.

Le 19 septembre 2012, le juge délégué de la Cour de céans a tenu une audience lors de laquelle il a procédé à l'audition des parties, assistées de leur conseil respectif.

Les 14 et 28 septembre 2012, l'intimé a produit un bordereau de pièces.

Le 28 septembre 2012, l'appelante a produit un bordereau de pièces.

Le 1^{er} octobre 2012, l'appelante a quitté son appartement de Bussigny-près-Lausanne pour s'installer à Pully.

Le 1^{er} novembre 2012, l'intimé a produit un lot de pièces, dont sa fiche de salaire du mois d'octobre 2012.

Le 11 décembre 2012, le juge délégué de la Cour de céans a tenu une audience lors de laquelle il a entendu les parties, assistées de leur conseil respectif. L'appelante a déclaré modifier sa conclusion relative à l'entretien, en ce sens que la contribution due par l'intimé en faveur des siens doit être fixée à 6'770 fr. jusqu'au 31 août 2011, puis à 5'500 fr. à compter de cette date, allocations familiales en sus.

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

1. B.C._____, né le [...] 1974, de nationalité française, intimé, et A._____, née le [...] 1982, de nationalité bélarusse, requérante, se sont mariés à Prilly en 2002. Ils sont les parents de deux enfants, C.C._____, née le [...] 2005, et D.C._____, né le [...] 2007.

La requérante est employée à 50% en qualité de secrétaire interprète à Montreux; elle réalise un salaire mensuel net de 3'046 fr. versé douze fois l'an. Elle est propriétaire d'un appartement situé à Bussigny-près-Lausanne.

L'intimé est employé auprès de la société [...]. Jusqu'au 31 août 2011, il exerçait son activité à 100% et réalisait un salaire mensuel net moyen de 12'200 francs versé douze fois l'an. Dès le 1^{er} septembre 2011, il a baissé son taux d'activité à 80% et a réalisé entre septembre 2011 et octobre 2012 un salaire mensuel net moyen de 10'214 fr. 70 (8'204 fr. 85 + 8'204 fr. 85 + 17'426 fr. 10 + 20'342 fr. 90 + 8'210 fr. 80 + 11'088 fr. 95 + 8'144 fr. 30 + 8'148 fr. 45 + 8'237 fr. 65 + 8'150 fr. 15 +

8'150 fr. 15 + 13'619 fr. 45 + 8'144 fr. 15 + 6'932 fr. 75 / 14), allocations familiales par 400 fr. comprises.

Le 13 janvier 2011, A._____ a déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale auprès du Président du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne.

Jusqu'au 31 mars 2011, les frais de garderie pour les enfants s'élevaient à environ 2'100 fr. par mois. Le 1^{er} avril 2011, ces frais ont été réduits à 1'100 fr. par mois environ. Entre janvier et septembre 2012, les frais de garderie se sont élevés à une moyenne de 882 fr. 20 par mois.

Lors de l'audience du 10 mai 2011, les parties ont déposé une convention signée les 8 et 15 mars précédents; ratifiée sur le siège pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, elle prévoyait notamment ce qui suit:

"I. B.C._____ et A._____ vivront séparés sous le régime des mesures protectrices de l'union conjugale pour une durée indéterminée.

II. C.C._____, née le [...] 2005, et D.C._____, né le [...] 2007, seront auprès de leur mère une fin de semaine sur deux, du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00 ainsi que le mardi et le jeudi soir à la sortie de la garderie jusqu'au lendemain, le mercredi et vendredi la journée, de même qu'à Noël ou Nouvel An, Pâques ou l'Ascension et durant la moitié des vacances scolaires, moyennant préavis d'au moins deux mois.

Les enfants seront auprès de leur père une fin de semaine sur deux, du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 18h00, ainsi que le lundi et le mercredi soir à la sortie de la garderie jusqu'au lendemain, de même qu'à Noël ou Nouvel An, Pâques ou l'Ascension et durant la moitié des vacances scolaires, moyennant un préavis d'au moins deux mois. D.C._____ sera avec son père les jeudis soirs de la sortie de la garderie à 18h45, et ce pour prendre part à la gym parents-enfants.

III. Dès le 1^{er} janvier 2011, B.C. _____ contribuera à l'entretien de sa famille par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de A. _____, d'une pension de Fr. 4'000.- (quatre mille francs), allocations familiales non comprises, étant précisé que A. _____ assumera tous les frais d'entretien et d'éducation des enfants dont notamment:

- les frais de garde (environ Fr. 2'100.- par mois)
- les primes de leur assurance-maladie (environ Fr. 200.- par mois)
- les habits et autres équipements nécessaires à la pratique des activités scolaires et loisirs (achat ou location de skis, patins, roller, vélo, casques, raquettes... par exemple)
- les frais de santé usuels (pédiatrie, médicaments, etc...)
- les frais scolaires réguliers et exceptionnels (sortie en groupe, courses d'école...)
- les frais des activités extrascolaires et loisirs (gym, danse, musique, poney, natation...)

Les frais extraordinaires relatifs aux deux enfants, tels que par exemple, les frais d'orthodontie, de lunettes, etc..., seront pris en charge par les deux parents à parts égales pour autant que le principe et le montant de la dépense aient été décidés entre eux préalablement."

2. Par requête du 12 juillet 2011, la requérante a demandé la fixation d'une nouvelle audience et conclu, à titre de mesures d'extrême urgence, à la notification d'un avis au débiteur et, à titre de mesures protectrices de l'union conjugale, à l'allocation d'une contribution d'entretien mensuelle, payable d'avance, la première fois dès le mois de juillet 2011, en ses mains, de 6'770 fr., allocations familiales en sus, à la notification d'un avis au débiteur pour ce montant et à la constitution d'une provision ad litem à hauteur de 3'240 francs.

Le même jour, la requête de mesures d'extrême urgence a été rejetée.

Dans ses déterminations du 11 août 2011, l'intimé a conclu au rejet des conclusions adverses. Reconventionnellement, il a conclu à l'attribution d'une garde partagée sur les enfants, à l'extension du temps passé avec ceux-ci et à la fixation de la contribution d'entretien pour ses enfants à 1'700 fr. dès le 1^{er} janvier 2011, les frais de garderie et d'assurance-maladie étant assumés par lui-même.

Lors de l'audience du 29 août 2011, la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne a entendu les parties ainsi que l'employeur de la requérante, en qualité de témoin. La requérante a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles et complété ses propres conclusions en ce sens qu'il est confirmé que la garde sur les enfants lui est attribuée et que le droit de visite de l'intimé est exercé d'entente avec elle et, à défaut d'entente, selon les modalités de la convention signée les 8 et 15 mars 2011. L'intimé a conclu au rejet des conclusions de la requérante. Les parties ont déclaré adhérer à la proposition de mandater le SPJ pour évaluer la situation des enfants.

3. Par demande unilatérale du 29 mai 2012 adressée au Tribunal de l'arrondissement de La Côte, B.C. _____ a conclu au divorce.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 22 octobre 2012, le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Côte a autorisé A. _____ à inscrire les enfants auprès du Contrôle des habitants de la commune de Pully ainsi qu'auprès de l'école publique de Pully et à faire inscrire leur départ officiel auprès du Contrôle des habitants de la commune de Bussigny-près-Lausanne.

Le 27 novembre 2012, le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Côte a transmis au juge délégué de la Cour de céans copie du procès-verbal de l'audience de mesures provisionnelles qui a eu lieu le même jour dans la cause en divorce opposant les parties. Il ressort du procès-verbal qu'une conciliation a abouti entre les parties, lesquelles ont convenu ce qui suit: "I. La garde sur les enfants C.C. _____ et D.C. _____ est confiée à leur mère A. _____. II. B.C. _____

bénéficiera sur ses deux enfants d'un libre et large droit de visite; à son défaut, il s'exercera de la façon suivante: - le lundi dès 16h00, B.C. _____ s'engageant à prendre ses enfants au domicile de A. _____, au mardi matin à la rentrée scolaire; - le mercredi dès 18h00, A. _____ s'engageant à amener les enfants au domicile de B.C. _____, au jeudi matin à la rentrée scolaire; un week-end sur deux, du vendredi à 13h30 pour D.C. _____, et ce jusqu'à la rentrée scolaire 2013, et à la sortie de l'école pour C.C. _____, au dimanche à 19h30, A. _____ s'engageant à aller chercher les enfants au domicile du père; - alternativement à Noël et Nouvel An, Pâques ou l'Ascension, Pentecôte ou le Jeûne Fédéral; s'agissant des vacances de fin d'année 2012-2013, il pourra avoir ses enfants auprès de lui du dimanche 30 décembre à 19h30 au dimanche 6 janvier 2013 à 19h30, ainsi que durant le week-end du 11 au 13 janvier 2013; - la moitié des vacances scolaires. III. Chaque partie assume ses frais et renonce à l'allocation de dépens".

En droit :

1. a) 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 (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in 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 de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures protectrices étant régies par la procédure sommaire (art. 271 CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). 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]).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (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., le présent appel est recevable à la forme.

2. a) 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 (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 2 ss ad art. 310 CPC, p. 1249). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC, pp. 1249 s.). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (CACI 14 mars 2011/12 c. 2 in JT 2011 III 43).

b) 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). 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 (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits dans les causes régies par la maxime inquisitoire illimitée, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Jeandin, op. cit., n. 5 ad art. 296 CPC et les réf. citées, pp. 1201 s. ; JT 2011 III 43).

En l'espèce, le litige porte sur l'attribution du droit de garde et la contribution d'entretien versée par l'intimé en faveur de l'appelante qui prend en charge une partie des frais d'entretien des enfants C.C. _____

et D.C._____, de sorte que les pièces produites en deuxième instance sont recevables. Elles ont ainsi été prises en compte dans la mesure de leur utilité pour l'examen de la cause.

3. a) Lorsque le procès en divorce est introduit pendant la procédure de mesures protectrices, le juge des mesures protectrices reste compétent pour ordonner des mesures pour la période antérieure à l'ouverture de l'action en divorce et les mesures qu'il ordonne restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été révoquées par le juge des mesures provisoires. S'il n'y a pas conflit de compétences, il importe peu que, en raison du temps nécessaire au traitement du dossier par le tribunal, la décision de mesures protectrices ait été rendue avant ou après la litispendance de l'action en divorce (TF 5A_324/2012 du 15 août 2012 c. 3.3.2, destiné à la publication, confirmant Juge délégué CACI 6 février 2012/59; TF 5A_385/2012 du 20 septembre 2012 c. 5.1).

b) En l'espèce, la Cour de céans a été saisie d'un appel sur ordonnance de mesures protectrices formé le 13 octobre 2011. Le 29 mai 2012, avant qu'elle ait rendu son arrêt, l'intimé a déposé une demande unilatérale en divorce devant le Tribunal de l'arrondissement de La Côte. Par convention ratifiée le 27 novembre 2012 par le Président de l'autorité précitée pour valoir ordonnance de mesures provisionnelles, les parties ont convenu d'attribuer la garde sur les enfants C.C._____ et D.C._____ à leur mère et se sont entendues sur les modalités du droit de visite du père. Dès lors que la décision de mesures protectrices de l'union conjugale déploie ses effets jusqu'à ce que le juge des mesures provisionnelles l'ait modifiée, et ce alors même que celle-là, en raison du temps nécessaire au traitement du dossier par le tribunal, aurait été rendue après la litispendance de l'action en divorce, il y a lieu de statuer sur les différents griefs de l'appelante, étant précisé que la décision relative au droit de garde et au droit de visite aura cessé de produire ses effets à compter du 27 novembre 2012.

4. a) L'appelante reproche à la première juge d'avoir considéré que la garde sur ses enfants était alternée. Elle fait valoir que le chiffre II de la convention des 8 et 15 mars 2011, s'il ne précise pas expressément le principe de la garde, permet en revanche de se rendre compte que l'appelante avait ses enfants auprès d'elle la majeure partie du temps, qu'aucun élément au dossier n'accréditerait la thèse selon laquelle l'appelante aurait adhéré au principe même de la garde alternée des enfants et qu'au regard des tensions existant entre les parties, il est manifeste que l'instauration d'une garde alternée ne serait pas conforme à l'intérêt des enfants.

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 273 ss CC). Le juge doit notamment régler les questions de la garde et des relations personnelles, voire celle de l'autorité parentale.

L'octroi de la garde dans le cadre des mesures protectrices est soumis aux principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce, qui sont applicables par analogie (Bräm, in Zürcher Kommentar, 2^e éd., Zurich 1998, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC ; Chaix, in Commentaire Romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 19 ad art. 176 CC ; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008 ; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1). La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (ATF 136 I 178 c. 5.3 ; ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c.

4a; ATF 115 II 317 c. 2 ; FamPra.ch 2006, n. 20, p. 193 ; FamPra.ch 2008, n. 104, p. 981). Par ailleurs, la jurisprudence tend à écarter désormais toute préférence naturelle en faveur de la mère, même pour les enfants en bas âge (Leuba/Bastons Bulletti, in Commentaire romand, Code civil I, Bâle 2010, n. 9 ad art. 133 CC et les réf. citées), ou du moins à accorder à ce critère un caractère très relatif, le critère décisif étant celui de l'aptitude des parents concernés (Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^e éd., Zurich 2009, n. 452, p. 287 ; Juge délégué CACI 5 avril 2011/27).

La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Elle suppose une volonté conjointe des parents impliquant leur accord sur le principe et les modalités de la garde. En outre, cette garde doit être compatible avec le bien des enfants (TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012, p. 817 ; TF 5P.345/2005 du 23 décembre 2005 c. 3.3 ; Chaix, op. cit., n. 19 ad art. 176 CC).

c) En l'espèce, les parties sont divisées quant à l'interprétation de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 10 mai 2011 et de la convention en faisant partie intégrante, laquelle prévoit une répartition du temps passé avec les enfants quasi égale pour chacun des parents, mais ne règle pas expressément l'attribution du droit de garde. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine précitée, l'instauration d'un droit de garde conjoint présuppose l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté. On constate qu'en première et en deuxième instance, respectivement aux audiences des 29 août 2011 et 19 septembre 2012, la conciliation a été tentée sans succès sur la question de l'attribution de la garde. Il faut dès lors considérer que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le principe d'une garde alternée.

Même si la convention des 8 et 15 mars 2011 prévoit un temps de présence des enfants quasi égal auprès de chacun des parents, cela ne

change rien à leur désaccord sur l'attribution du droit de garde et sur ses principales composantes. Sur ce point, on relève par exemple que lors du déménagement de l'appelante au 1^{er} octobre 2012, les parties n'ont su trouver d'accord ni sur le domicile des enfants, ni sur le lieu où ils seraient scolarisés, de sorte que ces questions ont dû être tranchées par voie de mesures superprovisionnelles par le juge du divorce.

Enfin, si, dans son rapport d'évaluation, le SPJ constate que le régime de garde alternée paraît convenir aux enfants et ne propose pas, dans leur intérêt, une nouvelle attribution du droit de garde, on comprend qu'il approuve en réalité l'investissement des deux parents et l'égale répartition du temps passé avec chacun d'entre eux, qui résultent non pas de l'attribution de la garde mais des modalités du droit de visite, lesquelles ne sont pas remises en cause par les parties.

Par conséquent, c'est à tort que la première juge a attribué la garde sur les enfants C.C. _____ et D.C. _____ conjointement aux deux parents. Bien fondé, le moyen de l'appelante doit être admis.

5. a) L'appelante fait grief à l'autorité de première instance d'avoir maintenu le montant de la contribution d'entretien à 4'000 francs. Elle soutient que cette autorité s'est fiée à des projections de revenus présentées par l'intimé ensuite de la diminution de son taux d'activité à 80% sans être en possession de certificat de salaire ni de preuve quant à une baisse de ses éventuels bonus. Elle fait également valoir qu'au regard des ressources financières des époux, le maintien d'une pension à hauteur de 4'000 fr. conduit à une disparité des montants disponibles qui serait contraire au droit et arbitraire.

b) Une fois que des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles dans la procédure en divorce ont été ordonnées, elles ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (applicable directement pour les premières, par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC pour les secondes). Aux termes de l'art. 179 al. 1 CC, le juge

ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus. Cette disposition s'applique également à la requête de mesures provisionnelles tendant à modifier les mesures protectrices prononcées auparavant (TF 5A_502/2010 du 25 juillet 2011 c. 3.2.2, publié in FamPra.ch 2011 p. 993; TF 5A_183/2010 du 19 avril 2010 c. 3.3.1; TF 5A_667/2007 du 7 octobre 2008 c. 3.3). Ces mesures ne peuvent être modifiées que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, notamment en matière de revenus, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévus. Une modification peut également être demandée si la décision de mesures provisoires s'est révélée par la suite injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 129 III 60 c. 2; TF 5A_720/2011 du 8 mars 2012 c. 4.1.2 et les réf. citées; TF 5A_883/2011 du 20 mars 2012 c. 2.4). En revanche, les parties ne peuvent pas invoquer, pour fonder leur requête en modification, une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (TF 5A_618/2009 du 14 décembre 2009 c. 3.2.2). Pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes (TF 5A_147/2012 du 26 avril 2012 c. 4.2.1; TF 5A_324/2012 du 15 août 2012 c. 5).

Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification des mesures protectrices. C'est donc à ce moment-là qu'il y a lieu de se placer pour déterminer le revenu et son évolution prévisible (TF 5A_218/2012 du 29 juin 2012 c. 3.3.2, in FamPra.ch 2012 p. 1099; ATF 137 III 604 c. 4.1.1).

c) En l'espèce, comme l'a relevé la première juge, deux circonstances se sont modifiées depuis que la convention des parties a été

signée les 8 et 15 mars 2011, puis ratifiée le 10 mai suivant pour valoir ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale. D'une part, les frais de garderie, qui s'élevaient initialement à 2'100 fr. par mois, ont diminués et correspondent désormais à un montant mensuel moyen de 882 fr. 20. D'autre part, l'intimé a obtenu une baisse de son taux d'activité à 80 %. Percevant jusqu'au 31 août 2011 un revenu mensuel net moyen de 12'200 fr., son salaire mensuel net moyen s'élève désormais à 10'214 fr. 70. Ces deux circonstances peuvent être qualifiées de durables, dès lors que rien n'indique que les frais de garderie pourraient augmenter prochainement, ni que l'intimé reprenne une activité à 100%, celui-ci ayant pris la décision de réduire son taux d'activité pour passer plus de temps avec ses enfants. En revanche, dès lors que l'appelante n'allègue pas avoir de nouvelles charges, que sa situation économique s'est améliorée - du fait de la diminution des frais de garderie - et que celle de l'intimé s'est péjorée, on ne voit pas en quoi le niveau de vie de l'appelante aurait changé de manière essentielle et quelle circonstance justifierait une modification à la hausse de la contribution d'entretien qu'elle perçoit. Au regard de ce qui précède, il convient d'admettre avec la première juge qu'une modification de la contribution d'entretien n'a pas lieu d'être et que dite contribution doit être maintenue à 4'000 fr. par mois, allocations familiales en sus.

Partant, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

6. a) L'appelante reproche à la première juge d'avoir rejeté sa conclusion relative à la provision ad litem. Elle fait valoir qu'elle est indigente et qu'une telle provision lui est due en première et deuxième instance.

b) Une provision ad litem peut être accordée déjà au stade des mesures protectrices de l'union conjugale (CREC 15 juin 2012/220; cf. TF 5A_793/2008 du 8 mai 2009 c. 6.2).

D'après la jurisprudence, une provision ad litem est due à l'époux qui ne dispose pas lui-même des moyens suffisants pour assumer les frais du procès en divorce; le juge ne peut toutefois imposer cette obligation que dans la mesure où son exécution n'entame pas le minimum nécessaire à l'entretien du conjoint débiteur et des siens (ATF 103 la 99 c. 4; TF 5A_784/2008 du 20 novembre 2009 c. 2). Le fondement de cette prestation — devoir d'assistance (art. 159 al. 3 CC) ou obligation d'entretien (art. 163 CC) — est controversé (TF 5P_346/2005 du 15 novembre 2005 c. 4.3; FamPra.ch 2006 p. 892 n. 130 et les réf. citées; Bräm, op. cit., n. 131 ad art. 159 CC, p. 52 s. et les réf. citées), mais cet aspect n'a pas d'incidence sur les conditions qui président à son octroi. En tout état de cause, selon l'art. 163 al. 1 CC, la loi n'institue plus un devoir général d'entretien à la charge du mari (art. 160 al. 2 aCC; ATF 110 II 116 c. 2a), mais une prise en charge conjointe des besoins de la famille au regard des facultés de chacun des époux (Deschenaux/Steinauer/Baddeley, Les effets du mariage, 2000, p. 221 n. 38 et les réf. citées; TF 5P_4212006 du 10 juillet 2007 c. 4).

c) En l'espèce, l'appelante n'a pas démontré qu'elle ne disposait pas des moyens suffisants pour affronter la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, laquelle est au demeurant gratuite. En sus de son revenu mensuel net de 3'046 fr., l'appelante bénéficie d'une contribution d'entretien dont le montant avait été fixé pour tenir compte d'un montant de frais de garde s'élevant à 2'100 francs. Ses frais de garde moyens étant aujourd'hui de 882 fr. 20 par mois et ses autres charges n'ayant pas augmenté, elle dispose d'un montant de 1'200 fr. supplémentaire dans son budget. De plus, l'appelante est propriétaire d'un bien immobilier à Bussigny-près-Lausanne. L'allocation d'une provision ad litem n'est dès lors pas justifiée.

7. a) En définitive, l'appel doit être partiellement admis et l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale rendue le 30 septembre 2011 réformée en ce sens que la garde sur les enfants C.C. _____ et D.C. _____ est confiée à l'appelante, le droit de visite

devant s'exercer selon les modalités prévues dans la convention signée les 8 et 15 mars 2011 et ratifiée le 10 mai 2011.

b) Les frais comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). Ils sont fixés d'office (art. 105 CPC) selon le tarif (art. 96 CPC) des dépens en matière civile (TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]). En règle générale, la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC) doit verser à la partie victorieuse tous les frais nécessaires causés par le litige (art. 37 al. 2 CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02]). Toutefois, en droit de la famille, le juge peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation, soit en équité (art. 107 al. 1 CPC).

En l'occurrence, malgré l'attribution du droit de garde à l'appelante, l'intimé continue de bénéficier d'un droit de visite élargi, conformément à la convention signée les 8 et 15 mars 2011, si bien que dans les faits les relations personnelles des parties avec leurs enfants demeurent inchangées. Pour le surplus, l'intimé obtient gain de cause, le montant de la contribution d'entretien étant maintenu à 4'000 fr. et les provisions ad litem réclamées n'étant pas dues.

Dans ces conditions, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), doivent être mis à la charge de l'appelante.

L'appelante versera à l'intimé des dépens de deuxième instance, arrêtés à 2'500 francs.

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 partiellement admis.

II. L'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale est réformée comme suit au chiffre I de son dispositif et complété par le chiffre Ibis:

I. confie la garde sur les enfants C.C._____ et D.C._____ à leur mère A._____;

Ibis. dit que le droit de visite du père B.C._____ est exercé selon les modalités prévues dans la convention signée les 8 et 15 mars 2011 et ratifiée le 10 mai 2011;

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante.

IV. L'appelante A._____ doit verser à l'intimé B.C._____ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Robert Lei Ravello (pour A. _____),
- M. B.C. _____.

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 :

- Mme la Présidente du Tribunal de l'arrondissement de Lausanne,
- M. le Président du Tribunal de l'arrondissement de La Côte.

La greffière :