

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 30 juillet 2013

Présidence de M. COLELOUGH, juge délégué
Greffier : M. Bregnard

Art. 163, 176 et 179 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M. F.**_____, à Lutry, requérant, contre l'ordonnance rendue le 14 décembre 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **MME F.**_____, à Lutry, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance du 14 décembre 2012, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis la requête de mesures provisionnelles déposée le 6 juillet 2012 par M. F. _____ (I), astreint M. F. _____ a contribué à l'entretien des siens par le régulier versement, d'avance le premier de chaque mois en mains de Mme F. _____, d'une contribution mensuelle de 3'800 fr., dès et y compris le 1^{er} août 2012 (II), mis les frais par moitié à la charge de chaque partie, ainsi que compensé les dépens (III-VI) et rejeté toutes autres et plus amples conclusions (VII).

En droit, le premier juge a considéré que la modification de la capacité contributive du requérant constituait un fait nouveau, essentiel et durable, justifiant un nouveau calcul de la contribution d'entretien. Pour déterminer la quotité de cette contribution, il a été retenu que le requérant vivait en concubinage de sorte que son minimum vital et son loyer devaient être divisés par moitié. S'agissant de la situation de l'intimée, le premier juge a constaté que le contrat de travail de son activité accessoire avait été résilié et qu'on ne saurait exiger qu'elle augmente son taux d'activité au-delà de 50% compte tenu de l'âge des enfants dont elle a la garde.

B. a) Par acte du 22 décembre 2012, M. F. _____ a formé appel contre l'ordonnance précitée en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'il est astreint à contribuer à l'entretien de chacune de ses filles par le régulier versement d'avance, le premier de chaque mois en mains de Mme F. _____, d'une contribution mensuelle de 1'000 fr., dès et y compris le 1^{er} août 2012, et que les frais de première instance, ainsi qu'une juste indemnité en faveur de M. F. _____, sont mis à la charge de Mme F. _____,

L'appelant a requis l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, qui lui a été accordée par décision du Juge délégué de la Cour de

céans du 29 janvier 2013 dans la mesure suivante : exonération d'avances, exonération des frais judiciaires et assistance d'un avocat en la personne de Me Pierre-Yves Brandt. L'appelant a été astreint à verser une franchise mensuelle de 200 fr. auprès du Service juridique et législatif.

Par réponse du 11 février 2013, l'intimée a conclu, sous suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

b) Lors de l'audience d'appel du 28 février 2013, les parties sont convenues que M. F. _____ contribuerait à l'entretien de ses filles par le versement d'une contribution de 3'000 fr. pour les mois de mars et d'avril 2013, les droits de chaque partie en lien avec la procédure d'appel étant réservés. Elles ont requis la suspension de l'audience, en vue de mener des discussions transactionnelles, et sa reprise d'office le 30 avril 2013.

L'audience a été reprise le 1^{er} mai 2013. A cette occasion, les parties ont conclu une nouvelle transaction prévoyant que M. F. _____ verserait une pension de 2'900 fr. pour le mois de mai 2013 et qu'à défaut d'accord d'ici au 31 mai 2013, il soit statué sur l'appel. Les parties se sont engagées à produire des pièces, à savoir, les comptes d'exploitation 2009 à 2011 de la O. _____ GmbH en ce qui concerne l'appelant et tous documents attestant de revenus tirés d'activités accessoires de 2009 à mai 2013 en ce qui concerne l'intimée.

c) Par courrier du 17 juin 2013, le conseil de l'appelant a informé le Juge de céans que les pourparlers transactionnels avaient échoué et a produit les pièces mentionnées dans la convention du 1^{er} mai 2013.

Par courrier du même jour, le conseil de l'intimée a transmis un bordereau de pièces conformément à l'accord de parties.

Celles-ci se sont déterminées par écritures du 24 juin 2013 sur les pièces produites par leur partie adverse respective et ont maintenu leurs conclusions.

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

1. M. F._____, né le 3 juillet 1962, et Mme F._____, née le 19 août 1964, se sont mariés le 28 août 1993 à Chippis. Deux enfants sont issues de cette union, soit G.F._____, née le 18 novembre 1994, et H.F._____, née le 14 avril 1998.

Les parties vivent séparées depuis 2008. Elles font toutes deux l'objet de poursuites pour des arriérés d'impôt datant de la vie commune.

Actuellement, M. F._____ n'exerce pas son droit de visite envers ses filles.

2. Lors de l'audience du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois du 6 octobre 2009, les parties ont signé une convention de mesures protectrices l'union conjugale, ratifiée séance tenante, qui prévoyait notamment que M. F._____ contribuerait à l'entretien des siens par le régulier versement d'une pension de 5'250 fr, allocations familiales non comprises, dès le 1^{er} octobre 2009.

3. Le requérant a déposé une demande unilatérale en divorce le 28 février 2011 auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois. Par réponse du 24 octobre 2012, l'intimée a adhéré au principe du divorce.

4.

4.1 Par requête de mesures provisionnelles du 6 juillet 2012, M. F._____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce qu'il contribue à l'entretien de chacune ses filles, G.F._____ et H.F._____, par le régulier versement d'une contribution d'entretien de 1'000 fr., à partir du 1^{er} juillet 2012.

4.2 Une audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 13 août 2013 au cours de laquelle N._____, concubine du requérant, a été entendue en qualité de témoin. Celle-ci a déclaré en substance qu'elle vivait depuis le 1^{er} août 2012 avec le requérant qui était le père de son enfant né récemment. Elle a travaillé pour O._____SA à Lausanne en qualité de "customer care manager" et de "marketing director" à partir du 1^{er} septembre 2011 jusqu'au 31 octobre 2012, à l'issue de son congé maternité. Elle a précisé que O._____SA avait peu de clients. Actuellement, elle vend des habits sur Internet, percevant entre 400 et 500 euros par mois pour cette activité. Elle compte vivre avec le produit de la vente de sa villa en Italie pendant les cinq prochaines années.

4.3 Une nouvelle audience de mesures provisionnelles s'est déroulée le 5 novembre 2012 au cours de laquelle le requérant a modifié ses conclusions en ce sens que la contribution d'entretien serait due dès le 1^{er} août 2012. Trois témoins ont été entendus, dont notamment M._____ et Z._____

M._____, administrateur de O._____SA, a en substance déclaré que cette société avait perdu son client le plus important, à savoir [...]. La question de la baisse du salaire du directeur M. F._____ avec effet immédiat a été discutée et décidée d'un commun accord. Il a précisé que si M. F._____ avait exigé que le montant de son ancien salaire soit versé en respectant le préavis prévu dans son contrat, le juge aurait dû être avisé du surendettement de la société.

Z._____, expert comptable en charge de la révision des comptes de la société O._____SA, a déclaré que celle-ci était déficitaire et que 98,3 % du chiffre d'affaires était dû à [...]. Il a confirmé qu'il y avait eu des prêts entre O._____SA et la société allemande O._____GmbH qui constituaient des mouvements financiers comme dans toutes sociétés mère - fille qui se facturent leurs prestations.

5. La situation financière des parties se présente ainsi :

5.1 Ingénieur de formation, le requérant travaille en qualité de directeur de la société O. _____ SA, dont le siège est à Lausanne. Jusqu'au 1^{er} juillet 2012, il réalisait un salaire de l'ordre de 13'000 francs. En raison de la situation de la société, le requérant a conclu un nouveau contrat de travail avec son employeur prévoyant un salaire annuel de 102'000 fr. brut, ce qui représente un salaire mensuel de 8'500 fr. brut et 7'237 fr. 25 net.

O. _____ SA détient 100% des actions de la société allemande O. _____ GmbH. Cette société présentait un chiffre d'affaires de 2'766'000 euros et un résultat net de 49'000 fr. en 2011.

Le requérant vit actuellement en concubinage avec N. _____ avec qui il a eu un enfant, [...], né le 10 juillet 2012. Sa concubine exerce actuellement une activité accessoire de vente d'habits sur Internet, qui lui rapporte entre 400 et 500 euros, soit entre 500 et 600 fr. (1 euro équivalant à 1 fr. 20). Pour le surplus, elle vit sur sa fortune provenant de la vente de sa villa en Italie.

Les charges incompressibles du requérant sont les suivantes:

base mensuelle (1/2 base du couple) :	Fr. 850.00
loyer mensuel :	Fr. 2'360.00
assurance-maladie:	Fr. 423.60
contribution [...] :	Fr. 840.00
Total.	Fr. 4'473.60

5.2

5.2.1 L'intimée est infirmière de formation et travaille en qualité d'infirmière scolaire à la B. _____. Jusqu'au mois de mars 2013, elle travaillait à 50% pour un salaire mensuel de 3'064 fr. 35 net, versés treize

fois l'an, allocations familiales non comprises, soit 3'319 fr. 70 sur douze mois.

Au mois de mars 2013, l'intimée a été informée que son taux d'activité serait augmenté à 80% à partir du mois d'avril 2013. Depuis cette modification, elle perçoit un revenu mensuel net de 4'902 fr. 25, versé treize fois l'an, soit 5'310 fr. 10, treizième salaire compris, hors allocations familiales.

5.2.2 Jusqu'au 30 juin 2012, l'intimée travaillait également auprès de la Clinique V._____, dont elle a été licenciée, pour un salaire mensuel moyen de 844 francs.

A partir du 1^{er} septembre 2012, elle a effectué des soins à domicile pour la D._____. En 2012, elle a réalisé un salaire de 12'755 fr. net pour une période de quatre mois. En 2013, elle a perçu un salaire net de 3'252 fr. 90 en janvier; de 4'996 fr. 25 en février; de 1'380 fr. 65 en mars et de 1'854 fr. 70 en avril.

Elle a indiqué lors de l'audience d'appel du 1^{er} mai 2013, qu'elle cesserait d'effectuer des soins à domicile dès lors que son taux d'activité a été augmenté à 80% dans son activité principale.

Les charges incompressibles de l'intimée se présentent comme il suit:

base mensuelle (débitur monoparental) :	Fr.	1'350.00
base mensuelle enfants :	Fr.	1'200.00
Loyer mensuel :	Fr.	3'560.00
assurance-maladie et accident (y.c. enfants):	Fr.	682.00
leasing voiture:	Fr.	454.40
Total :	Fr.	7'246.40

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs (art. 308 al. 2 CPC). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (cf. aussi, pour les mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce, le renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC aux dispositions régissant la protection de l'union conjugale et donc notamment à l'art. 271 CPC qui prévoit l'application de la procédure sommaire), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi vaudoise 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., le présent appel est formellement recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'appel est une voie de droit offrant à l'autorité de deuxième instance un plein pouvoir d'examen. Celle-ci examine librement tous les griefs de l'appelant, qu'ils concernent les faits ou le droit (cf. Hohl, Procédure civile, tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2399, p. 435). L'autorité d'appel applique le droit d'office : elle n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties ou par le tribunal de première instance.

Pour les questions relatives aux enfants, la maxime d'office s'applique à l'objet du procès et la maxime inquisitoire à l'établissement

des faits. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il doit en outre établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des moyens de preuves nécessaires ; les parties doivent toutefois collaborer à la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves (TF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3.1).

2.2 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 (art. 317 al. 1 CPC), ces deux conditions étant cumulatives. La jurisprudence de la Cour de céans considère que des novae peuvent 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 et les réf. cit.).

En l'espèce, le litige porte sur la contribution d'entretien due notamment aux enfants de sorte que les pièces produites par les parties sont recevables.

3. 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 (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210)(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).

En vertu de l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC relatif à l'organisation de la vie séparée des époux, applicable par analogie aux mesures provisionnelles (art. 272 CPC), le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le revenu effectif du débiteur est l'un des critères à prendre en considération lorsque l'on veut fixer le montant de la contribution. Pour déterminer le montant de la contribution à partir des revenus et charges du débiteur d'entretien, le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul. L'une des méthodes que préconise la doctrine et qui est considérée comme conforme au droit fédéral en cas de situations financières moyennes, tant que dure le mariage, est celle dite du minimum vital avec

répartition de l'excédent. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]), auquel les dépenses non strictement nécessaires sont ajoutées, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre les époux (TF 5A_46/ 2009 du 22 mai 2009 c. 4; TF 5A_515/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.1).

Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3, JT 2011 II 486) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177).

3.1 En l'espèce, l'appelant a vu son revenu diminuer de manière significative. L'intimée estime qu'en sa qualité de directeur, celui-ci a volontairement réduit sa rémunération dans le dessein de réduire les contributions d'entretien. Il est vrai qu'il ressort du dossier que l'appelant a proposé de réduire son salaire au regard des difficultés rencontrées par son employeur O. _____ SA. Toutefois, la décision finale ne lui appartenait pas dès lors qu'elle a été prise par le conseil d'administration. Au sujet de la situation de l'entreprise, l'administrateur M. _____ a déclaré que si l'appelant n'avait pas diminué son salaire, la société se serait retrouvée en situation de surendettement. Ces déclarations ont été corroborées par le réviseur Z. _____ qui a déclaré que la société était déficitaire depuis qu'elle avait perdu son principal client.

Il semble dès lors que l'appelant avait le choix entre diminuer sa rémunération ou mettre en péril la société O. _____ SA, et partant, son emploi. En outre, rien n'indique qu'il serait en mesure de trouver un

emploi lui permettant de réaliser un revenu de l'ordre de 13'000 fr. de sorte que l'on ne saurait lui imputer un revenu hypothétique.

Par ailleurs, contrairement à ce que plaide l'intimée, on ne peut rien déduire en droit du fait que la société fille, soit la société allemande O. _____ GmbH, soit saine, ni du fait qu'elle ait bénéficié d'un abandon de prêt de la part de la société mère. L'appelant est directeur de la société mère et en l'état, il n'est aucunement établi, ni même rendu vraisemblable, qu'il percevrait des revenus de la société allemande.

Ainsi, il convient de retenir que le salaire de l'appelant est 7'237 fr. 25.

3.2 L'appelant reproche tout d'abord au premier juge de ne pas avoir correctement appliqué la loi concernant les critères de fixation de la pension. Selon lui, s'il ne subsiste aucun espoir de reprise de la vie commune, la contribution d'entretien peut être fixée selon les principes applicables au divorce.

Même lorsqu'on ne peut plus sérieusement compter sur la reprise de la vie commune, ce que le juge du fait doit constater, l'art. 163 CC demeure la cause de l'obligation d'entretien réciproque des époux en mesures protectrices de l'union conjugale, comme il l'est aussi en mesures provisionnelles prononcées pour la durée de la procédure de divorce (ATF 130 III 537 c. 3.2). Aux termes de cette disposition, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille (al. 1); ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution [...] (al. 2); ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle (al. 3). Pour fixer la contribution d'entretien, selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, le juge doit partir de la convention, expresse ou tacite, que les époux ont conclue au sujet de la répartition des tâches et des ressources entre eux. Il doit ensuite prendre en considération qu'en cas de suspension de la vie commune (art. 175 s. CC), le but de l'art. 163 CC, soit l'entretien convenable de la famille, impose à chacun des époux le devoir de participer, selon ses facultés, aux

frais supplémentaires qu'engendre la vie séparée. Il se peut donc que, suite à cet examen, le juge doive modifier la convention conclue pour la vie commune, pour l'adapter à ces faits nouveaux. C'est dans ce sens qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence consacrée dans l' ATF 128 III 65, qui admet que le juge doit prendre en considération, dans le cadre de l'art. 163 CC, les critères applicables à l'entretien après le divorce (art. 125 CC) pour statuer sur la contribution d'entretien et, en particulier, sur la question de la reprise ou de l'augmentation de l'activité lucrative d'un époux (cf. aussi, arrêt 5A_122/2011 du 9 juin 2011 c. 4). Ainsi, le juge doit examiner si, et dans quelle mesure, au vu de ces faits nouveaux, on peut attendre de l'époux désormais déchargé de son obligation de tenir le ménage antérieur, en raison de la suspension de la vie commune, qu'il investisse d'une autre manière sa force de travail ainsi libérée et reprenne ou étende son activité lucrative. En effet, dans une telle situation, la reprise de la vie commune, et donc le maintien de la répartition antérieure des tâches, ne sont ni recherchés ni vraisemblables; le but de l'indépendance financière des époux, notamment de celui qui jusqu'ici n'exerçait pas d'activité lucrative, ou seulement à temps partiel, gagne en importance. Cela vaut tant en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, lorsqu'il est établi en fait qu'on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune, qu'en matière de mesures provisionnelles durant la procédure de divorce, la rupture définitive du lien conjugal étant à ce stade très vraisemblable (dans ce sens, cf. ATF 130 III 537 c. 3.2). En revanche, ni le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, ni celui des mesures provisionnelles ne doit trancher, même sous l'angle de la vraisemblance, les questions de fond, objet du procès en divorce, en particulier celle de savoir si le mariage a influencé concrètement la situation financière du conjoint (ATF 137 III 385 c. 3.1 précisant l'ATF 128 III 65; cf. également : TF 5A_41/2012 du 7 juin 2012 c. 4.1.1; 5A_228/2012 du 11 juin 2012 c. 4.2 ; CACI 14 janvier 2013/13 c. 3; CACI 12 octobre 2012/477 c. 3b).

Vu ce qui précède, c'est à juste titre que le premier n'a pas appliqué l'art. 125 CC de manière anticipée, même si une reprise de la vie commune semble exclue.

3.3 L'appelant conteste ses charges incompressibles telles que retenues dans l'ordonnance entreprise.

3.3.1 Il reproche au premier juge d'avoir divisé le minimum vital du couple et son loyer par deux en raison de son concubinage. Il prétend assumer l'entretien de sa concubine qui s'occupe de leur enfant de six mois et supporter l'entier de ses frais. De ce fait, un forfait de base de 1'700 fr. pour un couple, ainsi qu'un plein loyer de 2'360 fr., auraient dû être comptabilisés dans ses charges.

a) Pour toutes les catégories d'entretien du droit de la famille, il faut toujours laisser au débirentier au moins le minimum vital selon le droit des poursuites (ATF 126 III 353 c. 1a/aa, JT 2002 I 162; ATF 135 III 66 c. 2, JT 2010 I 167). Cette jurisprudence doit être explicitée en ce sens que le débirentier ne peut prétendre à la protection du minimum vital que pour sa propre personne. Il n'est donc protégé qu'à concurrence du montant du minimum vital du droit des poursuites qui le concerne seul (ATF 137 III 59 c. 4.2.1., JT 2011 II 359) Pour calculer le minimum vital du droit des poursuites, ce qui est déterminant, selon les cas, c'est le minimum vital d'un débiteur vivant seul, ou d'un débiteur élevant seul sa progéniture, ou encore celui d'un débiteur marié, ou bien vivant en partenariat enregistré ou en couple avec des enfants. Toutefois, dans les trois derniers cas cités, seule la moitié du montant de base doit être prise en compte (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359).

Au montant de base, il faut ajouter les suppléments usuels en droit de la poursuite pour dettes, pour autant qu'ils ne soient pertinents que pour le débiteur de l'entretien. En font partie notamment les coûts du logement, les dépenses professionnelles incontournables, ainsi que les coûts de son assurance maladie et – en cas d'activité professionnelle indépendante – de sa prévoyance vieillesse (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359).

Lorsque le débiteur vit en concubinage, la jurisprudence admet que la contribution d'entretien peut être déterminée en tenant compte du fait que le concubin du débiteur prend en charge la moitié des frais communs, en particulier de logement, même si cette participation est en réalité moindre (ATF 128 III 159, JT 2002 I 58; TF 5A_625/2007 du 26 mars 2008 c. 2.3; TF 5P.463/2003 du 20 février 2004 c. 3.2; TF 5P.90/2002 du 1er juillet 2002 c. 2b aa, publié in FamPra 2002 p. 813). Selon une jurisprudence plus récente, c'est la capacité économique du concubin ou du nouvel époux - réelle ou hypothétique - qui détermine la participation de celui-ci aux frais de logement (ATF 137 III 59 c. 4.2.2., JT 2011 II 359; CACI 17 avril 2012/172). Les autres prestations que le débiteur d'entretien effectue en faveur d'une nouvelle compagne, telles que la prise en charge des frais d'assurance maladie, ne peuvent pas être incluses dans le calcul de ses charges dès lors qu'il n'existe pas d'obligation légale entre concubins (TF 5C.232/2005 du 10 février 2005 c. 3.3. et réf. citées). Si l'on peut s'écarter de la répartition 1/2 - 1/2 en ce qui concerne les frais communs (loyer, entretien de l'enfant), il découle de l'arrêt 137 III 59 (c. 4.2.2.) que la répartition du montant de base par moitié est absolue et résulte du seul fait que les charges de base du débiteur sont inférieures en raison de la vie commune (CACI 1er mars 2013/122 c. 5a/bb).

b) Il découle de ce qui précède que le montant de base de la concubine de l'appelant ne peut aucunement être imputé dans les charges du celui-ci. De toute manière, il appert que son amie a les moyens de subvenir à son propre entretien et de s'acquitter de ses primes d'assurance-maladie, nonobstant le fait qu'elle s'occupe de l'enfant du couple. En effet, elle a déclaré qu'elle vendait actuellement des habits sur Internet, ce qui lui permettait de réaliser un revenu de l'ordre de 500 fr. à 600 fr. (400 à 500 euros) par mois et qu'elle entendait vivre en puisant dans les fonds perçus pour la vente de sa villa en Italie.

En revanche, on peut admettre qu'elle n'est pas en mesure de participer aux frais de logement et imputer un loyer plein à l'appelant. Dès lors que l'amie de l'appelant a la charge d'un enfant en bas âge, on ne

saurait retenir une capacité économique supérieure et exiger d'elle qu'elle participe de manière plus importante aux charges du couple.

3.3.2 a) L'appelant se plaint également de la non majoration de son minimum vital de base dès lors que les principes de divorce n'ont pas été appliqués.

Comme on l'a vu, c'est à juste titre que le premier juge n'a pas appliqué le principe du clean-break. Au demeurant, une majoration forfaitaire ne s'applique pas dans le cadre de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices de l'union conjugale, même en présence de revenus supérieurs à la moyenne (TF 5A_511/2010 du 4 février 2011 c. 2.2.4 ; TF 5A_63/2012 du 20 juin 2012 c. 4.2.2).

b) L'appelant soutient qu'il y aurait lieu de tenir compte dans ses charges incompressibles de ses frais de repas hors domicile par 210 francs.

L'appelant a bien allégué des frais de repas dans sa requête du 6 juillet 2012. Cependant, travaillant à Lausanne et vivant à Lutry, il n'explique pas en quoi il est empêché de rentrer à midi. Ses frais de repas ne sont en outre aucunement établis. En sa qualité de directeur, il dispose d'une certaine flexibilité dans l'organisation de son travail qui lui permet de prendre ses repas à son domicile. Au surplus, vu sa position, il est vraisemblable que bon nombre de repas d'affaires soient pris en charge par son employeur.

c) S'agissant des frais médicaux, d'un montant de 150 fr., l'appelant ne les a pas établis, ni rendus vraisemblable (ATF 129 III 242, JT 2003 II 104), de sorte que c'est à juste titre que le premier juge n'en a pas tenu compte.

3.3.3 En résumé, les charges incompressibles de l'appelant se composent d'un minimum vital de base par 850 fr, d'un loyer de 2'360 fr., de sa prime d'assurance-maladie de 423 fr. 20 et de l'entretien de son fils

[...] par 840 fr., ce qui représente au total 4'473 fr. 60. L'appelant bénéficie ainsi d'un disponible de 2'763 fr. 65 (7'237 fr. 25 - 4'473 fr. 60).

3.4. L'appelant conteste également la situation financière de l'intimée.

3.4.1 a) Il fait tout d'abord valoir que le premier juge n'a pas retenu les allocations familiales de 450 fr. versées à l'intimée, qui constituent un revenu.

Les allocations familiales ne doivent en principe pas être retenues dans la capacité contributive du débirentier ou du parent gardien, dès lors que ce sont les enfants qui en sont titulaires (TF 5A_402/2010 du 10 septembre 2010, RMA 2010 p. 451 et réf.). Elles n'entrent dès lors pas dans le calcul de la méthode du minimum vital avec répartition des excédents. Selon l'art. 285 al. 2 CC, sauf décision contraire du juge, les allocations pour enfants doivent être versées en sus de la contribution d'entretien (CACI 25 août 2011/213, c. 3b). Cela étant, c'est à juste titre que le premier juge n'a pas tenu compte des allocations familiales.

b) Dans le cadre de la procédure, l'appelante a produit des décomptes de salaire en lien avec son activité principale et ses activités accessoires.

Concernant son activité principale, il en ressort qu'elle réalisait un revenu de 3'064 fr. net, hors allocations familiales, versé treize fois l'an, soit 3'319 fr. net, treizième salaire compris, en qualité d'infirmière scolaire à la B._____ jusqu'au mois de mars 2013. A partir du mois d'avril 2013, son taux d'activité est passé à 80% et son revenu est désormais de 4'902 fr. net, allocations familiales non comprises, versé treize fois l'an, soit 5'310 fr. 50 net sur douze mois.

Ayant été licenciée de la Clinique V._____ à la fin du mois de juin 2012, l'intimée a pallié cette perte de revenu en effectuant des soins

à domicile pour la D._____ à partir du 1^{er} septembre 2012. L'intimée a déclaré en audience d'appel du 1^{er} mai 2013 qu'elle allait mettre un terme à cette activité dès lors que son taux d'activité auprès de la B._____ était passé à 80%. Sa dernière fiche de salaire datant d'avril 2013, rien n'indique qu'elle ait poursuivi cette activité les mois suivants. L'intimée a cumulé son activité principale à 80% avec les soins à domicile dès lors qu'elle devait probablement respecter un délai de congé pour mettre fin à cette activité. Il y a ainsi lieu d'admettre que l'intimée a cessé d'effectuer des soins à domicile à partir du mois de mai 2013. Par ailleurs, on ne saurait exiger de l'intimée qu'elle poursuive cette activité dans la mesure où, cumulée à son activité principale, cela équivaldrait à un taux d'activité vraisemblablement supérieur à 100% et où la plus jeune des enfants, H.F._____, n'a pas atteint l'âge de 16 ans (ATF 115 II 6 c. 3c; ATF 137 III 102 c. 4.2.2.2).

Pour son activité accessoire de soins à domicile, il y a ainsi lieu de retenir que l'intimée a perçu un montant de 12'755 fr. net pour quatre mois de travail en 2012, ainsi 3'252 fr. en janvier, 4'996 fr. 25 en février, 1'380 fr. 65 et 1'854 fr. 70 en avril 2013, ce qui représente en moyenne un montant mensuel net de 3'029 fr. de septembre 2012 à avril 2013.

En résumé, l'intimée a réalisé un revenu de 3'319 fr. au mois d'août 2012, de 6'348 fr. (3'319 fr. + 3'029 fr.) du mois de septembre 2012 au mois de mars 2013, de 8'339 fr. 50 (5'310 fr. 50 + 3'029 fr.) au mois d'avril 2013 et de 5'310 fr. 50 dès le mois de mai 2013.

3.4.2 a) L'appelant conteste encore les charges imputées à son épouse. Il estime que le loyer de 3'560 fr. de l'intimée est excessif.

Il est vrai qu'en l'espèce, le loyer de l'intimée semble élevé, voire excessif au regard de la situation économique et personnelle des parties (TF 5A_56/2011 du 25 août 2011 c. 3.3.1). Cependant, il y a lieu de tenir compte des particularités du cas d'espèce. Il est notoire que le marché immobilier est actuellement tendu et qu'au regard de la pratique des gérances, il est extrêmement difficile de trouver un logement lorsque

l'on fait l'objet de poursuites. Dès lors que l'intimée est poursuivie pour des arriérés d'impôts datant de la vie commune, dont la partie adverse est également responsable, il y a lieu d'admettre qu'elle n'est pas en mesure de changer de logement malgré ses recherches. Par conséquent, son loyer actuel doit être retenu.

b) L'appelant conteste également le montant du leasing de 454 fr. de l'intimée. La moitié de ce montant serait suffisant dès lors qu'elle n'exerce pas d'activité lucrative à 100% et qu'elle ne travaille pas durant les vacances.

En l'occurrence, le fait qu'elle ne travaille pas à temps complet n'a aucune incidence sur les frais de leasing dont elle doit s'acquitter, quelque soit l'utilisation de son véhicule.

3.4.3 Les charges incompressibles de l'intimée se composent de son minimum vital de base par 1'350 fr., des minima vitaux de ses filles par 1'200 fr., de son loyer de 3'560 fr., de primes d'assurance-maladie pour elle-même et ses filles d'un montant de 682 fr, ainsi que de frais de leasing de 454 fr. 40, ce qui représente au total un montant 7'246 fr. 40.

L'intimée a ainsi subi un déficit de 3'927 fr. 40 en août 2012 (3'319 fr. - 7'246 fr. 40) et de 898 fr. 40 de septembre 2012 à mars 2013 (6'348 fr. - 7'246 fr. 40). Elle a ensuite bénéficié d'un disponible de 1'093 fr. 10 au mois d'avril 2013 (8'337 fr. 50 - 7'246 fr. 40). Enfin, depuis le mois de mai 2013, l'intimée supporte un manco de 1'935 fr. 90 (5'310 fr.50 - 7'246 fr. 40).

3.5

3.5.1 Sur le vu de ce qui précède, l'appelant bénéficie d'un disponible de 2'763 fr. 65 après déduction de ses charges et la situation de l'intimée est variable au regard de ses différentes sources de revenus.

Pour le mois d'août 2012, la contribution d'entretien doit être fixée à 2'750 fr., ce qui correspond au disponible de l'appelant, dès lors que l'intimée présente un déficit supérieur.

S'agissant de la période de septembre 2012 à mars 2013, la contribution peut être fixée à 2'150 fr. comprenant la couverture du déficit de 898 fr. 40 de l'intimée ainsi que les 2/3 du disponible du couple (2'763 fr. 65 - 898 fr. 40) selon la clé de répartition appliquée par le premier juge et non contestée par les parties.

Vu les revenus réalisés par l'intimée au mois d'avril 2013 et compte tenu de l'intérêt des enfants, il y a lieu de fixer la contribution d'entretien à 2'000 fr. pour ce mois-ci, dès lors qu'il s'agit du montant proposé par l'appelant.

Enfin, à partir du 1^{er} mai 2013, la contribution d'entretien doit être arrêtée à 2'500 fr. comprenant la couverture du déficit de l'intimée de 1'935 fr. 90 fr. ainsi que les 2/3 du disponible du couple (2'763 fr. 65 - 1'935 fr. 90).

3.5.2 La modification des contributions d'entretien prend effet à partir du 1^{er} août 2012 conformément aux conclusions prises par l'appelant en procédure de première instance et dans son mémoire d'appel. Celui-ci semble faire valoir dans son écriture complémentaire du 24 juin 2013 que la contribution d'entretien devrait avoir un effet rétroactif dès lors que certains revenus réalisés par l'intimée avant cette date n'étaient pas connus. Toutefois, il ne prend aucune conclusion en ce sens et il ne s'agit pas d'un motif particulier permettant d'accorder la rétroactivité à une date antérieure (TF 5A_485/2008 du 1^{er} décembre 2008 c. 2.2; ATF 111 II 103 c. 4).

4. L'appelant conclut également à la réforme de l'ordonnance entreprise en ce sens que les frais de première instance sont mis à la charge de la partie adverse et à ce que des dépens lui soient alloués.

Etant donné que l'appel a été partiellement admis en raison de faits nouveaux qui sont apparus durant la procédure d'appel, il n'y a pas lieu de modifier la répartition des frais opérée par le premier juge. Au vu des circonstances et notamment du fait qu'il s'agit d'un litige du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC), le premier juge a statué équitablement sur ce point.

5. En conclusion, l'appel doit être partiellement admis, et l'ordonnance entreprise réformée en ce sens que M. F. _____ est astreint à l'entretien des siens par versement en mains de Mme F. _____ d'une contribution d'entretien de 2'750 fr. pour le mois d'août 2012, de 2'150 fr. du mois de septembre 2012 au mois de mars 2013, de 2'000 fr. au mois d'avril 2013 et de 2'500 fr. à partir du mois de mai 2013.

Vu le sort de l'appel, les frais judiciaires, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), doivent être mis par moitié à la charge de Mme F. _____ et par moitié à la charge de l'Etat (art. 107 al. 1 let. c CPC), l'appelant étant au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Les dépens sont compensés (art. 107 al. 1 let. c CPC).

6. Le conseil d'office de l'appelant a déposé une liste des opérations le 29 juillet 2013 faisant état de 14 h 30 de travail, ainsi que de deux vacations. Ce décompte peut globalement être admis, de sorte qu'il y a lieu d'arrêter l'indemnité d'office à 3'078 fr., correspondant à 14 h 30 de travail à 180 fr. de l'heure (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010, RSV 211.02.3]), plus 240 fr. pour deux vacations (JT 2013 III 3) et 228 fr. de TVA à 8 %.

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

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. Le chiffre II dispositif de l'ordonnance du 14 décembre 2012 est réformé comme il suit:

II. astreint M. F._____ à contribuer à l'entretien des siens par le versement, le premier de chaque mois, en mains de Mme F._____, d'une contribution mensuelle de :

- 2'750 fr. (deux mille sept cent cinquante francs) pour le mois d'août 2012;
- 2'150 fr. (deux mille cent cinquante francs), dès y compris le 1^{er} septembre 2012 jusqu'au mois de mars 2013;
- 2'000 fr. (deux mille francs) pour le mois d'avril 2013;
- 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs), dès et y compris le 1^{er} mai 2013.

L'ordonnance est maintenue pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance sont mis par 300 fr. (trois cents francs) à la charge de l'intimée Mme F._____ et par 300 fr. (trois cents francs) à la charge de l'Etat.

IV. L'indemnité d'office de Me Pierre-Yves Brandt, conseil de l'appelant, est arrêtée à 3'078 fr. (trois mille septante-huit francs) TVA et débours compris.

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

VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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

- Me Pierre-Yves Brandt (pour M. F. _____),
- Me Jacques Michod (pour Mme F. _____).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), 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 civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :